

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 19 DE ENERO DE 2017 (31/2017)**

**¿Un paso atrás en la protección
de hijos mayores de edad discapacitados
o con capacidad judicialmente modificada?**

Comentario a cargo de:
ANA LAURA CABEZUELO ARENAS
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Sevilla

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 2017

Roj: STS 113/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:113

ID CENDOJ: 28079119912017100002

PONENTE: EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Asunto: Durante la tramitación de un divorcio, surgen ciertas discrepancias con ocasión de la grave discapacidad que presentaba una hija mayor de edad del matrimonio acerca de los criterios debían imperar a la hora de atribuir el uso de la vivienda. Entendió la madre y recurrente que, a pesar de que la capacidad de la hija no estaba modificada judicialmente, al ser esquizofrénica y quedar a su cargo, demandando constante supervisión, debiera considerarse un supuesto análogo al de los menores sometidos a la guarda de uno de los progenitores y, por ende, asignarse el uso con carácter indefinido. Tanto el Juzgado como la Audiencia se apartaron de este parecer. Acotaron en el tiempo el derecho de la madre a permanecer en la que fuera vivienda de la familia antes de la ruptura, y repararon tan sólo en sus condicionantes particulares, abstracción hecha de la circunstancia que se acaba de referir. Criterio que confirma el Alto Tribunal,

en el entendimiento de que con la mayoría de edad decayeron automáticamente los presupuestos que permitirían cimentar en un procedimiento matrimonial una medida con carácter indefinido. Al estar ésta ideada tan sólo para menores, los intereses de hijos ya emancipados que conviven con uno de los padres sólo podrían protegerse a través del reconocimiento de una pensión de alimentos, que satisfacerán ambos progenitores en proporción a sus respectivos recursos. Tesis que se reafirma aunque sean discapacitados o personas con capacidad judicialmente modificada.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Introducción 5.2 El origen de la confusión de la recurrente: La consideración de atribución del uso del art. 96.1 CC como modalidad de alimento y la ulterior equiparación de los hijos discapacitados a los menores de edad en materia de pensiones alimenticias. 5.3 La nula trascendencia de una simple guarda de hecho ejercida sobre mayor de edad discapacitada a la hora de beneficiarse de los efectos del art. 96.1 CC. 5.4 ¿Tenía posibilidades de prosperar una rehabilitación de la patria potestad en este caso? La dureza de la STS de 19 de enero de 2017: se excluyen hijos mayores con «capacidad judicial modificada». 5.5 ¿Podría haber sido la sentencia más benigna con los discapacitados a secas aunque se sacrificaran los intereses patrimoniales de los padres? **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La sentencia recaída en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Quart de Poblet por la que se decretó el divorcio entre Doña Esperanza y Don Alfonso atribuyó a la primera el uso del domicilio familiar durante tres años, poniendo a cargo del padre la obligación de abonar una pensión de alimentos que cifró en 140 euros para cada uno de sus hijos mayores de edad, Rosana y Eduardo.

Al ser la vivienda privativa de Don Alfonso y, en consideración a que no existían hijos menores de edad, tan sólo se sopesó el interés de la doña Esperanza que, a la sazón, no vería reconocido a su favor ningún otro derecho de naturaleza económica. Por consiguiente, aunque su hija Rosana era esquizofrénica y su enfermedad le condenaba a una existencia controlada y supervisada por su progenitora, los Juzgadores no repararon en modo alguno en esta dependencia. Estábamos ante una persona mayor de edad respecto a la que no se promovió procedimiento alguno para prorrogar o rehabilitar la patria potestad. A efectos jurídicos, su capacidad de obrar se presumía plena.

En la creencia de que los intereses de una hija dependiente, aun cuando no estuviera incapacitada, no debieran ser absolutamente intrascendentes,

Doña Esperanza apeló. Aunque la Audiencia de Valencia confirmó lo decidido por el Juzgado.

Doña Esperanza interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, convencida de que la aplicación que se hizo del art. 96.1 CC vulneraba la doctrina mantenida por el Alto Tribunal. Éste desestima el recurso.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado atribuyó el uso de la vivienda a Doña Esperanza por un plazo de tres años, valorando que en ella concurría el interés más necesitado de protección e impuso al padre el pago de una pensión de alimentos de 140 euros para cada uno de sus hijos mayores de edad, Rosana y Eduardo.

3. Solución dada en apelación

La Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de marzo de 2015 desestimó el recurso de apelación interpuesto por Doña Esperanza, y confirmó íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

En el recurso promovido por Doña Esperanza se argumentaba que la sentencia recaída en apelación había infringido el artículo 96.1 CC y resultaba contraria a la doctrina establecida por el Alto Tribunal en la Sentencia de 30 de mayo de 2012, donde se abogaba por una equiparación de los hijos discapacitados a los hijos menores de edad.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Introducción

La doctrina que sienta esta sentencia es una concreción más acerca de que con la mayoría de edad decae definitivamente el interés de los hijos a la adjudicación de la vivienda. Por más que, como ahora se especifica, su discapacidad estuviera o no reconocida en el ámbito administrativo o, yendo más allá, hubiera determinado una modificación judicial de su capacidad.

