

## RESUMEN

Matrimonio divorciado en el año 2013 por el abona pensión de alimentos al hijo menor y se atribuye a la madre el uso de la casa.

Padre en el año 2019, cuando el hijo es mayor de edad, solicita extinción de la pensión de alimentos y del uso de la vivienda familiar.

Sentencia de primera instancia 13, acuerda extinción del uso de la vivienda familiar y extinción de la pensión de alimentos.

Sentencia Audiencia provincial de Valladolid confirma la extinción de la vivienda familiar y revoca la sentencia de primera instancia estableciendo una pensión de alimentos de 300€ sin limite temporal

Respecto de la extinción de la pensión de alimentos dice

- Solo un resultado académico reiteradamente negativo o causado por su absentismo o por la falta de aprovechamiento y estudio por parte del alimentista, lo que no ha quedado debidamente probado en autos.
- La cuestión de la extinción de la pensión alimenticia por falta de relación del hijo con el padre por causa exclusivamente imputable al primero, que tiene su amparo de la reciente doctrina sentada por la STS 104/2019, de 19 de febrero, **no se invocó en la demanda.**
- 

Respecto de la extinción del uso de la vivienda familiar:

- De la prueba practicada en autos, de la que se hace eco la sentencia de instancia, se desprende que ambos cónyuges tienen unos ingresos y gastos similares (la diferencia de 117,84 € mensuales no es relevante en sueldos que, en ambos casos, superan los 1.200 €/mes) y unas posibilidades análogas para acceder a una nueva vivienda. En consecuencia, no existe un interés más necesitado de protección y la atribución del uso acordada en su día en la sentencia de divorcio al hijo entonces menor de edad y a la progenitora custodia debe extinguirse.
- **ha acreditado que la demandada convive de manera continuada en la que fuera vivienda familiar con su actual pareja.**

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar. Pensión alimenticia. Extinción del derecho a alimentos

Por la representación procesal se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 10/07/2019 por el juzgado de primera instancia número 13 de Valladolid que, estimando la demanda de modificación de medidas desestimando la reconvencción, declara extinguidas la **pensión de alimentos** en favor del hijo común, Roberto y la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar a la madre.

Aplica indebidamente el artículo 152. 5 código civil, pues no concurren las circunstancias precisas para la **extinción de la pensión alimenticia** en favor del hijo mayor de edad.

Infringe el artículo 218. 1 ley de enjuiciamiento civil porque incurre en incongruencia al atender a una causa de **extincion de la obligacion de alimentos** no invocada en la demanda.

PROCESAL: Modificacion de medida cautelar. Reconvencion. Cuestion nueva

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 22/12/2020

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 439/2020

**Número Recurso:** 525/2019

**Numroj:** SAP VA 1721:2020

**Ecli:** ES:APVA:2020:1721

## **ENCABEZAMIENTO:**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00439/2020**

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

**Teléfono:** 983.413486 **Fax:** 983413482/983458513

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MSV

**N.I.G.** 47186 42 1 2013 0009575

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000525 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0001040 /2018

Recurrente: Aurora

Procurador: SANTIAGO DONIS RAMON

Abogado: MANUEL JESUS GARCIA ORTAS

Recurrido: Leandro

Procurador: ANA ISABEL CAMINO RECIO

Abogado: MARIA JOSE SANCHEZ GONZALEZ

**SENTENCIA num. 439/2020**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**

**D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL**

**D<sup>a</sup> EMMA GALCERAN SOLSONA**

En VALLADOLID, a veintidós de diciembre de dos mil veinte.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Modificación de Medidas núm. 1040/18 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid, seguido entre partes, de una como **DEMANDANTE-RECONVENIDO/APELADO D. Leandro**, representado por la Procuradora Dña. ANA ISABEL CAMINO RECIO y defendida por la letrada Dña. MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, y de otra como **DEMANDADA-RECONVINIENTE/APELANTE Dña. Aurora**, representada por el Procurador D. SANTIAGO DONÍS RAMÓN y defendida por el letrado D. MANUEL JESÚS GARCÍA ORTAS.

