



Roj: **SAP O 95/2019 - ECLI:ES:APO:2019:95**

Id Cendoj: **33044370042019100017**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **16/01/2019**

Nº de Recurso: **542/2018**

Nº de Resolución: **13/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA NURIA ZAMORA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 95/2019,**
STS 3489/2019

AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00013/2019

Modelo: N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

Equipo/usuario: PBG

N.I.G. 33044 42 1 2011 0007193

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000542 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.9 de OVIEDO

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000340 /2018

Recurrente: Andrés

Procurador: MARIA CONCEPCION GONZALEZ ESCOLAR

Abogado: ANGELES PULIDO SANCHEZ

Recurrido: Dolores , MINISTERIO FISCAL

Procurador: NOELIA MENENDEZ TAMARGO,

Abogado: JOSE MANUEL ALVAREZ DIEZ,

NÚMERO 13

En OVIEDO, a dieciséis de enero de dos mil diecinueve, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Juan Carlos Llavona Calderón, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de apelación **número 542/2018**, en autos de JUICIO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Nº 340/2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número nueve de los de Oviedo, promovido por DON Andrés , demandante en primera instancia, contra DOÑA Dolores , demandada en primera instancia,



y también impugnante vía apelación, con la intervención del **MINISTERIO FISCAL** , y siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Nuria Zamora Pérez.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Oviedo se ha dictado sentencia de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de Don Andrés contra Doña Dolores , debo acordar la modificación de las medidas fijadas en la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado de fecha 27 de octubre de 2011 , con las modificaciones adoptadas por la sentencia de modificación de medidas de fecha 24 de julio de 2015 (parcialmente revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 15 de febrero de 2016) en el siguiente extremo:

- Don Andrés deberá abonar a Doña Dolores en concepto de pensión de alimentos a favor de su hija Lidia , la suma de trescientos cincuenta mensuales (350 €/mes) cantidad que deberá ingresar, por mensualidades anticipadas durante los siete primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que la madre designe y que será actualizable anualmente el día 01 de enero conforme al IPC.

No procede un pronunciamiento especial sobre las costas

Causadas".

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, formulando la parte demandada impugnación, que fue tramitada en legal forma. Remitidos los autos a esta Audiencia Provincial se sustanciaron los recursos, señalándose para deliberación y fallo el día nueve de enero de dos mil diecinueve.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas aprobadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada el 27 de octubre de 2.011 y ratificadas en la de 15 de febrero de 2.016, dictada en sede de apelación por la sección sexta de esta Audiencia provincial, en proceso de modificación de medidas 250/2.015.

En lo que interesa a efectos de este recurso mantiene la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar en favor de la demandada y la hija común de ambos litigantes, Lidia , nacida el NUM000 de 2.005. Rebaja la prestación de alimentos que ha de satisfacer el Sr. Andrés a su hija, la cual se fija en trescientos cincuenta euros (350€) mensuales, con el correspondiente índice de actualización. Sentencia apelada por D. Andrés e impugnada por la otra parte litigante.

SEGUNDO.- Procede realizar un examen conjunto de ambos recursos, pues inciden en los mismos temas objeto de debate, a saber, el mantenimiento de la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar, en favor de la hija menor y la progenitora que tiene atribuida su guarda y custodia; y en función de lo que se resuelva al respecto, en qué manera debe repercutir en la prestación de alimentos que el padre ha de satisfacer a la hija.

La problemática planteada se suscita como consecuencia de la convivencia de la Sra. Dolores con otra persona, quien ha pasado a ocupar la vivienda. La existencia de esa nueva relación afectiva es un hecho admitido por Doña Dolores . La discrepancia entre los litigante radica en dilucidar si la nueva persona convive o no, de forma habitual, en el domicilio familiar.

La revisión de la prueba practicada en autos, nos lleva a afirmar, tal y como hizo la juzgadora de instancia, que es así. El que dicha persona pernocta "en ocasiones", en el domicilio familiar lo reconoce incluso él, cuando declara como testigo, aunque luego pretenda restarle importancia apuntando que también pernocta en el domicilio que sus abuelos y un tío tienen en Gijón y en determinados periodos, por su actividad laboral, es entrenador de fútbol, permanece fuera de España, como ha sucedido los últimos meses, cuando declara, que había estado en China. Dando por cierta esa declaración, implica mucha coincidencia el que todos los días en los que se monta el dispositivo de vigilancia se observe que ha pernoctado en la vivienda ocupada por Doña Dolores y su hija. Y es que en la actualidad la realidad social evidencia un cambio sustancial en las relaciones afectivas de pareja, estable, análoga a la matrimonial, pero en la que no se plantea un proyecto de vida familiar con descendencia común. Es habitual y normal que los miembros de la pareja mantengan su domicilio individual, compartiendo otro común en periodos más o menos prolongados.



TERCERO.- Acreditado el uso compartido del domicilio familiar por la actual pareja de Doña Dolores , lo que no cabe acoger es la petición principal aducida por D. Andrés , ni siquiera cuando en el recurso apunta la posibilidad de limitar temporalmente esa atribución de uso, ya sea a los cuatro meses que propugna o un periodo superior.

