



Roj: **SAP GI 1683/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:1683**

Id Cendoj: **17079370012019100769**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2019**

Nº de Recurso: **1044/2019**

Nº de Resolución: **744/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)**

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188267050

**Recurso de apelación 1044/2019 -1**

Materia: Apelación civil

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7)**

**Procedimiento de origen: Modificación medidas supuesto contencioso 2029/2018**

Parte recurrente/Solicitante: Inés

Procurador/a: Laura Pagès Agudé

Abogado/a: Esther Moreno Pareja

Parte recurrida: Dimas

Procurador/a: Carme Expósito Rubio

Abogado/a: Joan Osia Palacios

**SENTENCIA N° 744/2019**

**Magistrados:**

Fernando Lacaba Sánchez Fernando Ferrero Hidalgo

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 22 de octubre de 2019

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** En fecha 7 de agosto de 2019 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 2029/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Laura Pagès Agudé, en nombre y representación de Inés contra la sentencia de fecha 21/05/2019 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Carme Expósito Rubio, en nombre y representación de Dimas .

**Segundo.** El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

**"FALLO**

**ESTIMO la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carme Expósito Rubio, en nombre y representación de D. Dimas contra Dña. Inés , y ACUERDO la modificación de las medidas adoptadas en la Sentencia nº 304/2006, de 16 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona en los autos de divorcio 139/06, modificada por las Sentencias dictadas por este Juzgado el 4 de diciembre de 2015 ( autos 207/15) y 26 de julio de 2016 ( autos 392/16), en los siguientes términos (manteniendo las restantes medidas tal y como fueron fijadas en su día):**

1).- Se extingue la atribución del uso del domicilio familiar sito en Girona, CALLE000 , nº NUM000 , escalera NUM001 , NUM002 NUM003 , a Dña. Inés .

*Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."*

**Tercero.** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 16/10/2019.

**Cuarto.** En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la **Magistrada Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO.-Antecedentes de interés.-**

Interpone recurso de apelación la parte demandada contra la sentencia que estimó la demanda presentada frente a ella en la que se solicitaba la modificación de las medidas establecidas en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 16 de octubre de 2006.

La sentencia estima la demanda al considerar que se ha producido una alteración de circunstancias al haber contraído nuevo matrimonio la demandada y convivir en el que fuera domicilio familiar con su nuevo esposo y las hijas del anterior matrimonio.

El apelante funda el recurso en los siguientes argumentos: a) incongruencia al limitarse la sentencia a aplicar la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018, sin tomar en consideración ni las circunstancias del caso, ni las previsiones del CCCat., b) inexistencia de apreciación y valoración de la prueba, singularmente la exploración de la hija menor María Purificación , c) prevalencia del derecho e interés del menor.

El apelado y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.- Modificación de medidas acordadas en sentencia. Requisitos.**

Es aplicable a la modificación de medidas acordadas en resolución judicial la doctrina sentada en las sentencias del TSJC del 22 de mayo de 2014 (ROJ: STSJ CAT 5532/2014) y 2/2014, de 9 de enero (FD4), se declara que " *la viabilidad de los procedimientos de modificación de las medidas dispuestas previamente en procesos de separación, divorcio y nulidad, el art. 233-7.1 CCCat exige "que hayan variado sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas", y recordamos -con cita de la STSJCAT 48/2012 de 26 jul.- que "es necesario que en la demanda se describa el cambio de circunstancias producido y se acredite en el procedimiento que por su entidad y trascendencia son susceptibles de modificar la sentencia anterior, aunque no imponga un plazo determinado para intentarlo".*

*De todas formas -"sin admitir que, sin cambio legal o fáctico de clase alguna, puedan reproducirse los litigios para modificar las resoluciones judiciales que resuelvan las controversias producidas en esta materia"-, en la misma resolución añadimos que, tratándose de medidas referidas a los menores de edad, "si el procedimiento alumbra una decisión que ha de ser más beneficiosa para el menor, resulta indudable que el tribunal deberá adoptarla".*

Las partes se muestran conformes en la realidad de los siguientes hechos de los que deberá partir la presente resolución:

a) la sentencia de divorcio homologó el acuerdo alcanzado por los litigantes en el curso del proceso atribuyendo el uso del domicilio familiar en exclusiva a la madre y las hijas del matrimonio hasta que la menor, María Purificación , tuviera 23 años, siempre que siguiera conviviendo con su madre en el mismo domicilio,

b) el NUM004 de 2019 María Purificación cumplió 18 años,



c) el 23 de junio de 2017 la Sra. Inés contrajo nuevas nupcias, residiendo desde entonces en el domicilio cuyo uso le fue atribuido en exclusiva con su nuevo esposo y las hijas habidas con el apelado.

Es evidente que desde que los litigantes acordaron las medidas que ahora se pretende modificar se ha producido una alteración sustancial de circunstancias al haber alcanzado la mayoría de edad las hijas comunes y haber contraído nuevo matrimonio la Sra. Inés. Pero también es claro que no se ha producido la circunstancia que los litigantes previeron como determinante del cese del uso exclusivo de la vivienda familiar que se atribuyó a la Sra. Inés, puesto que la hija menor, María Purificación, tiene en la actualidad 18 años y continúa viviendo con su madre.

La cuestión es de carácter puramente jurídico y se concreta en determinar si, cuando como aquí acaece, los litigantes establecieron una causa de cese en la atribución del uso del domicilio, es posible, como sostiene el apelado y acoge la sentencia recurrida, extinguirlo por la concurrencia de circunstancias no previstas por las partes o, por el contrario, solo podrá extinguirse por las causas que las partes expresamente establecieron.

