



Roj: **SAP VA 97/2018 - ECLI:ES:APVA:2018:97**

Id Cendoj: **47186370012018100025**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2018**

Nº de Recurso: **394/2017**

Nº de Resolución: **20/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO SALINERO ROMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 97/2018,**
STS 3882/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00020/2018

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Tfno.: 983.413486 Fax: 983.413482

Equipo/usuario: MGR

N.I.G. 47186 42 1 2013 0012529

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000394 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000270 /2016

Recurrente: Pablo Jesús

Procurador: M CRISTINA REY MARCOS

Abogado: JESUS SEBAL CUBERO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Ofelia

Procurador: , CESAR ALONSO ZAMORANO

Abogado: , ITZIAR CURIEL LOPEZ DE ARCAUTE

SENTENCIA Nº 20/2018

ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente: D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

Ilmos. Sres. Magistrados: D. JOSE RAMON ALONSO MAÑERO PARDAL

D. JOSE ANTONIO SAN MILLAN MARTIN

En VALLADOLID, a quince de enero de dos mil dieciocho.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000270 /2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000394 /2017, en los que aparece como parte **DEMANDANTE-APELANTE** : Pablo Jesús , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. M CRISTINA REY MARCOS, asistido por el Abogado D. **FELIPE FERNANDO MATEO BUENO**, y como parte **DEMANDADO-APELADO** : Ofelia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. CESAR ALONSO ZAMORANO, asistido por el Abogado D^a. ITZIAR CURIEL LOPEZ DE ARCAUTE, con intervención como apelado el MINISTERIO FISCAL, sobre atribución **vivienda** y pensión alimentos para hijos.

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 17-04-2017, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Se estima parcialmente la demanda de modificación de medidas solicitada por la procuradora Doña Cristina Rey Marcos, en nombre y representación de DON Pablo Jesús , frente a DOÑA Ofelia , acordando lo siguiente:

-Se mantiene la atribución del uso y disfrute del domicilio **familiar** sito en la CALLE000 NUM000 de DIRECCION000 (Valladolid) en la forma estipulada en la sentencia de divorcio de 16 de enero de 2014 (autos de divorcio contencioso nº825/2013).

-Se acuerda modificar el importe de la pensión alimenticia que el padre abona por sus hijos reduciéndose de 500 euros mensuales que se estipuló en la sentencia de divorcio a cuatrocientos euros mensuales (400), doscientos euros mensuales por cada hijo (200), actualizables anualmente conforme a lo estipulado en la sentencia de divorcio.

No se hace expresa imposición de costas."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la Procuradora Sra. Rey Marcos en representación del demandante se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente D. FRANCISCO SALINERO ROMAN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte apelante con su primer motivo del recurso cuestiona que la sentencia no haya resuelto la extinción del derecho de uso de la que fue **vivienda familiar** por la entrada en la **vivienda** a convivir maritalmente con la demandada y sus hijos una tercera persona. Solicitó subsidiariamente, que, de no atenderse dicha petición, se limite temporalmente el uso a un año y finalmente de no estimarse las precedentes pretensiones que se reduzca la pensión alimenticia de los hijos, que es lo que se ha establecido en la sentencia apelada, a la suma de 150 euros por cada hijo.

Habremos de pronunciarnos sobre la primera de las pretensiones pues de apreciarse carece de razón la resolución de las subsidiarias.

La sentencia da por probada la alteración sustancial de las circunstancias producidas en el caso enjuiciado por la convivencia marital con la esposa de un tercero que ha pasado a residir en la que fue **vivienda familiar**. La cuestión debatida entre las partes es pues de naturaleza jurídica para determinar las consecuencias que dicha entrada debe producir respecto a la asignación del uso de la **vivienda familiar** que en la sentencia de divorcio se atribuyó a esposa e hijos.