El litigio gravita, pues, sobre el valor que confiere Doña Esperanza a esa discapacidad de su hija en orden a determinar la atribución de uso de la vivienda tras el divorcio. Como acabo de expresar, cualquiera que lea detenida-

mente la sentencia aprecia que, amén de ser especialmente dura o “descarnada” como literalmente la califica un Registrador de la Propiedad (PRETEL. Pg 49), resulta en mi opinión una involución, hechas las comparaciones con la STS de 30 de mayo de 2012, por la desmesurada importancia que otorga a la defensa de la propiedad y a las aspiraciones especulativas paternas.

De esa manera, aun cuando se hubiera modificado judicialmente la capacidad de los hijos mayores de edad, prorrogando o, en su caso, rehabilitándose tiempo atrás la patria potestad, su protección no vendrá dispensada por la permanencia en la vivienda con uno de los cónyuges, que quede a su cargo, sino por el reconocimiento de una pensión alimenticia.

5.2. El origen de la confusión de la recurrente: La consideración de atribución del uso del art. 96.1 CC como modalidad de alimento y la ulterior equiparación de los hijos discapacitados a los menores de edad en materia de pensiones alimenticias

Los móviles que impulsan a Doña Esperanza a recurrir, en espera de que su situación se reconduzca al art. 96.1 CC, son fáciles de adivinar y comprensibles. Es obvio que la recurrente estableció un enlace entre el cometido que desempeña la atribución de uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores, reputada una manifestación más del deber de alimento y, por otro lado, la equiparación auspiciada por el Tribunal Supremo en lo tocante a los alimentos de hijos menores y mayores discapacitados.

Sabía que desprendiéndose del uso un inmueble se contribuye tras el divorcio a colmar las necesidades habitativas de los hijos. Ésta es una de las incardinadas en el art. 142 CC, como reiteradamente expresa el Supremo al aplicar el art. 96.1 CC. Y no ignoraba que el Supremo había equiparado los hijos discapacitados a los menores en lo tocante al problema de la extinción de las pensiones alimenticias. De todo ello no cabía sino inferir para la recurrente que también el párrafo primero del art. 96 CC debería jugar a favor de descendientes discapacitados, aun cuando no hubiera mediado incapacitación alguna.

Es decir, la madre hiló ambas doctrinas jurisprudenciales y se dijo lo siguiente: La asignación de la vivienda tiene un componente alimenticio en el caso de los menores (art. 96.1 CC). Y los descendientes mayores de edad discapacitados, estuvieran incapacitados o no, reciben el mismo trato que un menor en materia de pensiones de alimentos. La conclusión a la que arribó no se hizo esperar y fue lo que la impulsó a litigar: Dio por cierto que su hija, mayor de edad y absolutamente dependiente, jamás sería excluida de la órbita del art.96.1 CC, porque lo que estaba en juego, al fin y al cabo, era una medida de corte alimenticio, y menores y discapacitados se situaron al mismo nivel cuando sus pensiones estuvieron comprometidas.

Se impone, por tanto, hacer referencia a otras sentencias que funcionan a modo de pilar de la argumentación de la recurrente.

De un lado teníamos, efectivamente, que la atribución de uso de la vivienda era una manifestación del deber de prestar alimento a los hijos menores por parte del titular desposeído. En la STS 14 de abril 2011 (RJ 2011, 3590) y otras muchas posteriores (SSTS 29 mayo 2014 RJ 2014\3889, 3 abril. 2014 RJ 2014\1950 17 octubre. 2013RJ 2013\7255) se expresa que:

“El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat (LCAT 2010, 534)). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien”

La atribución del uso es un derecho que la ley liga de forma refleja a la custodia y se concibe, por tanto, como indefinido, esto es, perdurable mientras aquélla se mantenga. STS de 3 de abril de 2014 (sentencia 181/ 2014).

Así pues tenemos que mediante esa desposesión del inmueble en beneficio de los hijos menores confiados a la guarda del otro progenitor, el copropietario o incluso el que fuera titular en exclusiva del inmueble, al que sólo se le reconociera un derecho de visitas, contribuye a proporcionar habitación a esos descendientes. Son renunciaciones materiales exigibles al estar en juego el deseo de minimizar el impacto que tendría para un menor la disgregación del núcleo familiar.

Sin embargo, este planteamiento carecía de sentido cuando no existían hijos sometidos a potestad, y sólo adquirirían relevancia los intereses individuales que asistían a uno y otro cónyuge. Puestos en una balanza, sólo estos serían determinantes de la suerte que habría de correr el uso de esa finca tras la escisión familiar. Se decidiría entonces en función de que cualquiera de ellos probara una necesidad de mayor envergadura y más digna de ser solventada.

