



Roj: **SAP O 1052/2012 - ECLI:ES:APO:2012:1052**

Id Cendoj: **33044370012012100090**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/04/2012**

Nº de Recurso: **496/2011**

Nº de Resolución: **190/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Mieres, núm. 3, 15-06-2005,**
SAP O 1052/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00190/2012

SENTENCIA nº 190/12

ILTMOS. SRES.

MAGISTRADOS

DON AGUSTÍN AZPARREN LUCAS

DON GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA

DON JAVIER ANTÓN GUIJARRO

En Oviedo, a treinta de abril de dos mil doce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 156/2011, procedentes del JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N.3 de MIERES, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **496/2011**, en los que aparece como parte apelante, DON Roberto, representado por la Procuradora de los Tribunales, DOÑA MARIA DE LA O ALONSO CIENFUEGOS, asistida por el Letrado DON CARLOS PAREDES LÓPEZ, y como parte apelada, DOÑA Concepción, representada por la Procuradora de los Tribunales, DOÑA MARIA DOLORES SANCHEZ MENENDEZ, asistido por la Letrada DOÑA MARIA MARTIN GONZALEZ; siendo parte el Ministerio Fiscal en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres dictó Sentencia en los autos referidos con fecha catorce de junio de dos mil once, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Estimar parcialmente la demanda de Modificación de Las Medidas establecidas en la sentencia de separación de fecha 15/6/05, dictada por este Juzgado en los autos Separación Mutuo Acuerdo 234/05, que aprobó el convenio regulador de divorcio de 18/9/07 (autos Divorcio 89/07), instada por la procuradora de los Tribunales, Dª. Nuria Álvarez Rueda, en nombre y representación de D. Roberto, en lo relativo a la pensión de alimentos que ha de abonar a su hijo Vicente, que queda fijada en 90 euros mensuales."



TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes.

CUARTO.- Se celebró Vista Oral el día 23 de abril de 2012, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado Don JAVIER ANTÓN GUIJARRO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El relato fáctico para la solución del presente recurso parte de la Sentencia de 15 junio 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres que acordaba la separación de mutuo acuerdo de los cónyuges Doña Concepción y Don Roberto y aprobaba el contenido del convenio regulador suscrito por los litigantes entre cuyas medidas se disponía que el uso y disfrute de la vivienda conyugal sita en la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 NUM002 de Mieres quedaba adjudicado a favor de la esposa bajo cuya guarda y custodia quedaban los hijos menores nacidos en el matrimonio, así como que "los cónyuges se obligan a pagar por partes iguales (al 50%) el importe de las cuotas de amortización pendientes de pago, para lo que procederán a ingresar mensualmente (con la antelación suficiente) en la cuenta donde está domiciliado su pago, la cantidad (interés variable) que en cada momento constituya la mitad de la cuota de amortización". Con posterioridad se dictó por aquel Juzgado Sentencia de divorcio de fecha 18 septiembre 2007 en cuya parte dispositiva, en lo que aquí interesa, se mantenía la medida relativa al uso de la vivienda conyugal así como a la forma de amortización de la hipoteca. A partir de tales datos el actor Don Roberto sostiene en la demanda rectora de la presente litis que con posterioridad a esta última resolución se ha producido una variación en las circunstancias existentes al tiempo en que fue dictada, pues así en la vivienda que fue conyugal se encuentran residiendo en la actualidad, además de su anterior esposa Doña Concepción y de los dos hijos menores, la pareja sentimental así como la madre de aquélla, siendo así que ambas personas tienen ingresos propios, a todo lo cual se añade que Doña Vicenta, madre de Doña Concepción, goza incluso de otra vivienda en propiedad en Mieres que permanece libre y a su disposición, razones todas ellas por las que viene a solicitar en el suplico de su demanda, en lo que interesa a esta apelación, que se declare la extinción de la medida de atribución de la vivienda a la esposa y a los hijos que con ella conviven; que dicha vivienda puede enajenarse, a petición del actor, mediante la venta en pública subasta, o de forma voluntaria si así lo acordaren las partes; y que desde la presentación de la demanda y hasta la venta de la vivienda, se libere al demandante del pago mensual convenido para amortización de la hipoteca que grava la vivienda conyugal, y de cualquier otro gasto, impuesto o tasa que afecte a su propiedad, siendo todos ellos por cuenta y cargo de Doña Concepción.

La Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres acuerda desestimar los anteriores pedimentos por cuanto los hechos alegados no constituyen un cambio sustancial de las circunstancias, a lo que se añade que, en cualquier caso, la pretensión de que se trata habría de ventilarse en un eventual procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, acordando asimismo no hacer pronunciamiento alguno en lo referente a la forma de abono del préstamo hipotecario al no tener el carácter de carga del matrimonio y por tanto resultar ajeno a las medidas que deben ser adoptadas en esta sede procedimental. Frente a este pronunciamiento se alza en apelación Don Roberto insistiendo en su recurso en que la presencia de terceras personas en la repetida vivienda constituye una alteración sustancial de las circunstancias así como que exigirle acudir al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales supone negarle una solución de justicia material bajo una argumentación de carácter formal.

SEGUNDO.- Aún cuando en el suplico del escrito de apelación se viene a solicitar genéricamente el acogimiento de todos los pedimentos contenidos en la demanda, lo bien cierto es que la preparación del recuso se limitó a impugnar los pronunciamientos relativos a la desestimación de la posibilidad de que la vivienda conyugal pueda ser enajenada a petición del demandante Don Roberto así como a la desestimación de liberar a este último del abono de la cuota hipotecaria que grava aquella vivienda.

En la demanda rectora de esta litis se viene a solicitar, y reproducida ahora en la alzada, que se permita la enajenación de la vivienda conyugal sita en la la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 NUM002 de Mieres a petición del actor Don Roberto mediante su venta en pública subasta, o de forma voluntaria si así lo acordaren las partes, extinguiéndose en el momento de la venta el derecho de uso concedido a Doña Concepción y a sus hijos, petición que aparece articulada bajo el argumento de que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias desde la fecha en que aquella medida fue adoptada mediante Sentencia de divorcio de 18 septiembre 2007. Esta alteración aparece concretada, según expone el apelante, en el hecho de que Doña Concepción ha introducido como ocupantes en la repetida vivienda a terceras personas ajenas a la medida judicial de atribución de su uso y disfrute, como son su madre y su pareja de hecho, siendo así que su madre



percibe una pensión de viudedad de 800 euros mensuales y tiene a su disposición otra vivienda en propiedad que está desocupada y que no desea arrendarla, mientras que su actual pareja obtiene por su trabajo en Feve una retribución de unos 1.300 euros mensuales y dispone también de una vivienda en propiedad sita en Candás que es utilizada por la pareja algún fin de semana y en vacaciones. Dicho estado de cosas, a juicio del apelante, contrasta con el hecho de que el esposo Don Roberto se encuentre en situación de desempleo, sin recibir prestación alguna, y esté obligado a vivir con sus padres en una vivienda arrendada y a costa de los escasos ingresos de éstos, motivo por el que entiende que debe concedérsele la posibilidad de solicitar la venta de la vivienda conyugal con la simultánea extinción de la medida de atribución de su uso y disfrute, pues de otra manera se estaría consintiendo el abuso derivado de la situación ya expuesta.

El motivo del recurso, tal y como aparece planteado, implica por tanto no solo la petición de libre venta de la vivienda conyugal sino también la previa y necesaria extinción de la medida judicial acordada en su día de atribución de su uso a favor de los hijos menores habidos en el matrimonio y de la esposa bajo cuya guarda y custodia quedaban éstos, petición que se apoya además en el criterio adoptado en este sentido para un supuesto semejante por resoluciones como la S.A.P. Almería, Secc. 1ª de 19 marzo 2007 . Esta Sala, sin embargo, no puede compartir esta solución en atención a las razones que a continuación se expondrán.

