

MODIFICACION DE MEDIDAS. CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA A COMPARTIDA.DENEGACION MODIFICACIÓN ATRIBUCION USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR ENTRADA DE 3.CARGA DE LA PRUEBA. Durante la presentación de la demanda no se acredita nada de que la madre hubiera introducido un 3 en la vivienda ni lo planteo con la demanda.

Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 6 de noviembre 2023. Número Sentencia: 445/2023 Número Recurso: 331/2023 Numroj: SAP VA 2202/2023 Ponente: Emma Galcerán Solsona Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000355 /2021

Cabecera: Uso de la vivienda y ajuar familiar. Guarda y custodia compartida o conjunta. Modificación de medidas definitivas en el ámbito familiar

En la demanda de modificación de medidas se solicitó en relación con la **atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar** a la madre, atribución realizada en la sentencia de divorcio, solicitándose en la demanda de modificación de medidas concretamente que se deje sin efecto la **atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar** por haber perdido el carácter de familiar dado que en la actualidad se ha introducido en la misma a un tercero ajeno al vínculo familiar, siendo estos la pareja sentimental de la madre, suponiendo el mantenimiento un abuso de derecho contrario a la más reciente jurisprudencia del tribunal supremo.

PROCESAL: Cuestión nueva. Preclusión de la alegación de hechos. Gratuidad en el acceso a la justicia

Jurisdicción: Civil

Ponente: [Emma Galcerán Solsona](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 06/11/2023

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 445/2023

Número Recurso: 331/2023

Numroj: SAP VA 2202/2023

Ecli: ES:APVA:2023:2202

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00445/2023

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: ACG

N.I.G. 47186 42 1 2013 0002130

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000331 /2023

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000355 /2021

Recurrente: Emiliano

Procurador: CESAR ALONSO ZAMORANO

Abogado: ITZIAR CURIEL LOPEZ DE ARCAUTE

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Julieta

Procurador: , ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN

Abogado: , JESUS RODRIGUEZ MERINO

S E N T E N C I A nº 445/2023

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D^a EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a seis de noviembre de dos mil veintitrés.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso núm. 355/2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELANTE: D. Emiliano , representado por el Procurador D. CÉSAR ALONSO ZAMORANO y defendido por la

letrada D^a. ITZIAR CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, de otra como DEMANDADA-APELADA: D^a. Julieta, representada por la Procuradora D^a. ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN y defendida por el letrado D. JESÚS RODRÍGUEZ MERINO; y de otra como APELADO: El Ministerio Fiscal; sobre modificación de medidas.

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 22 de junio de 2022, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Alonso Zamorano en nombre y representación de Don Emiliano y asistido de la Letrada Sra. Curiel López de Arcaute, frente a Doña Julieta representada por la Procuradora Sra. Escudero Esteban y asistido del Letrado Sr. Rodríguez Merino, DEBO MODIFICAR Y MODIFICO las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de fecha 10 de abril de 2013 dictada en autos Divorcio de Mutuo Acuerdo 110/2013, en el sentido de: .- Establecer que la menor Patricia quede bajo la guardia y custodia compartida por ambos progenitores, correspondiendo a ambos la patria potestad. La guarda y custodia se ejercerá por semanas alternas, comenzando cada uno de los periodos el lunes a la finalización de la jornada escolar. El progenitor al que corresponda convivir con la menor en cada periodo semanal deberá recogerla en el centro escolar el lunes a la finalización de las clases con arreglo al horario fijado por el centro. Para el caso de ser un lunes no lectivo, el progenitor que comience la estancia con su hija deberá recogerla en el domicilio del otro progenitor a las 15:30 horas.

Si por enfermedad leve u otra circunstancia excepcional la menor no hubiera acudido ese lunes al centro escolar hasta la hora de recogida, esta se efectuaría en el domicilio paterno o materno en el que hubiese estado residiendo la semana anterior, a las 15:30 horas.

El progenitor que no esté conviviendo con la menor cada turno podrá comunicarse con ella por teléfono, wasap, mensajería electrónica o video conferencia, con horario y duración que no perturbe las rutinas cotidianas de la menor debiendo el progenitor conviviente facilitar los medios necesarios para dicha comunicación, con arreglo a los usos de la familia.

Los progenitores habrán de informarse mutuamente con antelación razonable del destino, dirección concreta de estancia y número de teléfono de localización en los supuestos de viajes dentro del territorio nacional o internacional, así como del estado de salud, y tratamientos incluso en los casos de enfermedad leve.