Alega la recurrente que la sentencia recurrida es contraria a lo dispuesto en el artículo 233-24 del CCCat que, bajo el título "Extinción del derecho de uso" dice:

*1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.*

*2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:*

*a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.*

*b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.*

*c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.*

*d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.*

En el presente supuesto la atribución del uso exclusivo del domicilio se hizo por acuerdo entre los cónyuges, sin especificar si con esa atribución se satisfacen en la parte que proceda los alimentos de los hijos o la pensión compensatoria ( artículo 233-20 del CCCat.).

El concepto en que dicha atribución se pactó resulta relevante a los efectos de determinar los efectos que el reciente matrimonio de la apelante y la convivencia en el domicilio familiar ha de producir sobre la atribución que se pretende dejar sin efecto. Si se hizo como parte de la contribución a los alimentos de las hijas, sólo deberá extinguirse si el matrimonio de la madre ha supuesto un incremento de sus ingresos que justifiquen la reducción de la aportación del padre. Si se hizo para satisfacer la pensión compensatoria el nuevo matrimonio de la madre ha de suponer la extinción de la atribución del uso exclusivo.

A lo anterior hay que añadir que si la atribución del uso del domicilio se hizo en atención a la guarda de los hijos se extinguirá cuando alcancen la mayoría de edad.

No es fácil determinar ahora cuál fue la intención de las partes al acordar la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a la madre, en cuya compañía quedaron las hijas comunes. Lo cierto es que en los acuerdos alcanzados no mencionan la pensión compensatoria, por lo que es difícil considerar que la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar se hizo temporalmente como forma de satisfacerla. Por el contrario, la literalidad del pacto lleva a pensar que se hizo en atención a las hijas, pero no a la guarda, puesto que la que se pactó fue compartida por semanas alternas y las partes acordaron que la atribución se prolongaría hasta que la menor de ellas, María Purificación, cumpliera 23 años. La limitación temporal puede ser interpretada en el sentido de que las partes quisieron vincular la atribución del uso exclusivo de la vivienda a la contribución del padre a los alimentos de las hijas, concretamente, como medio para procurarles una vivienda digna, especialmente si tenemos en cuenta que las partes pactaron la extinción del uso del domicilio en fecha anterior al momento en que María Purificación alcanzara los 23 años de edad, para el caso de que cesara la convivencia con su madre.

De cuanto antecede la Sala entiende que la atribución del uso del domicilio se hizo con la finalidad de satisfacer la contribución del padre a los alimentos de sus hijas.

Desde esa perspectiva, sin la concurrencia de otros hechos, la convivencia de la madre con una tercera persona, incluso el hecho de haber contraído matrimonio, ninguna influencia ha de tener en la contribución del padre a los alimentos de sus hijas, por más que ambas sean ya mayores de edad, por lo que no compartimos las



conclusiones de la sentencia de instancia en el sentido de considerar que concurre causa para la extinción de la atribución del uso del domicilio familiar.

Somos conscientes de que esta decisión contradice lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo 641/2018, de 20 de noviembre, pero si nos apartamos de la doctrina que la misma establece es porque entendemos que no es aplicable al presente supuesto.

En primer lugar porque resuelve sobre la base de lo dispuesto en el Código Civil, concretamente el artículo 96, que no ha sido modificado desde 1981 y regula la atribución del uso del domicilio de forma mucho menos pormenorizada que Libro II del Codi Civil de Catalunya, lo que obliga al Tribunal Supremo a una labor de interpretación para ajustar la norma a la realidad social del tiempo en que tiene que aplicarse.

Por el contrario la norma aplicable al caso, Libro Segundo del Codi Civil de Catalunya, entró en vigor en 2011 y contiene una regulación pormenorizada sobre la cuestión objeto de debate.

Pero es que además la base fáctica de la que parte el Tribunal Supremo es distinta de la contemplada en este supuesto. La sentencia del Tribunal Supremo está resolviendo un supuesto de modificación de las medidas establecidas en un procedimiento de divorcio contencioso, siendo el régimen económico matrimonial el de gananciales, no habiéndose disuelto la sociedad ganancial cuando se dicta la sentencia de casación.

En este caso las medidas que se pretenden modificar fueron acordadas por los propios litigantes en convenio que fue homologado en la sentencia que se pretende modificar. Los hoy litigantes, pudiendo prever entre las causas de extinción de la atribución de uso exclusivo el nuevo matrimonio de la apelante y no lo hicieron. Al contrario, condicionaron la continuidad de dicha atribución a la concurrencia alternativa de dos eventos: que María Purificación, la hija menor, cumpla 23 años, o que deje de residir con su madre.

A lo anterior hay que añadir que, en contra de lo acordado en la sentencia recurrida, la extinción de la atribución del uso exclusivo que confirma el Tribunal Supremo no tendrá efectos inmediatos, sino diferidos al momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

En definitiva, sin discutir los razonamientos y doctrina en que se funda la sentencia recurrida, entendemos que no son aplicables al supuesto enjuiciado y es por ello que, de acuerdo con lo ya razonado, no procede en este caso dejar sin efecto la atribución del uso del domicilio.

#### **TERCERO.- Costas.**

Por todo lo dicho, estimar el recurso interpuesto y, de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.

Consecuencia de lo anterior procede desestimar la demanda de modificación de medidas, condenando al Sr. Dimas al pago de las costas causadas en la instancia.

#### **FALLAMOS**

**Que debemos estimar** el recurso planteado por doña Inés, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Girona, en los autos de Modificación de Medidas contenciosa núm. 2029/2018-E, con fecha 21 de mayo de 2019, y que debemos **REVOCAR** con los siguientes pronunciamientos:

**"Desestimar** íntegramente la demanda de modificación de medidas presentada por don Dimas frente a doña Inés, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenando al actor al pago de las costas causadas en este pleito e instancia."

Todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de esta alzada.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.