

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia num. 641/2018 de 20 noviembre

[RJ\2018\5086](#)

H C ★★★★★

**DIVORCIO:** ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA: EXTINCIÓN: PROCEDENCIA: CONVIVENCIA DE LA PROGENITORA, QUE TIENE ATRIBUIDO EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, JUNTO A LOS HIJOS MENORES, CON UNA NUEVA PAREJA: extinción del derecho de uso en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales: 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: 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": 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: no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores: el interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.

ECLI: ECLI:ES:TS:2018:3882

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 982/2018

Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana

El Tribunal Supremo acuerda desestimar el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid -Sección 1ª-, de 15 de enero 2018, en el rollo de apelación 394/2017.

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 641/2018

Fecha de sentencia: 20/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 982/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VALLADOLID SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 982/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Ltrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 641/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la [sentencia dictada con fecha 15 de enero de 2018](#) por la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid, en los autos de juicio n.º 270/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valladolid, sobre modificación de medidas. Ha sido parte recurrida don Basilio, representado por la procuradora doña Cristina Rey Narcos, bajo la dirección letrada de don Felipe Fernando Mateo Bueno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO**

**1.º-** El procurador don José María Tejerina Sanz de la Rica, en nombre y representación de don Basilio, interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Nieves y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

"estimando la demanda, se acuerde la modificación de las medidas aprobadas en los autos de divorcio contencioso, en los términos expuestos en la presente demanda, declarándose la extinción del derecho de **uso** de la **vivienda** que constituyo el domicilio **familiar** en favor de la madre con los hijos pudiendo las partes proceder a la venta de la misma o a su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente, y alternativamente y si no se estimase dicha pretensión principal se modifique la pensión de alimentos que el padre satisface reduciéndola a la suma de ciento veinticinco euros para cada uno de los hijos, con imposición de costas a la demandada en el caso de que se opusiese a las pretensiones de la demanda".

**2.º-** El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

**3.º-** El procurador don Cesar Alonso Zamorano, en nombre y representación de doña Nieves, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"se desestime íntegramente la demanda en todos sus pedimentos, con expresa condena en costas al demandante; subsidiariamente, para el supuesto de que se acredite un incremento sustancial en los ingresos del padre y/o llegara a limitarse el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar otorgado a la madre y a los hijos, procedería el incremento de la pensión de alimentos de los menores de cara a sufragar los gastos que supondrían el alquiler de una vivienda para ellos, obligación inherente que también incumbe al progenitor no custodio".

## SEGUNDO

Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 17 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

"-Se estima parcialmente la demanda de modificación de medidas solicitada por la procuradora Doña Cristina Rey Marcos, en nombre y representación de DON Basilio, frente a DOÑA Nieves, acordando lo siguiente:

"-Se mantiene la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 n.º 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

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Basilio. La [Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 15 de enero de 2018](#), cuya parte dispositiva es como sigue:

"-Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don Basilio contra la sentencia dictada por la lma. 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".

## CUARTO

Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Infracción del [art. 96.1. CC](#), por vulneración en este tipo de procedimientos del principio prioritario del interés del menor, conforme a la jurisprudencia de esta Sala.

## QUINTO

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 16 de mayo de 2018, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

#### SEXTO

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Cesar Alonso Zamorano, en nombre y representación de doña Nieves, y la procuradora doña Cristina Rey Marcos, en nombre y representación de don Basilio, presentaron escritos de impugnación al mismo.

#### SÉPTIMO

- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para pleno de la Sala para el día 16 de octubre de 2018, en que tuvo lugar

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

Se centra la cuestión controvertida en la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el **uso** de la **vivienda familiar**, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de **uso**.

La sentencia ahora recurrida declara extinguido el derecho de uso en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. Lo argumenta de la siguiente forma:

"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 más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial".

Contra la citada sentencia se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal, fundado en un único motivo por infracción del [artículo 96.1](#) del [Código Civil](#). Considera que en esta clase de procedimientos debe primar el interés del menor, no el patrimonial de los progenitores. Respecto de la jurisprudencia invocada en la sentencia recurrida, [sentencias 18 de noviembre de 2013](#) y [23 de enero de 2017](#), parte de un supuesto fáctico diferente al enjuiciado, pues atiende al carácter no **familiar** de la **vivienda** o a no ser ésta necesaria por encontrarse satisfechas sus necesidades de otro modo, y que en la [sentencia 19 de enero de 2017](#), que se refiere a la presencia de un tercero, nueva pareja en el domicilio **familiar**, no se plantea como efecto del derecho de **uso**, sino de la prestación alimenticia establecida.

##### SEGUNDO

Sobre el asunto que se trae a resolver no se ha pronunciado directamente esta sala. La presencia de un tercero en la **vivienda familiar**, cuyo **uso** fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el [artículo 96](#) del [Código Civil](#), fue resuelto en la [sentencia 33/2017 de 19 enero](#) pero no en relación a la medida de **uso**, sino desde la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores, en congruencia con lo que había planteado el recurso.

La sala ratifica los argumentos y pronunciamiento de la sentencia recurrida y desestima el recurso.