La menor Patricia estará con el progenitor con quien no pase la semana, los miércoles desde la salida del colegio, hasta las 20:30 horas, quien le retornará al domicilio del padre o la madre (según corresponda la custodia). Si ese día no fuera lectivo, el progenitor no custodio recogerá a la menor a las 10:30 horas en el domicilio del otro progenitor, reintegrándola en el mismo lugar a las 20:30 horas.

En cuanto a los periodos vacacionales: de Navidad, Semana Santa se distribuirán por mitad atendiendo al calendario escolar, correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y a la madre en los años impares.

El progenitor al que corresponda el primer periodo vacacional recogerá a su hija a la salida del colegio del último día lectivo, al progenitor al que corresponda el segundo periodo, recogerá a la menor a las 15:30 horas en el domicilio del progenitor con quien

se encuentre en ese momento en el día intermedio de las vacaciones escolares, reintegrando a la hija en el centro escolar el primer día lectivo.

Respecto a las vacaciones de verano: las estancias con sus progenitores se distribuirán por quincenas (meses de julio y agosto exclusivamente) correspondiendo al padre las primeras quincenas de julio y agosto en los años pares y a la madre en los impares. El intercambio se realizará los días 16 y 31 de cada mes a las 21:30 horas.

Los días no lectivos de junio y septiembre se seguirá realizando por semanas como el resto del año, recogiendo cada progenitor a la menor a las 15:30 horas del lunes. Los intercambios se producirán el primer lunes no lectivo del mes de junio, el día 30 de junio, los días 15 y 31 de julio y agosto a las 21:00 horas, y el primer lunes lectivo a la entrada de la menor en el centro escolar. En días no lectivos el progenitor al que corresponda el inicio de la estancia vacacional recogerá a su hija en el domicilio del progenitor con el que se encuentre en ese momento.

Así mismo, la menor podrá estar con su padre el día del padre y con su madre el día de la madre, aunque coincidiera con uno de los días que correspondiera al otro progenitor tener en su compañía a la hija. De igual forma se hará el día de la onomástica de cada uno de los progenitores. El día del cumpleaños de la menor, el progenitor ausente podrá estar con ella tres horas, poniéndose previamente de acuerdo con el otro progenitor y siempre y cuando no se altere el horario habitual de las actividades de la menor, si las tuviera. En caso de discrepancia entre los progenitores se fija la franja horaria de entre las 18:00 horas y las 21:00 horas, a excepción de los días en que coincida con un periodo vacacional y la menor se encuentre fuera de su localidad.

Durante los periodos de vacaciones escolares de navidad, Semana Santa y Verano se suspende el régimen ordinario de estancias que se retomará con la finalización de las vacaciones.

.- No se establece pensión de alimentos para ningún progenitor dado que en la custodia compartida cada progenitor abona los gastos que tiene la menor cuando esté con ella. Gastos extraordinarios por mitad.

.- Al establecerse una custodia compartida, ambos progenitores sufragarán los costes de traslado de la menor Patricia cuando deba procederse al intercambio de la custodia compartida.

.- Se establece el uso y disfrute de la vivienda a doña Julieta, conforme lo establecido en el fundamento de derecho sexto, y todo ello, sin hacer expresa condena de las costas procesales."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de D. Emiliano se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se presentaron escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 2 de noviembre de 2023, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente la Ilma. S^a. D^a. Emma Galcerán Solsona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En la demanda de modificación de medidas se solicitó en relación con la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre, D^a. Julieta, atribución realizada en la sentencia de divorcio, solicitándose en la demanda de modificación de medidas concretamente que se deje sin efecto la atribución del uso y disfrute de la

vivienda familiar a D^a Julieta por haber perdido el carácter de familiar dado que en la actualidad se ha introducido en la misma a un tercero ajeno al vínculo familiar, siendo éste la pareja sentimental de la madre, de D^a Julieta, suponiendo el mantenimiento un abuso de derecho contrario a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida se argumenta que el actor manifiesta que la demandada ha perdido el derecho del uso y disfrute de la vivienda familiar por introducir a un tercero ajeno a la relación familiar original, conforme a la sentencia del TS de 20 de noviembre de 2018, expresándose en la resolución recurrida a continuación que la demandada ha reconocido que mantiene una relación sentimental, pero que el mismo no reside en su domicilio, al igual que el actor tiene otra relación, **por lo que al no acreditar tales extremos, como le correspondía conforme a la carga de la prueba**, se concluye que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar junto con la menor, debiendo la demandada afrontar los gastos correspondientes a consumos, cuotas comunitarias....

