



Roj: **SAP VA 746/2012 - ECLI:ES:APVA:2012:746**

Id Cendoj: **47186370012012100227**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2012**

Nº de Recurso: **17/2012**

Nº de Resolución: **217/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00217/2012**

**Rollo:** RECURSO DE APELACION Nº 17/12

**SENTENCIA Nº217/12**

ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente: D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

Ilmos. Sres. Magistrados: D. JOSÉ RAMÓN ALONSO MAÑERO PARDAL

D. JOSÉ ANTONIO SAN MILLÁN MARTÍN

En VALLADOLID, a dieciocho de Mayo de dos mil doce.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Procedimiento Matrimonial nº 305/11 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELANTE, D. Cesar , mayor de edad y vecino de Valladolid, representado por la Procuradora Dª ANA ISABEL CAMI **NO** RECIO y defendido por la Letrado Dª MARIA JOSÉ SANCHEZ GONZALEZ y como DEMANDADA-APELADA, Dª Loreto , mayor de edad y vecina de Valladolid, representada por el Procurador D. ISIDORO GARCÍA MARCOS y defendida por el Letrado D. CARLOS ESCALERA ALONSO, habiendo sido parte asimismo el MINISTERIO FISCAL; sobre modificación de medidas definitivas.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 2-09-11, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: " Que debo desestimar y desestimo la demanda que sobre modificación de medidas planteó la procuradora Dª Ana Isabel Camino Recio en nombre y representación de D. Cesar , confirmando en su integridad las medidas aprobadas en la Sentencia de Divorcio de diecisiete de noviembre de dos mil diez.

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes".

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de la parte demandante, D. Cesar , se preparó recurso de apelación que fue interpuesto dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 17-05\_12, en que ha tenido lugar lo acordado.



Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN ALONSO MAÑERO PARDAL.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Cesar interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en el proceso de Modificación de Medidas Definitivas adoptadas en anterior proceso de divorcio que se ha seguido con el número 305/2011 ante el Juzgado de Primera Instancia número Trece de Valladolid , interesando en el escrito de interposición del recurso la revocación de dicha resolución en cuanto desestima tanto la pretensión principal de la demanda, consistente en la petición de extinción del derecho de uso y disfrute exclusivo de la vivienda familiar atribuido a los hijos del matrimonio y a la progenitora custodia, como la de carácter subsidiario de aquélla en la que se propugnaba, ante una hipotética desestimación de la petición principal, que la sra. Loreto viniese obligada a sufragar el 100% del importe del préstamo hipotecario que grava la vivienda ganancial, así como el resto de gastos derivados del derecho de propiedad sobre el inmueble, sin derecho al reintegro de los mismos.

Entiende el apelante en su escrito de interposición del recurso de apelación que incurre la resolución dictada en la instancia en una errónea valoración e interpretación de la prueba practicada en el juicio, pues de lo actuado y probado en el procedimiento se constata cómo se ha producido una sustancial alteración de las circunstancias que se tuvieron en consideración al tiempo de suscribirse el convenio regulador por los entonces cónyuges y de dictarse la sentencia de divorcio (de fecha 17 de noviembre de 2011 ), pues resulta cuestión no controvertida que en el momento actual residen en la vivienda que fuera familiar de forma continuada y estable no solo la sra. Loreto y los hijos del apelante, sino también la nueva pareja de D<sup>a</sup> Loreto y un hijo de este, así como ocasionalmente otro hijo en los momentos en los que en ejercicio del derecho de visitas le corresponde estar con su padre.

SEGUNDO.- En la resolución recurrida se desestima la pretensión articulada en la demanda estimando el Juez de Instancia que pese a la convivencia en el que fuera domicilio familiar y junto a la demandada y sus hijos de la nueva pareja de D<sup>a</sup> Loreto y uno de los hijos de este, y de forma discontinua el otro, no se habría producido alteración alguna de las circunstancias fácticas tenidas en consideración al tiempo de ser aprobado el convenio regulador, dado que la necesidad habitacional de los hijos de los litigantes se mantiene inalterable pese a que hayan entrado a vivir en el domicilio familiar terceras personas ajenas a ese vínculo familiar íntimo.

Así las cosas, los términos del recurso que ha sido interpuesto se circunscriben finalmente a determinar si el hecho probado de la convivencia del compañero sentimental de la demandada y su hijo en el que fuera domicilio familiar supone una modificación sustancial de las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta a la hora de atribuir la vivienda familiar a los hijos y a la progenitora custodia, pues al correcto entender del apelante ésta cuestión no ha sido adecuadamente resuelta en la instancia.

