

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**  
**Sección Vigésimocuarta**  
C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020  
Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: [REDACTED]

**Recurso de Apelación [REDACTED]/2019**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 05 de Coslada  
Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso xxx/2016

**APELANTE:** D. MARCOS [REDACTED]  
PROCURADOR Dña. ANA GARCIA ORCAJO  
**APELADO:** Dña. ELENA [REDACTED] xxxxx  
PROCURADOR Dña. [REDACTED]  
FISCAL

**Ponente: Ilmo. Sr. D. ÁNGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO**

**SENTENCIA N° [REDACTED]**

Magistrados:  
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González  
Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco  
Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Campo Izquierdo

En Madrid, a [REDACTED] de octubre de dos mil diecinueve.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de Medidas supuesto contencioso con el nº [REDACTED]/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Coslada, seguidos entre partes:

De una, como apelante, D. MARCOS [REDACTED], representado por la Procuradora Dª ANA GARCÍA ORCAJO.

Y de otra, como apelada, Dª ELENA [REDACTED] representada por la Procuradora Dª [REDACTED].

Siendo parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ÁNGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Que en fecha xx de octubre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Coslada, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*“FALLO: Que, desestimando la demanda interpuesta por MARCOS [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales Ana María García Orcajo, frente a ELENA [REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones que contra ella se formulan; con imposición de las costas causadas en esta primera instancia a la parte actora.”.*

**TERCERO.-** Que en fecha [REDACTED] de octubre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Coslada, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*“PARTE DISPOSITIVA: En cuanto a la petición de rectificación de la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 5.10.2018 formulada por la Procuradora Ana María García Orcajo en nombre y representación de Marcos [REDACTED] [REDACTED] estimo:*

*\*Procede aclarar el fundamento jurídico cuarto en su párrafo cuarto, en el que debería decir “que no ha quedado debidamente acreditada la disminución de la capacidad económica del actor”.*

*\*En cuanto a las aclaraciones interesadas por el demandante respecto de la reducción de las pensiones alimenticias, dicha cuestión se resolvió en el fundamento jurídico cuarto, desestimándose la misma.*

*\*En cuanto a la limitación temporal, lo único que se interesaba en el suplico de la demanda es que la pensión se entregara directamente a los hijos ya mayores de edad, debiendo también desestimarse dicha pretensión por cuanto las pensiones alimenticias proceden de un procedimiento de divorcio en el que las partes litigantes fueron el demandante y la demandada.*

*\*Finalmente, en cuanto a la petición de limitación del uso de la vivienda familiar, en el suplico de la demanda se interesaba que el mismo se mantuviera en favor de la demandada hasta la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial. Por tanto, en los concretos términos en los que se interesó tal pretensión, no procede aclaración alguna en tanto que en la cláusula sexta del convenio regulador ya se preveía unas limitaciones de dicho uso, y además en el propio convenio se procedió ya a la liquidación del régimen económico matrimonial por lo que la pretensión ejercitada no puede ser objeto de un ulterior procedimiento de modificación de medidas.-*

*Incorpórese esta resolución al libro de Resoluciones Definitivas a continuación de aquella de la que trae causa la presente y llévase testimonio a los autos principales.”.*

**CUARTO.-** Notificada la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de D. MARCOS [REDACTED] al que se opuso la parte contraria y el Ministerio Fiscal, en los términos que constan en escritos obrantes en autos.

Mediante providencia de fecha 28 de marzo de 2019, se señaló el día 16 de octubre de 2019 para deliberación, votación y fallo.

**QUINTO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de D. Marcos, se formula recurso de apelación frente a la sentencia de xx de octubre de 2018, dictada en proceso de modificación de medidas nº [REDACTED]/16, tramitada en el juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Coslada, aclarada por auto de 17 de octubre de 2018, que desestimó su demanda en la que solicita una custodia compartida, una variación en la pensión de alimentos que debía abonar a sus hijos y que se limitase el uso de la vivienda familiar atribuida a Dª Elena, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. En su recurso, solicita una revocación parcial de dicha sentencia, invocando que dicha sentencia no ha respetado el principio de proporcionalidad que debe regir a la hora de fijar los alimentos, al convivir Dª Elena en la vivienda familiar con su actual pareja, que debe por tanto contribuir a los gastos de la vivienda lo que implica una disminución en los alimentos que él debe abonar. Convivencia que también debe conllevar una limitación en el uso de la vivienda familiar; sin que proceda así mismo la condena en costas que se le impone en 1ª Instancia. Por ello pide que se fijen las medidas que son de ver en el suplico de su recurso, referidas a pensión de alimentos, uso de la vivienda y condena en costas. No apela por tanto el pronunciamiento referido a guarda y custodia, que devino firme en su día. Por la representación procesal de Dª [REDACTED], se opone al recurso y considerando que no se ha vulnerado ese principio de proporcionalidad, que no procede limitar temporalmente el uso de la vivienda, en estos momentos, al tener atribuida la guarda y custodia de un hijo menor de edad se debe desestimar el recurso y confirmar la sentencia de 1ª Instancia, incluida la condena en costas que contiene la misma.