Al no estar comprometida en este segundo caso la estabilidad de un hijo *in potestate*, ni la preservación de lo que constituyó su entorno, la permanencia en la vivienda se despojó entonces del significado que se le confería estando en juego la preservación del interés supremo del menor. El auxilio económico que recibieran los hijos mayores de edad se regiría, pues, por la disciplina general de los alimentos entre parientes. Donde no existe cabida para imponer al alimentante la convivencia forzosa con el alimentista bajo el mismo techo, al ser para el primero una opción a la que libremente puede acogerse, pero no una solución que coactivamente pueda exigir el segundo como modalidad de pago (art.149 CC). STS de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 5677).

Pero he aquí que con posterioridad el hijo discapacitado fue equiparado al menor en lo tocante al percibo de pensiones alimenticias, que no quedarían

extintas automáticamente por el solo hecho de alcanzar aquél la mayoría de edad, sino tan sólo cuando su necesidad efectivamente tocase a su fin.

Aquí tenemos el germen de la confusión en que incurre la madre. Radicó en enlazar la trascendencia del uso mediando hijos sometidos a potestad, con la equiparación de éstos a hijos mayores discapacitados en un segundo y distinto ámbito de las pensiones. Repárese cómo en apoyo de su argumentación, se cita expresamente la STS de 7 de julio de 2014. Ésta sencillamente se ciñó a mantener la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad con esquizofrenia paranoide y discapacidad reconocida del 65 % aun cuando no constaba su incapacidad. La patria potestad no fue prorrogada ni rehabilitada a favor de la madre, con quien, no obstante, seguía conviviendo en el domicilio familiar tras el divorcio. El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y sentó la siguiente doctrina: *«la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.»*

Por otro lado, la STS de 30 de mayo de 2012, invocada también por la recurrente, ciertamente mantuvo *sine die* en el uso de la vivienda a la esposa. Pero fue en consideración a que, al haberse rehabilitado la patria potestad de la madre sobre el hijo común, se daban los presupuestos del art. 96.1 CC. Algo que difiere completamente de los cuidados que la recurrente dispensaba a Rosana. Una hija mayor de edad cuya plenitud de facultades había de presumirse, al no haberse incoado procedimiento judicial alguno del que derivasen medidas restrictivas de su capacidad de obrar. En el FD Quinto de esta STS de 30 de mayo de 2012 se recoge que *“El art. 96.1 CC (LEG 1889, 27) 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 (RJ 2011, 7325); 236/2011, de 14 abril (RJ 2011, 3590) 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 (RCL 2011, 1517 y 1831), 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^o.

Aclarado esto, no obstante, entra dentro de lo explicable que la madre “hilara” las sentencias donde se menciona que estamos ante un derecho –el uso– de corte alimenticio, habiendo menores, con aquellas otras donde se impide extinguir los alimentos de hijos dependientes mayores de edad, aunque no estuvieran incapacitados, asimilando su interés al de los que aún se hallan bajo la potestad paterna.

Semejante planteamiento no se corresponde, argumenta la sentencia comentada, con la doctrina del Alto Tribunal, pues se ha tergiversado la *ratio decidendi* de las sentencias en las que se basa el recurso.

Cierto es, porque al apostar en su momento por la equiparación de los discapacitados a los menores de edad, ni remotamente se estaban ensanchando los márgenes del artículo 96.1 CC. Simplemente, como se dijo, se puso freno a las pretensiones de un padre de extinguir los alimentos alcanzada la mayoría de edad, como ahora opone el Alto Tribunal.

Además, pocas dudas cabría albergar sobre este punto después de leer la STS 10 octubre 2014. RJ 2014\4878 (Sala de lo Civil). En ella se vuelve a relacionar ambas sentencias insistiendo en que su denominador común es la equiparación entre los menores y los hijos discapacitados. Pero se refrenda que en 2012 no se estaba dilucidando el problema de los alimentos, sino el de la asignación del uso de la vivienda, por más que tratándose de menores, se dé cobertura a su necesidad de contar con un techo, subsumida entre otras, en el art. 142 CC. Y contrapone, entonces, lo dilucidado en 2012, con este segundo pronunciamiento de 7 de julio de 2014, en el que sí se abordaron efectivamente cuestiones atinentes a pensiones alimenticias de los discapacitados. Aclarándose que los padres no quedaban automáticamente liberados de su pago por haberse atendido una petición de ayuda pública o prestación social ante la Administración formulada por aquéllos. Su reconocimiento sólo sería un factor más en orden a decidir si concurría o persistía la necesidad filial.