1. 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, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio **familiar**. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de

pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa **familiar** e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del **uso**, al amparo del [artículo 96](#) del Código Civil.

Una vez más se advierte la insuficiencia del [artículo 96](#) del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar.

2. La [sentencia 221/2011, de 1 de abril](#), formuló la doctrina siguiente:

"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, salvo lo establecido en el [Art. 96 CC](#)".

Esta doctrina ha sido aplicada en [sentencias posteriores \(236/2011, de 14 abril ; 257/2012, de 26 abril ; 117/2017, de 22 de febrero y 168/2017 de 8 marzo\)](#).

Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

3. Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no **familiar** de la **vivienda** sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el **uso** que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese **uso** permita calificarla de **familiar** si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la **vivienda** por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la **vivienda** alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor ( [sentencias 671/2012, de 5 de noviembre ; 284/2016, de 3 de mayo ; 646/2017, de 27 de noviembre y 181/2018 de 4 abril](#) ).

4. La remisión al interés del menor para valorar esta nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos en la [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio](#) de Protección Jurídica del Menor. Se trata de una Ley que desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, algo que no es nuevo, teniendo en cuenta, entre otras cosas: a) que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara y b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

5. La solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés, ni contradice la

jurisprudencia de esta sala en la interpretación del [artículo 96](#) del CC:

(i) 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.

(ii) 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.

#### TERCERO

No se hace especial declaración en cuanto a costas del recurso en aplicación de lo dispuesto en el [artículo 394.4 Ley de Enjuiciamiento Civil](#), al haberlo formulado el Ministerio Fiscal.

#### F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid -Sección 1ª-, de 15 de enero 2018](#), en el rollo de apelación 394/2017; sin expresa declaración en cuanto a costas.

Librese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 33/2017 de 19 enero

[RJ\2017\754](#)

H C ★★★★★

**MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO: ALIMENTOS A LOS HIJOS: REDUCCIÓN DE LA CUANTÍA: PROCEDENCIA: PRESENCIA DE UN TERCERO EN LA VIVIENDA FAMILIAR CUYO USO FUE ASIGNADO A LA ESPOSA E HIJOS MENORES:** Integración de la vivienda en el concepto de alimentos: juicio de proporcionalidad aplicado correctamente en función de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse los alimentos: la de contribuir ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Casación 212/2015

**Ponente:** Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el 23-10-2014 por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, imponiendo las costas a la parte recurrente.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 19 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recursos extraordinario por infracción procesal contra la [sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid](#) , como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas n.º 845/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Majadahonda, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Andrea , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Quesada Martínez, siendo parte recurrida don Marino , representado por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO**

1. º.- La procuradora doña María Ibáñez Gómez, en nombre y representación de don Marino , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Andrea y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«se acuerde reducir la pensión de alimentos a los hijos menores en la cantidad de 194,25 euros a cada uno de ellos (388,50 euros en conjunto) y ello en base a los argumentos expuestos en el cuerpo del escrito».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña María Teresa Quesada Martínez, en nombre y representación de doña Andrea , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se acuerde desestimar íntegramente la demanda con expresa condena en costas al demandante».

## SEGUNDO

Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Majadahonda, dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«que desestimando la demanda formulada por don Marino contra doña Andrea debo acordar y acuerdo que no lugar a la modificación de medidas definitivas acordadas en autos de divorcio de Mutuo Acuerdo n.º 983/2010.

»Que no procede hacer expresa imposición de costas».

## TERCERO

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Marino . La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó [sentencia con fecha 23 de octubre de 2014](#) , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Marino , representado por la procuradora doña Victoria Venturino Medina, contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Majadahonda , dictada en el proceso sobre modificación de medidas n.º 845/2012, seguido con doña Andrea , representada por la procurador doña María Teresa Quesada Martínez; debemos revocar y revocamos la expresada resolución ;y en su consecuencia debemos acordar.

»Que habiendo lugar a la modificación de medidas definitivas acordadas en autos de divorcio de Mutuo acuerdo cuantificar la pensión de alimentos a favor de los hijos del matrimonio de los litigantes en la suma mensual de 600 euros (300 euros por cada hijo); prestación a cargo del progenitor no custodio don Marino ; prestación que hará efectiva en doce mensualidades al año dentro de los cinco primeros días de cada mes y que se actualizará anualmente con efectos de primero de enero de cada año conforme el incremento de previos al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística.

»Manteniendo el resto de las medidas pactada y sancionadas en sentencia de divorcio de fecha 30 de septiembre de 2011.

»Siendo estimatorio el recurso procedase a la devolución del depósito al consiguiente salvo que sea beneficiario de justicia gratuita».

## CUARTO

Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Andrea , con apoyo en los siguientes: Motivos: Único

«Infracción de las normas procesales reguladoras de la resolución y su relación con la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos. Todo ello en base a los artículos 469.1.2 . y 469.1.4 de la [LEC](#) por infracción del [artículo 218](#) de LEC , en relación con los artículos 9.3. 24 y 120.3. de la [Constitución Española](#) así como el 3 y 93 del [Código Civil](#) ».