**SEGUNDO.-** En relación a la limitación del uso de la vivienda que solicita la parte apelante, se debe tener en cuenta que el TS, si bien viene manteniendo, cuando hay hijos menores de edad, el criterio general de 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..", en determinadas circunstancias, como la presente en que ha pasado a vivir en esa vivienda familiar la pareja del progenitor que tiene la custodia del hijo menor de edad, viene fijando excepciones. Y así en sentencia de Pleno de 20/11/18, fijo que "...El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se

*establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida. La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda..”*

En el presente caso, a través del informe social obrante en las actuaciones, (folios 248 y 249 relativos a la entrevista y exploración social de D<sup>a</sup> Elena), ha quedado acreditado que D<sup>a</sup> Elena, convive en la vivienda familiar, con su actual pareja desde 2014. Es por ello que aplicando la doctrina del TS, procede estimar el recurso de apelación formulado en este extremo y limitar dicho uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Medida que no genera perjuicio alguno al menor Asier de 16 años, al haber nacido el 24/3/03 (su hermano David es mayor de edad y cuenta con 20 años y por tanto no tiene derecho alguna a dicho uso), al poder acceder a nueva vivienda, de la que dispone dicha pareja, o a otra en función del resultado de dicha liquidación, sea en propiedad o en alquiler.

No son admisibles las alegaciones de D<sup>a</sup> Elena, de que ese informe social carece de valor probatorio al no haber sido ratificado judicialmente; pues ella misma se ha apoyado en dicho informe para mantener su postura y pretensiones en relación a la guarda y custodia (por lo que no puede pretender que dicho informe tenga valor probatorio para lo que le beneficia y no para lo que le perjudica). Sin que en las conclusiones que formuló por escrito respecto del mismo, al haberse practicado tras la celebración de la vista, haya puesto queja o tacha alguna a dicho informe, en este aspecto. No habiendo solicitado ninguna de las partes la presencia de los profesionales, para que se ratificaran en el mismo, formularan ampliaciones, o aclaración de dicho informe. Ratificación judicial, que entendemos no es tan necesaria, en función de la especial naturaleza de los equipos psico-sociales, que más que peritos en sentido estricto, son auxiliares del juez, que actúan solo por decisión del mismo.

**TERCERO.-** En relación a la pensión de alimentos, siendo cierto la doctrina del TS señalada en el recurso, sobre la incidencia de esa convivencia de la nueva pareja en la

cuantía de los alimentos, la misma es anterior a esta decisión del pleno de 2018 sobre limitación del uso en dichas circunstancias. Por otro lado, dicha convivencia tiene una mínima incidencia en las partidas a valorar para fijar dicha cuantía, entre las que destacan especialmente los de comida, ropa, transporte, ocio, estudios etc. Donde mayor incidencia puede tener dicha convivencia, es en los suministros de la vivienda, cuyo coste incluye un parte importante, como fijo, que no depende del número de personas que conviven en el inmueble. Situación que queda compensada en este caso, con la limitación que se impone al uso de la vivienda familiar.

Es por ello, que valorando que los ingresos de D. Marcos, prorrateando las pagas extras, rondan los 2.330 € al mes, como administrativo del Ayuntamiento de Coslada; y que según dice en su demanda sus gastos personales mensuales son de unos 885 € en concepto de: hipoteca, comunidad, IBI, pago furgoneta, comida, comunidad, teléfono, gasoil y abono transporte (folio 14 vto), le queda un remanente o disponibilidad económica real de más de 1.100 € con los que puede hacer frente a la pensión fijada en su día a favor de sus hijos, que no se puede considerar excesiva dada la edad de los mismos. Por lo tanto, entendemos que dicha cuantía sí guarda y cumple las reglas de proporcionalidad, y de contribuir ambos progenitores a la manutención y asistencia de los hijos. Por tanto se debe desestimar el recurso en este punto y confirmar la sentencia de 1ª Instancia.

Alimentos que se deberán seguir abonando directamente a la madre, en aplicación del art. 93.2 del C.C. Pues el hecho de poderse fijar alimentos para hijos mayores de edad, en esos procesos de familia, deriva como dijo el TS en el año 2000, en que se cumplan las dos condiciones que fija dicho artículo, lo que conlleva que sea la madre quien administre y gestione dichas pensiones, a fin de hacer frente, total o parcialmente, a los gastos que genera esa convivencia y falta de independencia económica.

**CUARTO.-** La estimación parcial del recurso, conlleva una estimación parcial de la demanda presentada por D. Marcos, lo que debe conllevar que se deje sin efecto la condena en costas que se impuso en 1ª Instancia. Art. 394 de la LEC.

Así mismo, dicha estimación parcial, conlleva que no se haga especial imposición de las costas procesales devengadas en esta segunda instancia. Art. 394 y 398 LEC.

### **III.- FALLO**

Debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de D. Marcos [REDACTED] [REDACTED], frente a la sentencia de 5 de octubre de 2018, dictada en proceso de modificación de medidas nº 579/2016, tramitada en el juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Coslada, aclarada por auto de 17 de octubre de 2018, que se revoca en el sentido de:

1.- Limitar el uso de la vivienda familiar atribuido a Dª Elena, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

2.- Dejar sin efecto la condena en costas que contiene la sentencia de 1ª Instancia.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales devengadas en esta apelación.

Devuélvase a la parte el depósito constituido para apelar.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede caber la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, si se dan algunos de los supuestos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 para ante el Tribunal Supremo en el plazo de VEINTE DIAS.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación en fecha \_\_\_\_\_, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid, a

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.