

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**  
**Sección Vigésimosegunda**  
C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020  
Tfno.:  
seccion22civil@madrid.org  
37007740

N.I.G.: ██████████

**Recurso de Apelación XXX/2022 SRA. DE LA CUEVA**  
**Tfno.: 914936135-6128**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 02 de Navalcarnero  
Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso 553/2019

**APELANTE: D.** ██████████ ██████████ ██████████ ██████████

PROCURADORA Dña. PATRICIA DE LA FUENTE BRAVO

**APELANTE: Dña.** ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ **PROCURADORA**

Dña. ██████████ ██████████ ██████████ ██████████

**MINISTERIO FISCAL**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Teresa de la Cueva Aleu**

## **SENTENCIA N<sup>o</sup> 335/2023**

### **Magistrados:**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> del Pilar González Vicente**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Teresa de la Cueva Aleu**

**Ilmo. Sr. D. Jesús María Serrano Sáez**

---

En Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre Modificación de medidas supuesto contencioso seguidos bajo el nº ██████████/2019, ante el Juzgado Mixto nº 02 de Navalcarnero, entre partes:

De una como apelante, D. ██████████ ██████████ ██████████ ██████████, representado por el Procurador D<sup>a</sup>. Patricia De La Fuente Bravo

De otra como apelante, D<sup>a</sup>. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Teresa de la Cueva Aleu designada por resolución de fecha 23 de marzo de 2023

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

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

**SEGUNDO.-** Con fecha 24/03/2021, por el Juzgado Mixto nº 02 de Navalcarnero, se dictó Sentencia 53/2021 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. De la Fuente Bravo y asistido por el Letrado Sr. Martínez Martínez contra DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], y se acuerda modificar la sentencia dictada en fecha 26 de septiembre de 2019 en los siguientes extremos:

1.-Se acuerda una guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.

Esta custodia compartida será por semanas, desde el lunes a la salida del centro escolar hasta el siguiente lunes a la entrada al centro escolar, encargándose el progenitor que tenga la custodia de las entregas y recogidas en el centro escolar. En caso de puente o festividad, que pueda anexionarse al fin de semana, el mismo se ampliara por los días festivos, siendo disfrutado por el progenitor que tenga atribuida el citado fin de semana.

Los periodos vacacionales serán disfrutados por mitad entre ambos progenitores y de la forma acordada en la sentencia de medidas paterno filiales.

Finalizado el periodo vacacional, el régimen ordinario de alternancia de la convivencia comenzara siendo disfrutado por el progenitor que no hubiera tenido el último periodo vacacional.

2.-Se fija una pensión de alimentos de 200 euros mensuales, 100 euros por hijo, a cargo del padre (deberá ser abonada de la forma acordada en la citada sentencia).

No procede imponer costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que contra la misma cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, Doña Eva Sesma Madroño, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Navalcarnero”

Asimismo, con fecha 22 de julio de 2031 se dictó auto de aclaración del siguiente tenor literal:

“ Procede aclarar la sentencia dictada el 24 de marzo de 2021 en el sentido expuesto en el fundamento jurídico segundo de esta resolución.

Contra esta resolución no cabe recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 267.7 LOPJ, sin perjuicio de los que procedan contra la resolución principal a la que se refiere la aclaración.

Así lo acuerda y firma Doña Eva Sesma Madroño, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Navalcarnero. Doy fe.”

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y de D<sup>a</sup> [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], exponiendo en sus escritos presentados las alegaciones en las que basaban su impugnación.

De dichos escritos se dio traslado de contrario a las partes personadas presentándose por la representación legal de ambas partes y por el Ministerio fiscal, escritos de oposición

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 30 de marzo de 2022.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

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

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de marzo de 2021 se dictó sentencia, aclarada por auto de 22 de julio de 2021, por el juzgado de primera instancia e instrucción número dos de Navalcarnero en los autos de familia, modificación de medidas, número ■■■/2019, seguidos a instancias de don ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ contra doña ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■, que en lo esencial acordó modificar la sentencia dictada en fecha 26 de septiembre de 2016 recaída en procedimiento de relaciones paterno filiales, -documento uno de la demanda a los folios 23 y siguientes de autos- acordando la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores sobre los dos menores habidos de su relación, ■■■■■, nacida el 13 de julio de 2009 que cuenta a la sazón con 13 años de edad, y ■■■■■, nacido el 25 de enero de 2013 que cuenta con 10 años de edad en la actualidad. Establece asimismo la sentencia de referencia que los periodos vacacionales sean disfrutados por mitad por ambos progenitores en la forma acordada en la sentencia de medidas paterno filiales; fijándose una pensión alimenticia de 200 € mensuales, a razón de 100 € por cada uno de los hijos, a cargo del padre, don ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■, estableciéndose asimismo que el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en la calle ■■■■■ número cinco R de Navalcarnero, se atribuía a los hijos citados y a la progenitora doña ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■, con las demás especificaciones contenidas en la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Por otra parte la sentencia en cuestión a través de su auto de aclaración acordó no proceder a aclaración de la citada sentencia en relación con la pretensión de la obligación de pago de alquiler establecida a cargo de la madre en los términos que acotó el convenio regulador fechado a 11 de mayo de 2016 -folios 25 y siguientes de los autos de instancia- en su cláusula cuarta in fine, en la que ambos progenitores acordaron que transcurrido un año desde la firma del convenio doña ■■■■■ abonaría “ por el uso de la vivienda familiar el precio de un alquiler ajustado a precio de mercado en consonancia con la cuota hipotecaria “ (sic).