TERCERO.- Así primeramente cabe destacar que en modo alguno resultará posible acceder a la extinción de la medida de uso de la vivienda conyugal a favor de los hijos si no se contempla otra medida sustitutoria que evite la evidente situación de desprotección que en otro caso quedarían los menores. En este sentido el apelante parece insinuar en su recurso que la medida de uso podría establecerse sobre la vivienda perteneciente a terceras personas ajenas a la relación familiar que nos ocupa, como pudieran ser las viviendas pertenecientes a la madre o a la pareja de Doña Concepción . Es cierto que nuestro Alto Tribunal ha admitido como doctrina jurisprudencial en STS 10 octubre 2010 la posibilidad de que el Juez pueda "atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos", pero también lo es que esa misma jurisprudencia se ha ocupado de precisar que "deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado" (así SSTS 21 junio , 14 abril y 1 abril 2011). Pues bien, en el caso ahora examinado en modo alguno resulta procedente imponer a tales terceros una vinculación sobre la vivienda de su propiedad, y ello no solo por el hecho de que aparecerían como beneficiarios unos menores con quienes no existe relación paterno-filial -cabe recordar que el derecho al uso de la vivienda familiar no es un derecho real sino un derecho de carácter familiar (así STS del Pleno de la Sala de 14 enero 2010)- sino por el argumento obvio de que tampoco sería posible garantizar el interés de aquellos menores ante el acaecimiento de eventualidades tales como la ruptura de la relación que mantiene Doña Concepción con su pareja, etc., y el consiguiente desalojo de la vivienda que hasta ese momento vinieran ocupando.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la pretensión de Don Roberto de poder enajenar, a su sola instancia, la vivienda que fue familiar, resulta obvio señalar que tratándose de un bien de naturaleza ganancial su liquidación en cualquiera de las formas admitidas por nuestro ordenamiento estará sujeta a la iniciativa que en este sentido puedan adoptar libremente cualquiera de los cónyuges, y en cualquier momento, sujetándose para ello a los trámites regulados para la división del patrimonio consorcial. Ahora bien, es preciso recordar nuevamente que la venta a terceros de la repetida vivienda deberá realizarse en todo caso respetando la medida judicial de atribución de su uso y disfrute a favor de los menores, pues es criterio consolidado en la jurisprudencia el que indica que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división (así SSTS 9 mayo 2007 , 22 octubre y 3 diciembre 2008 , entre otras). En este mismo sentido la STS 1 abril 2011 señala que el art. 96-1 C.Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, de manera tal que una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor, razón por la que se proclama como doctrina que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ". Llegados a este punto la conclusión no puede ser otra que la de declarar la alegada situación de abuso llevada a cabo por la esposa Doña Concepción al haber introducido a terceras personas en la vivienda conyugal no podrá ser remediada por la vía aquí pretendida al resultar *contra legem* , procediendo en consecuencia el rechazo del recurso en este punto y la consiguiente confirmación de la Sentencia apelada por las acertadas consideraciones vertidas a este respecto.

Finalmente y en cuanto a la petición de que el apelante se vea liberado del pago mensual convenido para la amortización de la hipoteca que grava la vivienda conyugal, así como de otro gasto, impuesto o tasa que



grave este inmueble, baste señalar, como también hace con acierto el juzgador de primera instancia, lo ya declarado por la STS 5 noviembre 2008 cuando señala que "la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90 D) C.C . , porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el Art. 1362, 2ª CC . Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante", consideraciones que conducen a excluir cualquier pronunciamiento a tal respecto en una Sentencia dictada en una causa matrimonial como la que aquí nos ocupa.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC , vistas las dudas jurídicas que puede presentar la cuestión enjuiciada ante la existencia de opiniones dispares en los Tribunales, es por lo que no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Don Roberto contra la Sentencia de 15 junio 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres , debemos acordar y acordamos CONFIRMARLA sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

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