Igualmente se interpuso recurso de casación con apoyo en el siguiente motivo:

«por su fragante oposición a la Jurisprudencia de la Sala del **Tribunal Supremo** en materia de pensión de alimentos a favor de hijos menores en tanto en cuanto se contraria la interpretación que del [artículo 146](#) del Código Civil y el juicio de proporcionalidad en el contenido que realiza esta Sala y al resto de normas aplicables para la determinación de la pensión de alimentos entre parientes».

## QUINTO



Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por [auto de fecha 28 de septiembre de 2016](#) , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

#### SEXTO

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Víctorino Venturini Medina, en nombre y representación de don Marino , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso.

#### SÉPTIMO

- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de enero de 2017, en que tuvo lugar

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

- Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación, contra la sentencia que modifica la medida de alimentos de los dos hijos menores de las partes en su día acordada.

En el primero acusa la infracción del [artículo 218](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) , en relación con los artículos 9.2 , 24 y 120.3 de la [Constitución](#) , y [artículos 3](#) y [93](#) del [Código Civil](#) . Se refiere a la falta de motivación de lo resuelto por la Audiencia respecto al cálculo de la pensión por alimentos que debe abonar el padre no custodio, lo que se hace sin argumentos para cuantificar la nueva pensión; todo ello apoyado por la necesidad de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

En el segundo, formulado en interés casacional, se dice que la solución es contraria al [artículo 146](#) del CC y a la jurisprudencia de esta Sala, señalando que no han variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la adopción.

Los dos se desestiman. El primero porque lo que está cuestionando, a partir de una indebida cita en el motivo de normativa procesal, constitucional y sustantiva, no es tanto una falta de motivación que, aunque mínima, no solo existe, sino que es suficiente para apreciar la causa de la decisión judicial, como el desacuerdo de la parte recurrente con aquello que constituye el fondo de la cuestión que luego se plantea en casación sobre la modificación de la cantidad de **alimentos** para los hijos comunes y, en concreto, el impacto que tiene en la **pensión de alimentos** la ocupación y uso de la vivienda familiar la **nueva** familia creada por la actual **pareja** de la demandada, conviviente en el que fue domicilio familiar, propiedad de ambos litigantes.

También se desestima el de casación. La sentencia justifica el cambio de circunstancias con estos argumentos:

«...el hecho de que la actual **pareja** de la demandada, y el hijo de ambos convivan en el que fue domicilio familiar, propiedad de los litigantes, y que por sentencia de la que dimana esta modificación fue atribuida al uso de los hijos habidos y a la demandada, por razón de atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes; sí es un hecho **nuevo** , no meramente coyuntural e imprevisto en su momento, y de entidad suficiente que debe tener su transcendencia en el orden económico, y por lo tanto en la medida económica cual es la cuantía de la **pensión de alimentos** a favor de los hijos acordada en su día en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha 30 de septiembre de 2011; y ello debido a que, además de repercutir en la contribución de gastos, tales como los de comunidad de la vivienda -al ser repartidos al 50%- , y los gastos de la empleada de hogar que se computan a los efectos de cuantificar la **pensión de alimentos** en su día, son gastos estos de los que se beneficia la **nueva** familia en perjuicio del demandante, ahora apelante, que comparte al 50% la vivienda afectada al uso; lo cual debe tener, por razones de equidad y justicia su repercusión a la hora de modificar la cuantía de la **pensión de alimentos** de los hijos, en los cuales la vivienda forma parte integrante del concepto de **alimentos** , conforme el [artículo 142](#) del Código Civil , obligación que recae sobre ambos progenitores, y no solamente sobre el progenitor no custodio; y por lo tanto, al beneficiarse el progenitor custodio con su **nueva** familia de la ocupación, por uso atribuido a los hijos

anteriores de la vivienda, propiedad por indiviso de ambos litigantes, ello debe tener también su transcendencia económica a los efectos de la mencionada contribución del progenitor custodio; por todo ello, y valorando todas y cada una de las circunstancias expuestas, y por concurrir los requisitos exigidos en los artículos 90 , 91 in fine del Código Civil , en relación con los [artículos 93 , 145 y 146](#) del Código Civil , debe cuantificarse la **pensión de alimentosa** a favor de los hijos en la suma mensual de 300 euros por hijo».

Es decir, la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el [artículo 96](#) del Código Civil , no se plantea desde la medida de uso, sino desde la prestación alimenticia, y es a la vista de este planteamiento por lo que el recurso de casación no puede admitirse porque con la valoración probatoria y jurídica de la sentencia, no es posible sostener que el juicio de proporcionalidad realizado sea ilógico o desproporcionado.

Es doctrina reiterada de esta Sala ( [sentencias 27 de enero , 28 de marzo y 16 de diciembre de 2014 ; 14 de julio y 21 de octubre de 2015](#) que el juicio de proporcionalidad del [artículo 146](#) CC «corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146», de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, «entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación».

Y no lo es en este caso porque este juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y necesidades del alimentista se ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse los alimentos, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de alimentos, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación.

## SEGUNDO

En cuanto a las costas de ambos recursos, se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398, ambos de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación formulados por la representación legal de doña Andrea , contra la [sentencia dictada por la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2014](#) ; con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.