**TERCERO-** Frente a tal sentencia de instancia se alza el recurso de apelación de doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] exclusivamente sobre los extremos relativos a la obligación del pago del alquiler por el uso del hogar familiar, que fue pactado en el convenio de referencia, interesando, pese a no haber planteado formalmente demanda reconvenicional al efecto, que sea declarado que no era “necesario haberla formulado para solicitar el cese de la obligación del párrafo tercero de la cláusula cargas familiares del convenio regulador de 2016 que regía anteriormente “ (sic). Y asimismo se declare la anulación de la obligación pactada en dicha cláusula consistente en el pago de una renta por el uso del hogar familiar habida cuenta de su situación de precariedad laboral que no ha sufrido alteración al alza tras un año desde el convenio celebrado.

Igualmente plantea apelación frente a la sentencia de instancia don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] interesando la desafección de la vivienda familiar citada, sita en la calle [REDACTED] 5R de Navacarnero (Madrid) debiendo abandonar doña [REDACTED] el inmueble en un plazo de tres meses desde la sentencia que se dicte en alzada. O subsidiariamente que se establezca la alternancia de uso de la antedicha vivienda familiar por periodos de dos años entre los progenitores y hoy litigantes, coincidentes con los cursos escolares con las demás especificaciones que establece, de forma que en resumidas cuentas la vivienda que fue domicilio familiar se libere a los efectos de la afección establecida en el convenio aprobado judicialmente, dado que carece de sentido de conformidad con lo establecido el artículo 96.2 del código civil la atribución de tal domicilio a la madre en cuanto se ha determinado que los menores queden bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores.

Alega asimismo don [REDACTED] [REDACTED] que doña [REDACTED] posee en propiedad otra vivienda privativa en la calle [REDACTED] que le proporciona un pingüe alquiler, de 790 € brutos según se ha averado en autos a través de la documental que obra a los folios 219 y siguientes de autos, con lo que mientras el padre y apelante sufraga el 65% de los gastos, impuestos, etc. del domicilio que fue familiar, en razón de su cuota de titularidad, doña [REDACTED] titular del 35% del inmueble, cubre sobradamente con el importe del alquiler que percibe por su vivienda privativa, su porcentaje de gastos en el domicilio familiar, lo que constituye un flagrante enriquecimiento injusto a costa de don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], por lo que solicita que la vivienda en cuestión quede sin afección abandonándola doña [REDACTED] en un plazo de tres meses, o subsidiariamente se establezca una alternancia en el uso de la vivienda que fue familiar en periodos de dos años comenzando su uso don [REDACTED], sin perjuicio de la extinción del proindiviso que las partes puedan interesar y de las

asunciones en proporción a su cuota de titularidad en la vivienda que los gastos que deben asumir.

En ambos recursos se han opuesto recíprocamente los litigantes en cuanto a las manifestaciones de su contrario.

Por otra parte el Ministerio fiscal se ha opuesto a los recursos interesando la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos.

**CUARTO-**. Pues bien a la vista de los dos recursos de apelación planteados por las partes la única cuestión debatida es el uso de la vivienda familiar y sus secuelas, entendiendo por tales la petición de la madre de supresión del alquiler de la vivienda prevista a su cargo en el convenio celebrado el 11 de mayo de 2016, y sancionado judicialmente con su aprobación en la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2016.

Pues bien tal pretensión sobre la cual la sentencia de instancia, a través del auto de aclaración dictado el 22 de julio de 2021, ha declinado pronunciarse en función de que no se ha instado oportunamente por doña [REDACTED] la oportuna demanda reconvencional, merece la ratificación en esta alzada habida cuenta de que aun cuando se planteó en la contestación a la demanda la cuestión del alquiler a cargo de doña [REDACTED], concurren dos circunstancias esenciales: en primer lugar no se ha fijado en ningún momento el importe de tal alquiler por la vivienda a partir del año establecido en el convenio, y por otra parte es una cuestión ajena a los extremos que necesariamente debe contemplar la sentencia que regula las relaciones paterno filiales y en este caso la modificación de medidas de las mismas a tenor de los artículos 90 y 91 del código civil.

