



Roj: **SAP A 1402/2022 - ECLI:ES:APA:2022:1402**

Id Cendoj: **03065370092022100435**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **23/09/2022**

Nº de Recurso: **306/2022**

Nº de Resolución: **435/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL VALERO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

### Rollo de apelación nº 000306/2022

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE ELX

Autos de Divorcio contencioso - 000872/2021

### SENTENCIA Nº 435/2022

=====

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente: D. José Manuel Valero Diez**

**Magistrado: D. Marcos de Alba y Vega**

**Magistrado: D. José Manuel Calle de la Fuente**

=====

En ELCHE, a veintitrés de septiembre de dos mil veintidós

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Divorcio contencioso 872/2021, seguidos ante el Juzgado de primera instancia nº 5 de Elche, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada, D. Luis Pablo, habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por la Procuradora Sra. Concepción Sevilla Segarra y dirigida por el Letrado Sr. Thorsten Gohlke, y como apelada D<sup>a</sup> Brigida, representada por el Procurador Sr. Ginés Juan Vicedo y dirigida por el Letrado Sr. Eduardo Pérez Crespo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de primera instancia nº 5 de Elche en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 2022 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*" Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el procurador Sr. Ginés Juan Vicedo en nombre y representación de Dña. Brigida contra D. Luis Pablo, debo declarar y declaro la disolución del matrimonio por divorcio contraído por las partes en fecha de 22 de marzo de 1.998, con los efectos legales inherentes a dicha declaración, decretando lo siguiente: No se atribuye el uso de la vivienda conyugal así como del ajuar y mobiliario existente a favor de ninguna de las partes, por lo que el demandado deberá de abandonar la vivienda en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la sentencia, sin imposición de costas a ninguna de las partes ."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, D. Luis Pablo en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 306/2022, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la



revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 22 de septiembre de 2022.

**TERCERO.-** En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Código Civil, en su art. 96 , en referencia a la medida sobre la atribución de la vivienda familiar no deja en libertad al juzgador para determinar a quién corresponde, sino que le impone unas pautas que ha de cumplir, y así, ha de estarse en primer lugar al acuerdo de los cónyuges en virtud de convenio (judicial o extrajudicial) aprobado por el mismo, y, en defecto de tal acuerdo, se establece que el uso de dicha vivienda y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan. Solo en el supuesto de que no hubiese hijos, podrá acordarse entonces el uso al cónyuge no titular más necesitado de protección, estableciendo, pues, en este supuesto anómalo, sin duda de interpretación restrictiva y excepcional (que debe efectuarse por tiempo determinado) la posibilidad, en definitiva, de privar al cónyuge titular del ejercicio de su derecho dominical.

Como recuerda la STS de 17 de marzo de 2016 " las Sentencias de esta Sala de fechas 5 de septiembre de 2011 , 14 de noviembre de 2012 y 12 de febrero de 2014 ... algunas de ellas dictadas en el ámbito de un procedimiento de modificación de medidas, establecen la siguiente doctrina:

"... La atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección..."

"...La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas".

Y la citada STS de 12 de febrero de 2014 " tanto la atribución del uso de la vivienda, como su mantenimiento en caso de pretensión modificativa, debe de declararse conforme a un plazo prudencialmente fijado al respecto, sin que quepa su atribución o mantenimiento de forma indefinida o sin marco temporal alguno.

4. Sentado lo anterior, y conforme a lo alegado por la parte recurrente, el interés casacional del presente caso se va a analizar desde la perspectiva de la sentencia de pleno que se cita, de 5 de septiembre de 2011 , que fija 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 hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

En este sentido, conviene traer a colación lo ya desarrollado en torno al contexto interpretativo por la reciente sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2013 (núm. 707/2013 ) que delimita el contexto interpretativo en torno a la situación de igualdad de los dos cónyuges ante esta situación y la inaplicación en estos casos del marco referencial del derecho de alimentos que corresponde a los hijos mayores. En efecto, respecto a la primera delimitación, la sentencia declara que: "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". En relación a la segunda delimitación, y siguiendo lo declarado por la sentencia de pleno, se destaca que "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."*

En este caso concreto, en que en la resolución de instancia no se hace atribución del domicilio familiar a ninguna de las partes litigantes por considerar que ninguno está necesitado de esa protección especial, con criterio que aceptamos y al que nos remitimos, la apelación pretende la atribución del domicilio familiar para el recurrente y que se le permita permanecer en la vivienda hasta que se perfeccionan la venta o adjudicación a uno de los cónyuges.

Pues bien, esa no atribución del domicilio familiar a ninguno de los litigantes, como decimos, debe confirmarse por este tribunal, lo que ocurre es que en la sentencia de instancia se concede el plazo de un mes, cuando resulta que el padre con su hijo de 24 años de edad, permanecen en la vivienda desde hace más de dos años en que la abandonó la apelada, que convive con su madre.

En estas circunstancias, parece escaso el plazo concedido, que debemos sustituir por otro de seis meses que consideramos más prudente para que los usuarios de dicho domicilio adopten las medidas necesarias para proveerse de otro nuevo del que la apelante está en condiciones de proveerse.

No es aceptable que puedan permanecer en la vivienda conyugal hasta que se perfeccione la venta o se adjudique a uno de los cónyuges, ya que ello es más que susceptible de generar serios problemas en orden a la consecución de dicha finalidad, que se logrará mucho más rápida y fácilmente si la vivienda está desocupada.

Se estima parcialmente el recurso.

**SEGUNDO.-** Sin especial pronunciamiento en costas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

## FALLAMOS

Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Luis Pablo, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Elche, de fecha 9 de febrero de 2022, la revocamos parcialmente en cuanto al plazo concedido de permanencia en la vivienda, que elevamos a seis meses. Se confirma la sentencia apelada en lo demás. Sin especial pronunciamiento en costas en ambas instancias.

Con devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos, según los casos, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal nº 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación, sin el cual no se admitirán a trámite.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.