No obstante, el mismo hilo argumental que emplea la recurrente ha inspirado algunas sentencias recaídas últimamente en nuestras Audiencias. Repárese, sin ir más lejos, cómo la SAP Cantabria de 2 de octubre de 2015, en su FD Cuarto hace expresa remisión a la STS de 30 mayo 2012 para restar importancia a que aún no se haya rehabilitado la patria potestad sobre la hija común mayor de edad que sigue en compañía de la madre. Esta relativización favorece entonces la aplicación del art. 96.1 CC, pese a no estar aquélla incapacitada. Declarándose: «*De acuerdo con lo anterior, y al margen de que no conste que se haya rehabilitado la patria potestad sobre Salvadora, corresponde apreciar en ella el interés más necesitado de protección y mantenerla en el uso de la vivienda. Este mantenimiento afecta también a la Sra. Isidora como persona con la que convive y que presumiblemente la atiende y guarda.*». Se daba la circunstancia, además, de que en este caso sí se suprimió la asignación alimenticia. Dado que el empleo ocupacional de la hija le reportaba unas remuneraciones que estaban muy por encima de la renta social básica percibida por el padre. Con lo cual, extinto este derecho de alimentos al ser de mayor enjundia los ingresos de la hija, mal podemos conceptuar

esta medida de uso (art. 96.1 CC) como una manera de colmar necesidad alguna... Eso sin olvidar que aquel planteamiento pugnaba con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pues habiendo hijos mayores de edad, se reconduciría la cuestión al art. 96.3 CC, ponderando entonces el interés que asiste en particular a cada uno de los cónyuges. Sin entrar en consideraciones accesorias relativas al núcleo familiar que hubieran conformado con otros hijos mayores de edad, cuya presencia en el inmueble no puede condicionar la recuperación del goce por parte del titular dominical.

Y precisamente porque todo gira en torno a las circunstancias que rodean a los esposos y no a las de descendientes mayores, sean cuales fueren, la SAP Murcia de 28 de febrero de 2013 no modificó las medidas adoptadas por el sólo hecho de que una hija minusválida tomase la decisión de dejar de vivir con su madre.

5.3. La nula trascendencia de una simple guarda de hecho ejercida sobre mayor de edad discapacitada a la hora de beneficiarse de los efectos del art. 96.1 CC

En la sentencia comentada, la madre era simplemente una guardadora de hecho. El Alto Tribunal recalca que, estando en juego el uso de la que fuera residencia familiar, el único interés a ponderar, sería el suyo. En este sentido ha seguido el mismo camino que la STSJ de Aragón de 18 de julio de 2014, para la que las dificultades de un hijo mayor de edad con síndrome de Down no deberían solventarse gravando indefinidamente la vivienda familiar, sino procurándole alimentos todo el tiempo que fuera menester.

Por nuestra parte, podríamos entender que si al tiempo de demandar la separación o el divorcio, la capacidad de esos descendientes mayores de edad no estuviera modificada judicialmente, decayera cualquier pretensión de hacer valer la vinculación que aquéllos tuvieran con la vivienda. Porque no toda discapacidad posee el mismo grado, ni tiene carácter incapacitante. Pero, a nuestro juicio, si hubiéramos estado en el marco del art. 171 CC y Doña Esperanza hubiera obtenido la rehabilitación de la patria potestad, la conclusión no debiera ser tan drástica como la que finalmente impone la STS de 19 de enero de 2017. Veamos.

Que no bastara un reconocimiento administrativo de la discapacidad que, a la sazón, ni siquiera media en nuestra sentencia, para perpetuar la permanencia en la vivienda parece acertado. Entre otras cosas porque como acabamos de decir una enfermedad no tiene por qué ser incapacitante. Una minusvalía sensorial, física o psíquica acaso no repercuta en la capacidad de autogobierno. Nos movemos, por consiguiente, en diversos planos.

Presumiéndose la capacidad plena en quien no está incapacitado por sentencia, aun estando ante grados severos de discapacidad, no se han atendido peticiones de reconducir la situación de estos hijos al art.96.1 CC. Dice la SAP Ciudad Real de 17 de diciembre de 2015 en referencia a dos hijos mayores de

edad, con una discapacidad psíquica del 65% y 35 %, respectivamente: « *En el caso que con el recurso se propone, la sentencia dictada, en consideración a las concretas circunstancias que concurren, concluye que es la aquí apelante la que merece que su interés sea tutelado; el suyo, se dice, por razón de las circunstancias que se dan en los hijos, con diversos grados de discapacidad declarada administrativamente. Pera aún atendida esta circunstancia, ambos hijos son mayores de edad y no están judicialmente declarados en situación de incapacidad, no están por tanto sometidos al sistema de protección y asistencia que aquella declaración implicaría; por tanto, su tratamiento legal es el que corresponde a una persona mayor de edad sin limitación alguna, y por lo que aquí interesa, esto se traduce en que no ostentan derecho alguno sobre la atribución de la vivienda, con los citados art. 96 C.c. y doctrina jurisprudencial que lo interpreta.* »

Por esta razón, en la SAP Córdoba de 25 de julio de 2014 se adoptaron medidas cautelares en espera de que se dictara sentencia en el proceso de incapacitación. La hija tenía diecinueve años de edad y presentaba retraso mental moderado. Se recuerda que la custodia atribuida a la madre en el divorcio se extinguió *ope legis* con su mayoría de edad. Lo que ha tornado a la madre, como ocurre en el caso de Doña Esperanza, en una guardadora de hecho. Además se aprovecha para recordar que en los procedimientos matrimoniales no puede hacerse un pronunciamiento sobre guarda y custodia no teniendo perfecta constancia de que un hijo mayor de edad está incapacitado judicialmente.