En este sentido, la solución a la cuestión suscitada ante esta Sala exige tomar como punto de partida el hecho de que nos encontramos ante un procedimiento de modificación de medidas convenidas por los cónyuges y aprobadas por el Juez, y que las mismas sólo pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias fácticas tenidas en consideración para su adopción, tal y como exigen los artículos 90 y 91 del Código Civil .

Considera la resolución recurrida que ninguna alteración de circunstancias se ha producido, y ello porque en el anterior procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo se atribuyó a los hijos y a la madre el uso y disfrute de la vivienda conyugal, y en la actualidad, D<sup>a</sup> Loreto continúa ostentando la guarda y custodia de los hijos que continúan residiendo en la vivienda familiar en compañía de su madre, de modo que, sobre el particular que nos ocupa, como es la atribución a los hijos y a la madre que ostenta la guarda y custodia el uso y disfrute de la vivienda que fue conyugal, no se habría producido ninguna alteración de aquellas circunstancias como para declarar extinguido el derecho al uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de dichos hijos y de su madre, dado que los primeros son los más necesitados de protección.

TERCERO.- Sin embargo, y sin desconocer la existencia de criterios dispares en la doctrina de las Audiencias Provinciales, tal y como resulta de la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Cáceres expresamente citada por el Juez de Instancia, no comparte esta Sala el análisis que de la cuestión objeto de controversia realiza el Juzgador en la resolución recurrida, de tal forma que muy al contrario de lo que manifiesta el Juez "a quo" en su resolución, es criterio de esta Sección Primera, expuesto ya al menos en una anterior resolución de fecha 22 de marzo de 2010, que siendo la finalidad tuitiva del artículo 96 del Código Civil en lo relativo a la atribución del derecho de uso y disfrute exclusivo de la vivienda familiar la de proteger a la parte de la unidad familiar en crisis que se encuentre más desfavorecida o necesitada de especial protección a consecuencia de la ruptura familiar, carece de justificación alguna el mantenimiento de dicha especial protección cuando el núcleo familiar a cuyo favor se hizo ese peculiar reconocimiento ha sido sustituido por un nuevo núcleo familiar



más amplio en el que se integran de forma y manera continuada y estable otras personas que resultaban ajenas al anterior grupo familiar.

Es por todo lo indicado que considera esta Sala que sí concurren en el supuesto que nos ocupa las circunstancias fácticas que autorizan deba dejarse sin efecto la especial atribución del derecho de uso y disfrute exclusivo de la que fuera vivienda familiar efectuado en la sentencia de divorcio, dado que en el convenio regulador que dicha resolución aprobó tan solo se preveía, como no podía ser de otra manera pues ya resulta dispuesto por efecto del artículo 101 del Código Civil, que se extinguiría la pensión compensatoria reconocida a D<sup>a</sup> Loreto al convivir maritalmente con otra persona, pero no que dicha convivencia tuviera lugar, en su caso, en la que fuera vivienda familiar de los litigantes.

Este pronunciamiento estimatorio del pedimento principal la demanda será efectivo, tal y como ha sido interesado, en el plazo de un mes a partir de la firmeza de la sentencia que nos ocupa y evita la necesidad de examinar la petición formulada con carácter subsidiario.

CUARTO.- La estimación del recurso de apelación, revocación de la resolución dictada en la instancia y estimación de la demanda formulada determina que no se haga especial pronunciamiento de condena en ninguna de las dos instancias, pues concurren en el supuesto que nos ocupa dudas de derecho, como lo prueba la constancia de criterio diverso al aquí sustentado en otras Audiencias Provinciales. Arts. 394 y 398 de la L.E.C.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 2 de septiembre de 2011 en el proceso de Modificación de Medidas Definitivas adoptadas en anterior proceso de divorcio que se ha seguido con el número 305/2011 ante el Juzgado de Primera Instancia número Trece de Valladolid, debemos revocar y revocamos dicha resolución dejándola sin efecto, y en su lugar, estimando la demanda formulada por D. Cesar, debemos declarar y declaramos extinguido el derecho de uso y disfrute exclusivo de la vivienda ganancial atribuido en la sentencia de divorcio del matrimonio a los hijos y a D<sup>a</sup> Loreto que se hará efectivo en el plazo de un mes desde la firmeza de esta resolución, y todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

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

PUBLICACION.- Seguidamente ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que se indica en la misma, estando constituida en audiencia pública esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, lo que como Secretario certifico.