La atribución del dicho uso se convino en el acuerdo de divorcio y ello se hizo sin limitación alguna, a pesar de que cabía pensar que ambos litigantes intentaran rehacer su vida personal con una tercera persona. Esa asignación se hace en beneficio de la menor, artículo 96, párrafo primero del Código Civil . Se trata de una forma de contribuir a su alimentación, cubriendo una necesidad esencial, básica de la vida - habitación-, que además, acostumbra a suponer un importante esfuerzo económico. De hecho, y según manifiesta el recurrente, ambos litigantes contribuyen al pago de ese gasto, pues en la demanda se decía que la vivienda está gravada con hipoteca que abonan ambos al 50%. Además, en el convenio de divorcio de mutuo acuerdo liquidan la sociedad de gananciales y se atribuyen la titularidad dominical del inmueble por mitad.

Es conocedor, el tribunal, tanto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, como la del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2.018, resolviendo el recurso de casación interpuesto contra aquella. Sentencia en la que se aparta de la dicción del artículo 96, párrafo primero. En ella se reconoce la dificultad que suscita la atribución de uso de la vivienda familiar, pues nos referimos a un bien con un importante coste económico. La asignación de su uso a uno de los progenitores y menores que queden a su guarda, obliga al otro a buscar el medio de cubrir su necesidad de habitación, con el gasto que ello implica y el que en ocasiones, como el caso de autos, pueda generar algún agravio comparativo.

Ahora bien, con esa atribución de uso se persigue proteger el interés del menor, quien no puede verse privado de él por el hecho de que el progenitor custodio decida rehacer su vida personal y pase a convivir, en la misma vivienda, de forma más o menos continuada con su nueva pareja.

CUARTO.- Lo que sí es cierto es que la convivencia, en el que fuera domicilio familiar, con una tercera persona que además dispone de ingresos, por mínimos que sean, permite a ese tercero contribuir a los gastos domésticos.

De la prueba documental practicada queda acreditado que la actual pareja de Doña Dolores percibe una prestación por desempleo de cuatrocientos treinta euros (430€) mensuales, pero ha estado trabajando en el extranjero y desconocemos cuales hayan podido ser sus ingresos. Lo cierto es que con esa suma puede colaborar en los gastos domésticos como si abonase parte de un alquiler o contribuir al pago de los suministros, lo que permitirá a Doña Dolores mayor disponibilidad económica y por ello la posibilidad de contribuir con su retribución salarial a la manutención de su hija.

A lo expuesto hemos de añadir que las necesidades de la menor, próxima a cumplir catorce años, no consta que sean mayores a las de una adolescente de esa edad, ni se acredita un posible incremento de las mismas, en los últimos años. Más bien al contrario, han disminuido, pues por su edad no precisa de la cuidadora a la que se hacía referencia en la sentencia de modificación de medidas precedente y en la que se decía que por ese concepto se abonaban unos ciento cuarenta euros mensuales.

Valorando ese conjunto de circunstancias se considera más ajustado a derecho fijar la pensión de alimentos a satisfacer por D. Andrés en trescientos euros (300€) mensuales que se abonarán a partir de esta sentencia en la forma y con la actualización que recoge la sentencia de instancia. Cuantía que se considera adecuada a las necesidades de la hija y que podrá ser complementada por la madre quien ahora dispone de mayor liquidez económica, considerando que la suma de ciento cincuenta euros mensuales ofertada por el apelante es insuficiente y desproporcionada a su disponibilidad, debiendo estar a lo regulado en el artículo 93 del Código Civil .

QUINTO.- La estimación parcial del recurso justifica la no imposición de costas de la apelación, artículo 398 nº 2 de la LEC . No imposición de costas que se extiende también al recurso de impugnación, dadas las dudas fácticas que suscita el tema debatido, en concreto el determinar la contribución del progenitor no custodio a la alimentación de los hijos menores, que exige un examen ponderado, en ocasiones dudoso, de la disponibilidad económica de los progenitores, remitiéndonos a lo previsto en el inciso final del apartado primero del artículo 394 en relación con el 398 de la LEC .

En base a lo hasta aquí argumentado, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dicta el siguiente:

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR D. Andrés Y SE DESESTIMALA IMPUGNACIÓN ARTICULADA POR DOÑA Dolores , contra la sentencia dictada el doce de julio de dos mil



dieciocho, por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Oviedo, en el Juicio de Modificación de Medidas N° 340/2.018. Se revoca parcialmente la sentencia apelada en el sentido de fijar la prestación de alimentos que el apelante D. Andrés ha de satisfacer a su hija menor Lidia en **TRESCIENTOS EUROS (300€) MENSUALES**. Suma que se abonará en el plazo y con el índice de actualización recogidos en la sentencia de instancia y que se hará efectiva a partir de esta sentencia de apelación. Se mantiene la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la menor y la progenitora custodia. No se hace especial condena en costas ni de la apelación ni de la impugnación.

En aplicación del apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.