Es decir, la adscripción del uso fue una medida complementaria de la guarda y custodia. Extinta ésta, aquella toca también a su fin. Por lo que adquiriría sentido, entendemos, que si solicitada la incapacitación, se hiciera aplicación del régimen previsto en el art. 171 CC, y el hijo mayor de edad hubiera de permanecer en compañía de uno de los padres, se subsumiera esta situación, ahora sí, en el art. 96.1 CC.

La guarda de hecho, ciertamente, no es un criterio que permita intensificar los márgenes de la atribución de uso. Restaría por preguntarse qué ocurriría cuando a un hijo mayor se le diagnosticara una grave enfermedad pero, actuando la madre como cuidadora, no se creyera lo más conveniente a su interés incapacitarlo. Y se hubiera dotado a la progenitora de esas facultades tutelares a las que se refiere el actual art. 303.2 CC como medida protectora más idónea para ese caso singular. En efecto, tras las últimas reformas, se ha impulsado la guarda de hecho, que sería una alternativa más, dentro de los apoyos diseñados por el legislador (art. 303.2 CC), llegando a « judicializarse » como se ha llegado a decir y convirtiéndose en una “guarda legal” (SANTOS URBANEJA 215. PARRA LUCÁN 309). Reconociendo que la redacción del nuevo precepto no goza de toda la claridad que sería deseable, se ha admitido, así, como una de las hipótesis posibles que, en la práctica se autorice al guardador para realizar determinadas inversiones o para actos de disposición aunque, como resalta PARRA, sin que se estime imprescindible seguidamente “constituir un órgano estable tutelar”. (PARRA LUCÁN. 310).

El art. 96.1 CC no pivota sobre un modelo convivencial puramente fáctico, que no cuenta con el refrendo judicial, por más que con él se vele escrupulo-

samente por incapaces naturales. Y deliberadamente introduzco esta alusión a la ausencia de «judicialización» porque, por lo que se deduce de nuestra sentencia, una guarda de hecho a la que se confirieran “facultades tutelares”, en la línea esbozada por el reformado art. 303.2 CC tampoco parecería idónea, después de este pronunciamiento, para ubicarse en el art. 96.1 CC, por revolucionario que parezca este nuevo modelo de apoyo de inspirado en la Convención de Nueva York. Estos avances normativos, autorizando judicialmente actos dispositivos del guardador y sometiénolos a control, desde el convencimiento de que es éste el modelo de protección más adecuado para el caso concreto, casan mal con la regresión que ha supuesto la interpretación de esta sentencia-casan mal con la regresión que ha supuesto la interpretación de esta sentencia. Que no sólo trivializa la guarda de hecho, sino cualquier medida tuitiva impuesta tras un procedimiento judicial de modificación de la capacidad.

Como botón de muestra de que actuar a modo de guardadora de hecho –que no de derecho– no permite apelar al art. 96.1 CC tenemos la STS 19 enero 2017. RJ 2017\274. Dirá ésta: *«Pero lo que no es posible, una vez analizadas dichas circunstancias, es mantener indefinidamente en el uso a uno de los cónyuges, pues eso no lo autoriza el artículo 96, 3 del Código Civil, que es lo que realmente pretende la recurrente, pues estas circunstancias han sido analizadas en la sentencia y, como resultado, ha limitado temporalmente el uso.(...), y lo que no es posible es traer a colación la presencia en la casa en un nieto bajo la guarda de hecho, no de derecho, de ambos cónyuges cuando su situación está en estos momentos en fase judicial de revisión para el cese de la misma, viviendo este en la actualidad con sus progenitores en Barcelona.»*

5.4. *¿Tenía posibilidades de prosperar una rehabilitación de la patria potestad en este caso? La dureza de la STS de 19 de enero de 2017: se excluyen hijos mayores con «capacidad judicial modificada»*

Doña Esperanza, efectivamente, no instó una modificación judicial de la capacidad de su hija. Quizá se hubiera rehabilitado la patria potestad, confiéndosela a ella, al ser quien convivía con una esquizofrénica que demandaba supervisión constante.

No era nada desdeñable el riesgo de que una petición de este tenor se hubiera reconducido, finalmente, a la constitución de una curatela, por reputar la rehabilitación de la patria potestad una medida demasiado invasiva de acuerdo con los principios de la Convención de Nueva York. Que fue, sin ir más lejos, lo que aconteció en la STS de 4 de noviembre de 2015. Donde se juzgó más ajustado constituir un régimen de curatela, confiado sólo a la madre que convive con el incapaz, en lugar de rehabilitar la patria potestad, como se peticionaba:

«La situación actual de don Mateo permite rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico

sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril 2009, 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 3948)). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre y no por su padre. En efecto, este proceso, como reconoce el recurrente, discurre paralelo al de divorcio de la Sra. Berta y el Sr. Fructuoso, estando en la actualidad el hijo conviviendo con su madre, lo que hace inviable una curatela compartida, siguiendo el modelo de la patria potestad, como se interesa, que en modo alguna resultaría beneficiosa para el discapaz, en cuyo beneficio e interés se actúa.»

