

MODIFICACION MEDIDAS. DENEGACION CAMBIO DE CUSTODIA EXCLUSIVA A CUSTODIA COMPARTIDA HIJO DE 17 AÑOS. HIJO MAYOR DE EDAD PASA DE VIVIR CON LA MADRE A VIVIR CON EL PADRE. DIFERENCIA PENSIÓN ALIMENTOS HIJOS MENORES E HIJOS MAYORES DE EDAD. CRITERIO PARA FIJAR CUANTIA PENSIÓN ALIMENTOS HIJOS MAYORES DE EDAD.

Matrimonio divorciado con 2 hijos(uno con 17 años y otro mayor de 18), por sentencia de divorcio el padre abona a la madre una pensión de alimentos por los dos hijos, el padre solicita la extinción de la pensión de alimentos del hijo mayor y que la madre le tenga que pagar una pensión de alimentos por este hijo mayor

El juzgado de primera instancia, declara extinguida la pensión respecto del hijo mayor de edad e impone que tenga que abonar 650€ de pensión al hijo menor, sin que la madre le tenga que abonar nada.

La Audiencia por su parte reduce y establece el uso de la vivienda hasta el hijo tenga 18 años o hasta que se liquide la sociedad de gananciales.

A diferencia de los alimentos debidos a los hijos menores de edad, que son alimentos incondicionales e inherentes a los deberes de la patria potestad, de manera que, aún en el caso de ingresos escasos o, incluso, de ausencia de ingresos, los progenitores deben prestar alimentos por el que se ha venido denominando "mínimo vital", los alimentos debidos a los hijos mayores se rigen por los arts. 142 y ss C.C. y, en consecuencia, sí están supeditados a las posibilidades del alimentante.

Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid 24 de junio 2022 Número Sentencia: 255/2022 Número Recurso: 587/2021 Numroj: SAP VA 1114/2022 Ecli: ES:APVA:2022:1114 Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#) Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000778 /2019 Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Cabecera: Criterio legal de la proporcionalidad. Atribucion del uso de la vivienda y ajuar familiar. Guarda y custodia compartida o conjunta

Por la representación procesal se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 19/07/2021 por el juzgado de primera instancia número 13 de Valladolid, procedimiento de modificación de medidas 778/2019, que estima parcialmente la demanda de modificación de medidas y, entre otras medidas no impugnadas, **deniega la custodia compartida** del hijo menor, incrementa a cargo del padre la pensión de alimentos para el hijo menor edad hasta 650 euros / mes, no establece pensión alguna de la misma clase a cargo de la madre en favor del hijo mayor de edad que convive con el padre, y deniega la extinción de la **atribución del uso de la vivienda familiar a la madre** y al hijo menor que con ella convive así como su temporalización.

PROCESAL: Indefension. Aclaracion y rectificacion de error

Jurisdicción: Civil

Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 24/06/2022

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 255/2022

Número Recurso: 587/2021

Numroj: SAP VA 1114/2022

Ecli: ES:APVA:2022:1114

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00255/2022

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47186 42 1 2008 0003244

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000587 /2021

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

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000778 /2019

Recurrente: Rodolfo

Procurador: MARIA DOLORES DIAZ-ALEJO RODRIGUEZ

Abogado: JULIO BENITO DEL CAMPO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Julia

Procurador: , MARIA PIA ORTIZ SANZ

Abogado: , NURIA VICENTE HERRERO

SENTENCIA num. 255/2022

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

En VALLADOLID, a veinticuatro de junio de dos mil veintidós.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso núm. 778/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELANTE-IMPUGNADO D. Rodolfo, representado por la Procuradora Dña. MARÍA DOLORES DÍAZ-ALEJO RODRÍGUEZ y defendido por el Letrado D. JULIO BENITO DEL CAMPO, y de otra como DEMANDADA-APELADA Dña. Julia , representada por la Procuradora Dña. MARÍA PÍA ORTIZ SANZ y defendida por la letrada Dña. NURIA VICENTE HERRERO, con la intervención como APELADO-IMPUGNANTE del MINISTERIO FISCAL.