**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 10/07/2019, se dictó sentencia cuyo fallo dice así:**

*"Se estima la demanda formulada por Don Leandro frente a Doña Aurora, acuerdo modificar las medidas adoptadas por sentencia nº 472/2013 de fecha 30 de octubre de 2013 dictada en los autos juicio de Divorcio nº 540/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid en el sentido siguiente:*

*I.- Declaro extinguida la obligación de pagar pensión de alimentos en favor de su hijo Roberto y del 50% de los gastos extraordinarios por él generados.*

*II.- Declaro extinguida la atribución del que fuera domicilio familiar sito en C/ DIRECCION000, nº NUM000 de Laguna de Duero.*

*Se mantienen, en cuanto no se contradigan con la modificación, el resto de las medidas acordadas por la sentencia nº 472/2013 de fecha 30 de octubre de 2013, dictada en los autos juicio de Divorcio nº 540/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid .*

*Se condena a la parte demandada al pago de la totalidad de las costas causadas."*

**TERCERO.-** Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de Dña. Aurora 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 la celebración de la vista el día 20 de julio de 2020, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

### **PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.**

Por la representación procesal de Aurora se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 10-7-2019 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid que, estimando la demanda de modificación de medidas formulada por Leandro, y desestimando la reconvenición formulada por Aurora, declara extinguidas la pensión de alimentos en favor del hijo común, Roberto (en lo sucesivo, el hijo o Roberto) y la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar a la madre.

En síntesis, la **parte apelante** apela la sentencia por entender que:

1. Incurrir en error en la valoración de la prueba sobre:

a. **la situación académica de Roberto**, puesto que las pruebas obrantes en autos acreditan, en contra de lo que se sostiene en la sentencia, que Roberto sigue en **periodo de formación** y cursando estudios de informática y de inglés, y que solo ha **accedido al mercado laboral de forma esporádica**;

b. **la falta de relación de Roberto con su padre**, que no resulta exclusivamente imputable al primero; y, en cualquier caso, tal causa de extinción de la obligación alimenticia no fue invocada por la parte actora **en su demanda** y constituye, pues, una cuestión nueva;

c. **el origen del vehículo** del que es titular Roberto, que es un regalo de la madre pues Roberto carece de ingresos que le permitan su adquisición.

d. **sobre cuál es, entre los dos ex cónyuges, el interés más necesitado de protección**; ya que la madre vive en compañía de su hijo Roberto que carece de independencia económica, tiene ingresos inferiores a los de su ex cónyuge y no tiene a su disposición otra vivienda.

2. Aplica indebidamente el art. 152.5 C.C., pues no concurren las circunstancias precisas para la extinción de la pensión alimenticia en favor del hijo mayor de edad.

3. Infringe el art. 218.1 LEC porque incurre en incongruencia al atender a una causa de extinción de la obligación de alimentos no invocada en la demanda.

4. Infringe el art. 96, párrafo 3º, del C.C. y la Jurisprudencia que lo interpreta sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

La parte apelada se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, añadiendo que concurre otra causa de extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar conforme a la reciente doctrina del Tribunal Supremo, ya que Aurora convive en ella maritalmente con su nueva pareja.

## **SEGUNDO.-SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA POR HABER TERMINADO SU FORMACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE ACCESO AL MERCADO LABORAL DEL HIJO.**

Este Tribunal de apelación debe discrepar del criterio de la Juez de instancia sobre este particular.

Conforme a **reiterada Jurisprudencia (por todas STS 5-8-2008)**, los alimentos de los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, **siempre y cuando** la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo.

De la prueba obrante en autos no puede desprenderse, en contra de lo que se sostiene en la sentencia apelada, que Roberto haya finalizado su formación académica, que no esté cursando estudios reglados superiores y esté, por consecuencia, en disposición de acceder al mercado laboral.