Siendo común, por lo demás, que se constituya una curatela apreciándose que sólo está comprometida la salud de un enfermo grave por descuidar inconscientemente el tratamiento de su patología. Doña Esperanza adujo que era imprescindible controlar los actos de su hija y la toma de la medicación. En esta línea, la STS de 24 de junio de 2013 nombró un curador y revocó la sentencia de la Audiencia. Ésta limitó totalmente la capacidad de un enfermo con esquizofrenia paranoide que llevaba años sin acudir a la consulta del médico y hacía total dejación del tratamiento prescrito tiempo atrás, por no tener conciencia de la entidad de su patología.

También en el supuesto tratado por la STS de 11 de octubre de 2017, la paciente tenía nula conciencia de su enfermedad, un trastorno delirante, de carácter crónico, persistente e irreversible, acompañado de alucinaciones y manía persecutoria. La Audiencia entendió que su enfermedad no sólo entrañaba riesgo para ella, sino para terceras personas, y declaró su incapacidad total. El Supremo entiende que siendo la incapacitación un «traje a medida», no se adoptaron las que se ajustan al caso, pese a estar ante una enfermedad grave y persistente. Revoca la sentencia de la Audiencia y opta por una curatela. El curador, además de asistirle en actos de contenido patrimonial, tendrá que cerciorarse de que hacía un seguimiento óptimo de su tratamiento y paliar sus olvidos sobre una cuestión tan trascendental como tener al día su historial médico.

Pero la sentencia que comentamos ni siquiera deja un resquicio para que en el art. 96.1 CC tengan cabida los que fueron incapacitados durante su minoría de edad por causas que persistirían razonablemente al cumplir la mayoría. O quienes, como la hija de Doña Esperanza, eran solteros que siguieron conviviendo con uno de los progenitores, pero cuya patria potestad, extinta al alcanzar los dieciocho años, tiene que ser rehabilitada (art. 171 CC).

Porque observemos que para la STS de 19 de enero de 2017 quedan excluidos del ámbito del art. 96.1 CC no sólo los incapaces naturales, como era el caso de Rosana, sino incluso los que tras la incoación del pertinente proceso judicial han quedado sometidos por decisión del Juez a las medidas de apoyo o protección que más se ajusten a su grado de incapacidad. Ya que en el FD se-

gundo se resalta que *los hijos mayores, con o sin discapacidad, son sólo acreedores de alimentos. Y que «prescindir de ese límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia o vulnerabilidad»*

Con posterioridad a nuestra sentencia, se ha dictado otra (STS de 8 de marzo de 2017) en la que se solicitaba también para un hijo diagnosticado de esquizofrenia la asignación del uso de la vivienda. Aquí constaba certificada dicha enfermedad, pero tampoco dicho hijo tampoco fue incapacitado. Todo se solventa, pues, reproduciendo la argumentación contenida en nuestra sentencia acerca de que el sistema de apoyo de la discapacidad, se reduce a la obligación alimenticia, pero no a introducir gravámenes en la vivienda de los progenitores en consideración a aquélla.

Entiendo, sin embargo, que esta STS de 19 de enero de 2017 es particularmente dura a la hora contraponer la protección que debiera recibir un menor a la que recaba quien es víctima de una minusvalía incapacitante. Como he dicho al comenzar el comentario, tendría algún sentido que se le achacase a la recurrente que quisiera hacer valer una enfermedad que no certificaba además y que no abocó a una incapacitación.

Pero que primen factores estrictamente económicos sobre la protección de quien está asimilado a un menor de edad no parece de recibo. La sentencia mete en el mismo saco, si se me permite la expresión, a todo discapacitado, medie o no incapacitación, con tal de salvaguardar el patrimonio inmobiliario paterno. Cuando es evidente que el encaje del mayor de edad cuya patria potestad se rehabilitó —o prorrogó— en el art. 96.1 CC sería económicamente poco atractivo para el dueño de la finca, pero jurídicamente viable. Cuando se ha prorrogado o rehabilitado la patria potestad, la situación del mayor de edad, tras la modificación judicial de su capacidad, se asemeja a la de un menor de edad. No otra cosa cabe inferir de la remisión que efectúa el art. 171 CC. Éste en defecto de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, impone estar subsidiariamente a lo que determinen las reglas de aquel Título, es decir, a la regulación establecida para los hijos no emancipados.

Se empieza reprochando a la recurrente que compare su situación con la dirimida en la STS de 30 de mayo de 2012, de la que le separan notables diferencias. Pero más tarde nos cercioramos de que el Supremo ha dado un giro radical y que ni siquiera reproduciéndose las circunstancias contempladas entonces se avendría a otorgar idéntica solución a nuestra recurrente.