TERCERO.- En el recurso de apelación, interpuesto por el actor, se solicita que se acuerde dejar sin efecto la atribución de dicho uso y disfrute a la madre para poder disponer de la vivienda para su venta, o subsidiariamente se limite tal atribución a la extinción del condominio, o por el plazo máximo de un año.

Por el Ministerio Fiscal se solicita la desestimación del recurso de apelación, al igual que por parte de la madre de la menor, alegándose en su oposición al recurso por parte de D^a Julieta que la demanda se basó en la residencia en la mencionada vivienda de la actual pareja sentimental de la madre de la menor, y en base a dicho hecho se contestó la demanda, desestimándose en la sentencia tal pretensión porque **nada se acreditó** en relación con la supuesta y alegada introducción de un tercero ajeno al vínculo familiar, siendo una sentencia congruente con la pretensión de la parte y con los hechos alegados en la demanda (art 218 LEC), por lo que se concluye que el recurso debe ser desestimado, **ya que la petición que se realiza en el recurso ex novo, debió haberse planteado al tiempo de la demanda y no se hizo**, y de otra forma se causaría indefensión a la parte demandada y apelada, quien no ha podido defenderse y alegar respecto de un hecho no alegado en la primera instancia, considerándolo la parte, en definitiva, como fraude procesal.

CUARTO.- Llegados a este punto, debe concluirse que tiene razón la parte apelada en el motivo de su oposición al recurso de apelación, que ha sido recogido en el anterior Fundamento de derecho de la **presente sentencia, al tratarse de una cuestión nueva, introducida ex novo en la alzada, por el motivo expuesto por la parte apelada**, como ya se indicó anteriormente, procediendo como consecuencia de ello, la desestimación del recurso por aplicación de la jurisprudencia consolidada acerca de las cuestiones nuevas.

QUINTO.- Y en este sentido cabe recordar, entre otras muchas sentencias dictadas por esta Sala, la de fecha 19 de marzo de 2021, RPL-85/2020, Fundamento de Derecho Tercero, "Cuando se trata de cuestiones nuevas introducidas en la alzada, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial conforme a la cual aquéllas deben ser desestimadas, pues la introducción en la segunda instancia de cuestiones nuevas contradice los principios de preclusión procesal y de contradicción, así como el de tutela judicial efectiva

en cuanto se generaría indefensión a la contraparte quien no tuvo la oportunidad de efectuar la correspondiente actividad alegatoria y probatoria (SS.TS. de 25 de septiembre de 1999, 18 de mayo de 2006, 30 de enero de 2007, 30 de octubre de 2008, e.o.)".

Asimismo en la sentencia de esta Sala dictada en el RPL-578/2018, Fundamento de Derecho Quinto, se declara "teniendo declarado consolidada jurisprudencia que la prohibición d introducción de cuestiones nuevas en la segunda instancia es un principio fundamental del recurso de apelación, y que el planteamiento en segunda instancia de cuestiones nuevas contradice los principio de preclusión y contradicción, generando indefensión para la contraparte, pues rige en nuestro Ordenamiento un sistema de apelación limitada, no plena, en el que la regla general **es que no cabe introducir cuestiones nuevas, y asimismo tiene declarado que la preclusión de las alegaciones de las partes (que en primera instancia conforman el objeto procesal)** impide que se puedan introducir pretensiones modificativas o que supongan un complemento a aquél, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación sin que pueda olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende tanto a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal a quo, como a las que supongan cualquier modo de alteración o complementación de las mismas (SS.TS. de 18 de mayo de 2006, 30 de enero de 2007 30 de octubre de 2008, 18 de diciembre de 2014, 13 de abril de 2016, entre otras muchas).".

SEXTO.- Procede imponer a la parte apelante las costas del recurso de apelación conforme al art. 398.1 LEC.

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

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. CESAR ALONSO ZAMORANO e representación de D. Emiliano contra la sentencia nº 227/2022 de 22 de junio de 2022 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Valladolid, confirmándola íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas del recurso de apelación.

La confirmación de la resolución de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que se dará el destino legal. (D. A. 15ª de la L.O.P.J. según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre).

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.