La sentencia de instancia se ha limitado a examinar el **documento 9** de la contestación a la demanda que, efectivamente, es una mera solicitud formulada ante la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León para cursar un ciclo formativo de grado superior en el curso académico 2018/2019. Pero no ha tenido **en cuenta el documento 15** aportado en el acto de la vista por la parte demandada y que acredita que Roberto sí cursó dicho ciclo formativo superior en el Instituto Julián Marías de Valladolid.

Además, **el documento 10** de la contestación a la demanda acredita que Roberto asistió a clases de inglés durante los cursos 2017/2018 y 2018/2019, lo que debe entenderse como un complemento de su formación. Roberto tenía 21 años al tiempo de la vista del juicio y el curso al que asistió en el IES Julián Marías **constituye un grado superior** respecto de su propia titulación, y **no responde por ello a un capricho** o a un intento de perpetuar la situación, sino a una evolución natural en su formación.

Por otro lado, el **mencionado documento 15** (certificado carece de una mínima claridad pese a tratarse de un documento académico oficial, y utiliza una serie de abreviaturas y de claves que no se explican en el propio documento. De esta forma solo cabe formular conjeturas respecto del mismo, y no se sabe a ciencia cierta el número de asignaturas que Roberto cursó, ni su resultado, porque literalmente el documento refleja la frase "*decisión sobre la promoción NO*", lo cual no significa necesariamente que no haya promocionado al siguiente curso puesto que parece que muchas de las asignaturas se le convalidaron por su titulación anterior.

Sea como sea, incluso aunque Roberto no hubiera podido promocionar curso, ello no es causa suficiente para denegar los alimentos. **Solo un resultado académico reiteradamente negativo o causado por su absentismo** o por la falta de aprovechamiento y estudio por parte del alimentista, **lo que no ha quedado debidamente probado en autos**, justificaría la extinción de la pensión de alimentos al amparo de lo establecido en el art. 152.5 C.C.

Que tampoco resulta de aplicación el art. 152.4 C.C. (extinción de los alimentos por la posibilidad de ejercer una profesión) **como se desprende de la hoja laboral** de Roberto y del hecho notorio de la dificultad de acceso al mercado laboral en España que, pese a que ha intentado trabajar, solo lo **ha conseguido de forma esporádica y eventual a través de agencias** de trabajo temporal, por lo que tampoco puede afirmarse, como se sostiene en la sentencia de instancia, que el alimentista tiene una formación suficiente para acceder al mercado laboral.

**TERCERO.-SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA POR FALTA DE RELACIÓN DEL HIJO CON EL PADRE POR CAUSA IMPUTABLE DE MODO PRINCIPAL Y RELEVANTE AL PRIMERO.**

La cuestión de la extinción de la pensión alimenticia por falta de relación del hijo con el padre por causa exclusivamente imputable al primero, que tiene su amparo de la reciente doctrina sentada por la STS 104/2019, de 19 de febrero, **no se invocó en la demanda.**

En consecuencia, **por más que se hablara de dicha cuestión con motivo del interrogatorio del demandante y de su hijo Dimas,** la valoración de la misma en la sentencia como causa de extinción de la pensión alimenticia constituye una incongruencia *extra petita* prohibida por el art. 218.1 LEC que, de admitirse, causaría indefensión a la parte demandada que no pudo conocerla y no pudo arbitrar respecto de ella una adecuada defensa.

A mayor abundamiento y por agotar la cuestión, **visionada la grabación del juicio** y el testimonio de Dimas, no se desprende del mismo un reconocimiento claro y concluyente de que la causa de la falta de relación entre padre e hijos residiera en la sola voluntad de los hijos. Lejos de ese reconocimiento explícito, Dimas se refiere a ciertos actos de su progenitor perjudiciales para él, para su hermano Roberto y para su madre como causa de tal ruptura de relaciones.