Porque a partir de la STS de 19 de enero de 2017, el paso que dado por la STS de 30 de mayo de 2012 ya no se repetirá. Puesto que no se atribuirá, como entonces, a una madre guardadora el uso indefinido de una vivienda privativa

del marido, en atención a que se rehabilitó la patria potestad del hijo que permanecía a su lado.

Resumiendo: Un giro como éste que acaba de dar la STS de 19 de enero de 2017 coloca a muchos hijos en la más absoluta desprotección a efectos de seguir morando, tras el divorcio de sus padres, bajo el mismo techo. Ni contigo, ni sin ti, tienen mis males remedio. Porque si sólo estuviera certificada la discapacidad, nos movemos en un plano administrativo y nada hay que esperar. Además si no se rehabilitó la patria potestad, era un incapaz natural, por más que acreditase dicha dependencia. Pero si se obtuviera su rehabilitación por la vía del art. 171 CC o finalmente lo recondujeran a una curatela nos sumen asimismo en la más absoluta miseria. No encuentro otra traducción para esa exclusión de los hijos mayores de edad «*con capacidad judicialmente modificada*» respecto de los que también decae por completo la posibilidad de acogerse al art. 96.1 CC. Por más que contemos con una sentencia donde se haya modificado la capacidad de un hijo mayor de edad, y rehabilitado la patria potestad o establecido el apoyo que mejor se amolde a sus condicionamientos, el mayor de edad incapacitado no tendría el más remoto derecho a permanecer en el que fuera domicilio paterno ni se sitúa en el mismo plano que los no emancipados.

5.5. *¿Podría haber sido la sentencia más benigna con los discapacitados aunque se sacrificaran los intereses patrimoniales de los padres?*

Hay varias razones que me inducen a pensar que quizá debieran ser más condescendientes los jueces a la hora de proteger a los discapacitados, aunque para ello tuvieran que ser sacrificadas las ansias especulativas de sus progenitores.

El controvertido artículo 96.1 CC habla de hijos que «*quedan en compañía*» de los padres. Un cajón de sastre en el que, con voluntad, se hubiera podido incluir también a los incapaces naturales que han existido siempre. De la resistencia a incapacitarlos da buena cuenta el conflicto que enfrenta a Doña Esperanza y su marido. En último extremo, el enlace entre 96.1 CC y 171 CC se podría haber admitido perpetuando esa concesión hecha en 2012.

La sentencia, cicatera a más no poder, se escuda en que en 1981 el legislador no reparó en ellos cuando redactó el art. 96.1 CC. ¿Y reparaba en la guarda compartida, que era ciencia ficción entonces? No se han tenido tantos miramientos para hacer una labor de integración y reconducir al párrafo tercero este modelo de custodia que –ahora sí– es un subtipo que ni remotamente se le pasó por la mente al legislador en 1981. Aunque esto sale rentable a los padres: el uso se limita si se acuña esa fórmula y, en otro caso, expira con la mayoría de edad de los hijos. Mientras que una discapacidad que no sea transitoria, como era el caso de Susana, abocaría, en efecto, a una permanencia *sine die* en el inmueble. Al fin y al cabo, si se niega que el Juez pueda acotar temporalmente el uso cuando aplica el art. 96.1 CC –lo que discutimos en su día– es

porque se tiene la certeza de que con la mayoría de edad, todo se trastocará, y dejarán de postergarse los derechos económicos que asisten al dueño de la vivienda. Pero, desgraciadamente nadie sabe cuándo sanará un hijo gravemente enfermo o si acaso lo hará alguna vez, y acabará enterrando a unos padres que no quieren hacer más sacrificios que los estrictamente necesarios, como esta sentencia acaba de confirmar. Sin ambages se expresa:

«El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.»

De lege ferenda sería conveniente introducir ciertos correctivos que velaran por una mejor y más efectiva protección de este colectivo en los procedimientos de separación y divorcio. Haremos hincapié en que también para los discapacitados puede resultar decisivo la preservación del espacio donde ha discurrido su existencia o la evitación de mudanzas o variaciones bruscas en su modo de vida. Aunque la sentencia confronte el interés del menor y el de un discapacitado, hay notables similitudes en muchos casos que justifican una permanencia en un entorno de los segundos.

No sólo porque muchos inmuebles estarán adaptados a las minusvalías físicas y que ese acondicionamiento habrá supuesto, quizá, una inversión de envergadura que no se puede repetir sin arruinarse, sino por algo aún más importante: porque un corte en la rutina diaria sería difícilmente asimilable para muchos discapacitados psíquicos e incidiría negativamente en su evolución. De donde esa absoluta contraposición que hace la sentencia comentada entre el interés supremo de un menor y el de los discapacitados también tiene sus fisuras. Se impondría entonces descender al análisis de cada caso particular. Se razona en la STSJ Cataluña de 12 diciembre de 2016 que es imposible establecer una regla general aplicable a todo discapacitado, pues el mantenimiento de sus hábitos parece ser aconsejable cuando se está ante personas aquejadas de ciertas patologías, que se desconciertan simplemente son conducidas por un camino distinto al seguido habitualmente, y no deben, por ello, quedar expuestas a cambios radicales de la noche a la mañana. Aunque no existirá razón, sin embargo, para perpetuar el uso a favor de la madre cuando el discapacitado ya estuviera acostumbrado a permanecer en centros residenciales, esto es, cuando se hubiera habituado a variar de domicilio.