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 19/07/2021, se dictó sentencia, aclarada por auto de fecha 27/07/2021, cuyo fallo y parte dispositiva, respectivamente, dicen así: "Estimo parcialmente la demanda formulada por Don Rodolfo frente a Doña Julia , y, en consecuencia, modifíco la sentencia nº 496/2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid en los autos nº DCT 406/2008 , en el único sentido de

- declarar extinguida la obligación impuesta a Don Rodolfo de pagar pensión de alimentos a su hijo Luis Carlos ,
- debiendo de abonar a su hijo menor de edad, Jesús Ángel , en concepto de pensión de alimentos, la suma de 600,00 euros mensuales actualizables anualmente conforme al IPC, cantidad que abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que tenga designada la madre del menor.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia referida en cuanto no entren en contradicción con lo aquí modificado.

Se condena al actor al pago de las dos terceras partes de las costas procesales causadas en esta instancia." PARTE DISPOSITIVA AUTO: "SE ACUERDA, rectificar el error contenido en el fundamento de derecho segundo y en la parte dispositiva de la sentencia dictada en este proceso de fecha 19 de julio de 2021 relativo a la cantidad de la pensión de alimentos en el sentido que donde dice "en concepto de pensión de alimentos, la suma de 600,00 euros mensuales" debe decir " en concepto de pensión de alimentos, la suma de 650 euros mensuales" manteniéndose el resto de los pronunciamientos."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de D. Rodolfo , 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 y por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición al recurso de apelación e impugnación de la sentencia. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 08/02/2022, 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 Rodolfo se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 19-7-2021 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 778/2019 , que estima parcialmente la demanda de modificación de medidas y, entre otras medidas no impugnadas, deniega la custodia compartida del hijo menor, incrementa a cargo del padre la pensión de alimentos para el hijo menor edad hasta 650 €/mes, no establece pensión alguna de la misma clase a cargo de la madre en favor del hijo mayor de edad que convive con el padre, y deniega la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y al hijo menor que con ella convive así como su temporalización.

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

1. Procede la custodia compartida porque ese es el régimen de preferente aplicación y porque no es cierto que el hijo menor se haya opuesto al mismo.
2. Resulta procedente imponer una pensión de alimentos a la madre en cuantía del 20% de sus eventuales ingresos, con un mínimo de 50 €/mes porque la parte demandada no se opuso a tal pretensión en su contestación a la demanda y solo se ha opuesto, ya de forma extemporánea, en el trámite de conclusiones, lo que provoca indefensión de la parte.

3. Procede rebajar la pensión en favor del hijo menor, que permanece bajo la custodia de la madre, porque el padre tiene menos ingresos. Y en todo caso, no procede su incremento si la propia sentencia reconoce que no han variado las circunstancias económicas del padre.

4. Procede la extinción del uso de la vivienda atribuido a la madre y a los hijos porque uno de ellos ha pasado a vivir con el padre, la madre lleva ya disfrutando de la vivienda familiar desde hace 13 años y no está abonando los gastos inherentes a la misma (hipoteca, comunidad, impuestos) que el apelante se ve obligado a pagar pese a no disfrutar de la vivienda. Subsidiariamente, debe limitarse dicho uso en el tiempo hasta que el hijo conviviente con la madre alcance la mayoría de edad o hasta que se extinga el condominio sobre la vivienda.

5. Resulta improcedente la condena a 2/3 de las costas a la actora.

La parte apelada se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, salvo en lo relativo al pronunciamiento, que se impugna, que eleva la pensión alimenticia en favor del hijo menor por resultar contradictorio con el hecho considerado probado en la sentencia de que no han variado los ingresos del progenitor.

SEGUNDO.-SOBRE EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Aunque el de custodia compartida es sin duda, desde un punto de vista legal y jurisprudencial, el régimen de referencia, existen factores que no aconsejan su adopción.

Uno de ellos es precisamente la voluntad contraria del menor próximo a la mayoría de edad (en nuestro caso el menor va a cumplir en el mes de agosto de 2022 17 años).