Según la mencionada STS 104/2019, y dado su carácter sancionador, debe realizarse una **interpretación rigurosa y restrictiva** respecto de la concurrencia y prueba de la causa de la falta de relación manifiesta y **de que esa falta es imputable, de forma principal y relevante, al hijo.**

A falta de otras pruebas concluyentes que no ha articulado la parte actora, y conforme a dicha interpretación restrictiva, **CUARTO.- SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.**

En este punto la sentencia de instancia debe ser ratificada añadiendo a los fundamentos de la misma otro que no se contempla en ella, aunque fue invocado por la demanda, relativo a la convivencia *more uxorie* de la demandada con su actual pareja en la que fuera vivienda familiar.

**Conforme a la STS de Pleno 624/2011, de 5 septiembre, ( luego seguida por las de 707/2013, de 11 de noviembre, y 390/2017, de 20 de junio, entre otras):**

***" El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.***

***En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio favor filii [a favor del hijo] o favor minoris [a favor del menor], el párrafo 1º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.***

*Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.*

*Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC , respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.*

*Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC , en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil , tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC , según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»."*

**La ya citada STS 707/2013, de 11 de noviembre, precisa la anterior doctrina al declarar que:**

*"La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y*

*custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fué asignación [SIC] inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas."*

**Y la STS 390/2017 completa la anterior doctrina al expresar que:**

*" Superada la menor edad del hijo, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 93 CCLegislación citadaCC art. 93 y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» ( sentencia 315/2015, de 29 de mayoJurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 29-05-2015 (rec. 66/2014 ) ).*

***Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo tercero del art 96 CCLegislación citada que se interpretaReal Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 96 (09/08/1981) ) porque la vivienda es privativa del otro como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la sentencia 1067/1998, de 23 de noviembreJurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 23-11-1998 (rec. 1123/1994) , consideró aplicable el art. 96 párrafo tercero cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y otras sentencias de esta sala así lo han venido entendiendo con posterioridad ( sentencias 624/2011, de 5 de septiembreJurisprudencia citada a favorSTS , Sala de lo Civil , Sección: 991ª, 05/09/2011 (rec. 1755/2008 )Atribución del uso temporal del domicilio familiar a uno de los cónyuges cuando no hay hijos o ya son mayores de edad. y 707/2013, de 11 de noviembreJurisprudencia citada a favorSTS , Sala de lo Civil , Sección: 1ª, 11/11/2013 (rec. 2590/2011)Atribución del uso temporal del domicilio familiar a uno de los cónyuges cuando no hay hijos o son mayores de edad. ).***

***Al considerar que el hecho de ser la esposa titular del interés más digno de protección permite adjudicarle sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar, la sentencia recurrida infringe la doctrina de la sala (reiterada en las sentencias 73/2014, de doce de febreroJurisprudencia citada a favorSTS , Sala de lo Civil , Sección: 1ª, 12/02/2014 (rec. 383/2012 )Atribución del uso temporal del domicilio familiar a uno de los cónyuges cuando no hay hijos o son mayores de edad. , 176/2016, de 17 de marzoJurisprudencia citada a favorSTS , Sala de lo Civil , Sección: 1ª, 17/03/2016 (rec. 2888/2014)Atribución del uso temporal del domicilio familiar a uno de los cónyuges cuando no hay hijos o son mayores de edad. , 31/2017Jurisprudencia citada a favorSTS , Sala de lo Civil , Sección: 991ª, 19/01/2017 (rec. 1222/2015)Atribución del uso temporal del domicilio familiar a uno de los cónyuges cuando no hay hijos o son estos son mayores***



**de edad. , 33/2017Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 19-01-2017 (rec. 212/2015) y 34/2017 de 19 de eneroJurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 19-01-2017 (rec. 2550/2015) , que confirman la atribución de un uso temporal). "**

Trasladando la anterior doctrina al caso de litis resulta que es irrelevante a los efectos de decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar el hecho de que el hijo mayor de edad siga conviviendo en ella con su madre, pues, como dicen las sentencias del Tribunal Supremo citadas, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido.