Con todo, me reafirmo en que, en el supuesto del art. 171 CC hay asimilación con el menor de edad y sí tendría que haberse reproducido la solución admitida en 2012, aplicando el art. 96.1 CC. No estando en este caso, es cierto que el párrafo tercero, hoy por hoy, no autorizaría al Juez a imponer un uso indefinido en favor del cónyuge no titular o cotitular del inmueble que, sin embargo, podrían pactar los interesados, como quiera que la intervención de la autoridad judicial es subsidiaria. La STS de 20 de junio de 2017 (RJ 2017, 3060) así lo hace notar. Si bien, no conteniéndose estipulación inequívoca sobre el particular en convenio, se recuerda que no está autorizado el Juez a gravar *sine die* un inmueble en favor del no titular o copropietario del mismo y en detrimento de los derechos que pudieran asistir al otro cónyuge. Ni siquiera, se recalca, cuando media necesidad de un hijo mayor de edad que permanece en compañía del primero. Para lo cual esta sentencia de 2017 se remite a Jurisprudencia ya consolidada recordando que: «*En consecuencia, ni siquiera la existencia de un hipotético derecho de alimentos a favor del hijo ya mayor de edad sería un criterio de atribución de uso de la vivienda aunque el hijo decidiera seguir viviendo con la madre.*»

Por descontado, para sustraernos de todos estos inconvenientes cabe incluir en convenio regulador una estipulación o pacto atípico por el que se confiera el derecho de uso a uno de los cónyuges por el mero hecho de convivir con la descendencia común y abstracción hecha de la edad que tengan esos hijos. En tal tesitura, los suscriptores de este acuerdo no se ceñirían al régimen tipificado en el art. 96.1 CC, ni anudarían por tanto la asignación del uso de forma refleja a la custodia o guarda. Antes al contrario, la conferirían directamente a uno de los progenitores aunque condicionándola a su permanencia con la prole, al margen ahora de toda consideración a la custodia. Con lo que alcanzada la mayoría de edad de las hijas, si alguna prolongaba su estancia en el inmueble, permanecería incólume el derecho de la madre a seguir residiendo en el mismo. Y esto es lo que encontramos en la STS 27 septiembre 2017 (RJ 2017\4219) que resuelve en contra del padre, quien se aferraba al art. 96.3 CC para limitar en el tiempo el uso conferido a su ex mujer, al haber cumplido ya la mayoría de edad las hijas que estaban en compañía de aquella.

Así pues, sintetizando: alcanzada la mayoría de edad, y estando en juego la recuperación de nuestro patrimonio, después de la sentencia que hemos glosado, esos hijos son un cero a la izquierda se encuentren como se encuentren. A los discapacitados e incapacitados se les abonará una pensión y si con el tiempo el pagador no pudiera ni satisfacer el mínimo vital, vista la doctrina que existe sobre este particular, Dios los coja confesados.

6. Bibliografía

CABEZUELO ARENAS, AL.

- «La necesaria reforma del artículo 96 CC». *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*. Dir. Por Carlos Lasarte Álvarez y María Dolores Cervilla Garzón. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Pgs 681 y ss.
 - «El art.96. 1 CC: Sobrevaloración del interés del menor *versus* aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la Jurisprudencia y propuestas de reforma». *Menores y crisis y pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Dir Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. Reus. Madrid 2017. Pgs 331 y ss.
 - Introducción de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores: aplicación del juicio de proporcionalidad para rebajar la pensión del progenitor no custodio al beneficiarse el nuevo núcleo familiar así conformado de conceptos cubiertos por la suma originariamente fijada: Comentario a la STS de 19 de enero de 2017 (RJ 2017, 754). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* núm 43. 2017. Pgs. 313 y ss.
- CUENA CASAS, M “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario” *Revista Derecho Civil*. Volumen 1. Núm 2. 2014. Pgs 9 y ss.
- SANTOS URBANEJA, F “Futuro de la guarda de hecho”. *Protección jurídica de la persona con discapacidad*. VVAA Coord. Ignacio Serrano García y Alfonso Candau Pérez. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2017 Pág 190-224.
- PARRA LUCÁN, A “La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad” *Protección jurídica de la persona con discapacidad*. VVAA Coord. Ignacio Serrano García y Alfonso Candau Pérez. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2017. Pág 225-316.
- PRETEL SERRANO, “Su estudio desde la práctica profesional”. *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. AAVV. Dir Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. Coordinador M. García Mayo. Reus. Madrid 2017. Págs 39-60.
- TASENDE CALVO., JULIO J. “Discapacidad y proceso civil” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.13/2007 parte Doctrina*. Versión electrónica disponible en [http. www. westlaw.es](http://www.westlaw.es).