La solución adoptada en la sentencia apelada de rebajar la pensión alimenticia de los hijos a 200 euros para cada hijo en lugar de los 250 fijados en la sentencia de 16 de enero de 2014 , que en la medidas relativas al uso de la **vivienda** y cuantía de las pensiones alimenticias de los hijos se ha tratado de modificar en el presente proceso se apoya en la sentencia de la Sala Primera de 19 de enero de 2017 . Pero esta resolución no resolvió una pretensión de extinción del uso como el que ahora se pretende sino simplemente si la introducción de un tercero en la **vivienda familiar** podía tener esa repercusión de rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores. La Juzgadora "a quo" deniega la pretensión principal con el argumento de que la introducción de un tercero en el domicilio **familiar** no tiene porqué afectar al derecho de los hijos de seguir utilizando la



vivienda. Pero por el mismo argumento tampoco tendría porqué influir en la reducción del importe de la pensión alimenticia de los menores ajenos a la relación de la madre con una nueva pareja, pareja que no tiene ninguna obligación alimenticia con los hijos y que además al no haber contraído matrimonio en un régimen como el de sociedad de gananciales por la vía de esta sociedad tampoco tendría que hacerse cargo de la alimentación y educación de los hijos del actor y demandada (art. 1362 del Código Civil)

La sentencia de la Sala Primera cuya tesis se aplica al supuesto enjuiciado lo hace invocando razones de equidad y justicia. Las mismas razones pueden utilizarse para no seguir manteniendo el derecho de uso de una **vivienda** cuando de dicho derecho se beneficia un tercero ajeno al matrimonio y sin ninguna relación, por lo mismo, con el actor que ha de seguir contribuyendo a sufragar el importe correspondiente de la cantidad financiada para su adquisición y de los impuestos que la gravan de manera que si el cónyuge a quien ha sido asignado el uso desea iniciar, como ha sucedido, una relación de convivencia con una tercera persona lo justo y equitativo es que proceda a liquidar la sociedad ganancial a la que pertenece la **vivienda** y a instalarse con su nueva familia en una **vivienda** o inmueble diferente con el que el cotitular de la primera **vivienda** no tenga ninguna obligación ni vinculación.

Respecto a la atribución del uso de la **vivienda** que se contempla en el primero de los apartados del art. 96 del Código Civil la Sala Primera ha sentado el criterio (por todas las sentencias de 19 de noviembre de 2013 o de 23 de enero de 2017) de que uno de los factores para eliminar el rigor de la norma del art. 96. 1 es que la **vivienda** no tenga el carácter de **familiar**.

Aplicando el criterio expuesto al caso enjuiciado considera esta Sala que la **vivienda** litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como **vivienda familiar** en cuanto servía a un determinado grupo **familiar** aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue **vivienda familiar** hace perder a la **vivienda** su antigua naturaleza de **vivienda familiar** por servir en su uso a una familia distinta y diferente. Por ello la sentencia de la Sala Primera de 19 de noviembre de 2013 solo considera **vivienda familiar** aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio consideramos que desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la **vivienda** ha de perder también la consideración de **vivienda familiar**. Porque como señala la sentencia citada no puede calificarse de **familiar** a la **vivienda** que no sirve a los fines del matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines mas allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial. .

No obstante no debe accederse a la petición de la parte apelante de que se proceda de inmediato a la venta de la misma o a su adjudicación a uno de ellos con el abono al otro del importe correspondiente pues previamente deberá procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales a la que pertenece la **vivienda**. Por ello y en protección de los hijos menores y entre tanto se llega a la solución extintiva y definitiva de la sociedad ganancial los hijos y el progenitor custodio mantendrán el derecho de uso hasta que se liquide dicha sociedad.

La estimación del recurso en el sentido expresado en esta resolución debe llevar anudada la consecuencia de dejar sin efecto la reducción de la pensión alimenticia establecida en la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Al estimarse en parte el recurso no hacemos imposición de las costas de esta alzada por disponerlo así el art. 398. 2 de la L.E.Civil .

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don Pablo Jesús contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid en fecha 17 de abril de 2017 en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución en los particulares siguientes:

- Declaramos que el derecho de uso de la **vivienda** sita en la CALLE000 núm. NUM000 de DIRECCION000 atribuido en su día a esposa e hijos quedara extinguido en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

- Dejamos sin efecto el pronunciamiento que reduce la pensión alimenticia de los hijos a la suma de 200 euros por cada hijo.

No hacemos imposición de las costas de esta alzada.



De conformidad con lo dispuesto en el apartado Octavo de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial según redacción de la L.O. 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.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer, en su caso, recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