Sentado lo anterior, **solo deberá valorarse si entre los ex cónyuges, alguno tiene un interés más necesitado de protección.**

De la prueba practicada en autos, de la que se hace eco la sentencia de instancia, se desprende **que ambos cónyuges tienen unos ingresos y gastos** similares (la diferencia de 117,84 € mensuales no es relevante en sueldos que, en ambos casos, superan los 1.200 €/mes) y **unas posibilidades análogas para acceder a una nueva vivienda**. En consecuencia, **no existe un interés más necesitado de protección** y la atribución del uso acordada en su día en la sentencia de divorcio al hijo entonces menor de edad y a la progenitora custodia debe extinguirse.

Pero dicha extinción del uso procede también al amparo de la doctrina sentada en la STS 641/2018, de 20 de noviembre conforme a la cual la introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos cambia el estatus del domicilio familiar. Como dice la expresada sentencia:

*" 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."*

*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 caso de litis la prueba practicada en la vista celebrada en esta segunda instancia **ha acreditado que la demandada convive de manera continuada en la que fuera vivienda familiar con su actual pareja.**

La Sra. Marisol ha declarado que pasa a diario por delante de la vivienda de litis y por ello ha tenido ocasión de comprobar como en ella residen Aurora y su pareja a los que ve frecuentemente de la mano.

La Sra. Ofelia, cuñada de la anterior testigo y que tiene un bar enfrente de dicha casa, ha precisado que en la casa viven Aurora, su pareja y Roberto, que ella ve a Aurora y a su pareja entrar y salir de la casa, incluso de madrugada, que la pareja de Aurora tiene allí aparcado su vehículo y hace uso de su llave para entrar en la casa, que, en definitiva, les ha visto hacer vida cotidiana desde hace aproximadamente dos años.

**Aunque ambas testigos** tienen una cierta relación con el demandado (el demandante sale con la madre de sus respectivas parejas), ello **no es suficiente óbice para poner en duda su conteste declaración**, sólo contradicha por la declaración de su hijo Dimas, que ha reconocido mantener mala relación con su padre a raíz del divorcio, por lo que la credibilidad de su testimonio debe ser puesta en duda.

En consecuencia, en aplicación de la doctrina más arriba expresada, la **atribución del uso de la vivienda familiar**, concedida a la madre y al entonces hijo menor que con ella convivía conforme a lo establecido en el art. 96, párrafo 1º C.C., debe extinguirse por la sencilla razón de que la vivienda ha dejado de ser "la vivienda familiar" al haberse introducido en la misma una tercera persona y pasar a servir en su uso a una familia distinta y diferente.

Por todas las anteriores consideraciones, el recurso de apelación debe ser parcialmente estimado.

**QUINTO.-** De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., no procede hacer expresa condena en las costas de esta segunda instancia. Tampoco en cuanto a las costas de la demanda como consecuencia de su estimación parcial. Pero deben mantenerse las de la reconvenición por su total desestimación.

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

#### **FALLO:**

Que, **estimando parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por representación procesal de Aurora se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 10-7-2019 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, debemos revocar y revocamos la expresada sentencia y, con estimación parcial de la demanda y desestimación de la reconvenición:

I. **Debemos mantener y mantenemos la pensión de alimentos** de 300 €/mes a cargo de Leandro y en favor de su hijo Roberto establecida en la sentencia de divorcio 540/2013 del Juzgado de primera instancia nº 13 de esta ciudad.

II. **Debemos declarar y declaramos extinguida la atribución de uso de la que fuera vivienda familiar** a Aurora y a su hijo menor bajo su custodia (hoy ya mayor de edad).

III. Y debemos condenar y condenamos a la parte reconviniente en las costas de la reconvenición, sin que proceda expresa condena en las costas de la demanda.

Tampoco se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente Recurso de Apelación.

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 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.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe, en su caso, interponer 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.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.