En estas situaciones, este Tribunal de apelación ha venido atendiendo a la voluntad del menor ante las dificultades y efectos contraproducentes que la imposición de tal régimen podría causar en la relación entre padres e hijos y en el propio desarrollo del menor. En consecuencia, debe mantenerse en el caso de litis la custodia exclusiva de la madre respecto del hijo menor.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- SOBRE LA PENSIÓN EN FAVOR DEL HIJO MAYOR DE EDAD DEPENDIENTE ECONOMICAMENTE A CARGO DE LA MADRE.

En el caso de litis el hijo mayor de edad ha pasado a convivir con el padre (de ahí que se haya extinguido, sin oposición de parte, la pensión alimenticia que recaía sobre el padre.

Ahora se plantea si debe la madre hacerse cargo de una pensión alimenticia en favor de su hijo mayor. La respuesta debe ser negativa.

A diferencia de los alimentos debidos a los hijos menores de edad, que son alimentos incondicionales e inherentes a los deberes de la patria potestad, de manera que, aún en el caso de ingresos escasos o, incluso, de ausencia de ingresos, los progenitores deben prestar alimentos por el que se ha venido denominando "mínimo vital", los alimentos debidos a los hijos mayores se rigen por los arts. 142 y ss C.C. y, en consecuencia, sí están supeditados a las posibilidades del alimentante.

Extinguida la pensión compensatoria que venía cobrando de su ex marido, y no existiendo prueba en autos de que perciba más ingresos que la pensión alimenticia para su hijo menor, y sin necesidad de acudir a la explicación de esa especie de alimentos de facto que se menciona en la sentencia de instancia, está claro que la madre carece de medios o ingresos con los que prestar alimentos para el hijo mayor y, por lo tanto, de conformidad con el art. 146 C.C., no viene obligada a ello.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- SOBRE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL HIJO MENOR A CARGO DEL PADRE.

El motivo debe ser estimado.

Como bien apuntan la parte apelante y el Ministerio Fiscal, la sentencia de instancia incurre en contradicción cuando declara probado que no se ha modificado la situación económica del padre, ni las necesidades del hijo y, al mismo tiempo, incrementa la pensión alimenticia a cargo del padre y a favor del hijo menor.

En consecuencia, no habiéndose modificado las circunstancias económicas aludidas, debe mantenerse la pensión alimenticia fijada en su día (500 €/ mes).

QUINTO.- SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Es criterio uniforme y generalizado de esta Sala, siguiendo la interpretación que hace la Jurisprudencia más reciente del art. 96 C.C., que la atribución de uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio y a los hijos menores que con él convivan no debe tener un carácter indefinido, sino limitado en el tiempo hasta el momento en que se produce la mayoría de edad de los hijos, o, si se produce antes, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

En consecuencia, no resulta procedente en este momento la extinción de dicho uso pues el hijo que convive con la madre sigue siendo mayor de edad, pero si temporalizar la pensión en el sentido indicado.

SEXTO.-SOBRE LAS COSTAS DE LA PRIMERA INSTANCIA. SOBRE LAS COSTAS DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

El motivo de apelación debe ser estimado.

En el proceso civil y de conformidad con el art. 394 LEC., estimada parcialmente una demanda, no procede hacer condena en costas salvo que alguna de las partes haya litigado con temeridad, lo que no ocurre en el caso del litis. Debe pues rectificarse en tal sentido el pronunciamiento sobre costas de la primera instancia.

De conformidad con el art. 398 LEC., no procede hacer expresa condena en las costas de esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos concede.

FALLO:

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Rodolfo y la impugnación de sentencia formulada por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en fecha 19-7-2021 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 778/2019, debemos revocar y revocamos la expresada sentencia en los siguientes particulares:

1. Se mantiene la pensión alimenticia de 500 €/mes en los términos que ya venían establecidos, a favor del hijo menor y a cargo del padre.
2. Se mantiene la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la madre y del hijo menor que con ella convive hasta que éste cumpla la mayoría de edad o, si este hecho se produce antes, hasta que se liquide la sociedad de gananciales.
3. No se hace expresa condena en las costas de la primera instancia.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la referida sentencia.

No 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.