En efecto se trata de una cuestión que “ex abundantia cordis” han regulado las partes pero que no forma parte del contenido esencial atribuido a la regulación de las relaciones parentales en sede del código civil. De forma que aun cuando se debía entender planteado simplemente porque en la contestación a la demanda así se hizo, lo cierto es que añadiendo a tal extremo, es decir que no se planteara en la contestación a la demanda formalmente como reconvención, el hecho de que no se corresponde con las medidas de obligado pronunciamiento para el juzgado, aconseja llegar a la misma conclusión que la instancia, de

forma que resulta también obligado su rechazo entendido como la ausencia de decisión judicial al respecto.

Confirmación pues en la alzada del citado extremo de la instancia en relación a no pronunciarse sobre la petición de doña [REDACTED] de supresión de alquiler de la vivienda familiar.

**QUINTO-** Distinta suerte ha de seguir la apelación de don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], pues no puede olvidarse que al establecerse la custodia compartida, carece de sentido la previsión del artículo 96 del código civil en orden a la atribución de la vivienda familiar a la prole y al progenitor que con él conviva porque los que van a convivir con la prole, es decir con los dos hijos habidos de la relación de los litigantes, son los dos litigantes con lo cual no existe un interés más necesitado de protección en uno u otro cónyuge lo que obliga a concluir, de conformidad con lo solicitado por don [REDACTED] [REDACTED], máxime teniendo en cuenta que la titularidad sobre el mueble que fuera domicilio familiar lo es en la proporción del 65% de don [REDACTED] [REDACTED] y 35% de doña [REDACTED], la desafeción de la vivienda familiar, si bien teniendo en cuenta la situación de la prole y para facilitar la transición respecto de la situación creada, parece oportuno establecer un periodo de dos años en que temporalmente se atribuye el uso de la vivienda que fue familiar, en la calle [REDACTED] de Navacarnero, (Madrid) a doña [REDACTED] y a su prole.

Máxime cuando la titularidad sobre tal vivienda resulta acreditado a través de la documental aportada corresponde en un 65% a favor del padre y en un 35% a favor de la madre, teniendo doña [REDACTED] además en propiedad exclusivamente otra vivienda en la calle [REDACTED] de Navacarnero ( Madrid), sin que el hecho de tenerla arrendada constituya un obstáculo para valorar que ambos progenitores cuentan con una vivienda donde atender y alojar a su prole en régimen de custodia compartida. Sin que sea legítimo alegar como lo hace doña [REDACTED] que la vivienda de su contraparte -documental a los folios 212 y siguientes de autos- es más amplia, porque ello no constituye cortapisa para que a su amparo pueda beneficiarse de prebenda en cuanto al uso del domicilio familiar.

**SEXTO-** La conclusión es la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y desestimación del planteado por doña [REDACTED] [REDACTED]

██████, no obstante lo cual habida cuenta de las circunstancias concurrentes, de hallarse vinculados ambos recursos así como la confirmación de la sentencia de instancia en punto al rechazo del pronunciamiento sobre la supresión de alquiler de la vivienda familiar por no haberse planteado formalmente la reconvencción, cupiendo la reconvencción tácita, y no en base a que el objeto de la misma lo constituía un extremo ajeno el contenido mínimo exigible a las resoluciones judiciales en esta materia, ex artículo 394 y 398 de Ley de enjuiciamiento civil no se efectúa imposición expresa de las costas causadas en la alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

### **III.- F A L L A M O S**

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don ██████ ██████ ██████ representado por la Procuradora doña Patricia de la Fuente Bravo, y desestimando el igualmente recurso de apelación planteados por doña ██████ ██████ representada por la Procuradora doña ██████ ██████ ██████, contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia e instrucción número dos de Navacarnero, con fecha 24 de marzo de 2021 y auto de 22 de julio de 2021, debemos revocar y revocamos parcialmente tal sentencia de instancia en el exclusivo extremo de que el uso sobre la vivienda que fue familiar sita en la calle ██████ de Navacarnero (Madrid), se atribuye sólo temporalmente a doña ██████ ██████ ██████ y a su prole, por un periodo de dos años a partir de esta sentencia, transcurrido el cual, deberá abandonar doña ██████ ██████ ██████ el inmueble de referencia, que queda desafecto a todos los efectos, con todos los efectos inherentes a tal atribución temporal en cuanto a los costes por gastos ordinarios que correspondan a la vivienda, que serán soportados por las partes proporcionalmente a su cuota de participación en la titularidad del inmueble, siendo los gastos del consumo asumidos por doña ██████ ██████ ██████ en función de su uso temporal por plazo de dos años.

No se efectúa imposición expresa de las costas de esta alzada.

Firme que sea esta resolución, dese el destino legal a los depósitos constituidos para recurrir, en su caso.



**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0522-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

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.