

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.4 art.207 art.222 art.398 art.455 art.700.2 art.775
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.91 art.96 art.101 art.1281

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**MATRIMONIO****EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

Custodia de los hijos

Preferencia por la madre

Atribución de la vivienda familiar

Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges

Procedimiento de modificación de medidas

Requisitos de la modificación de condiciones

Sustancial

FICHA TÉCNICA**Legislación**

Aplica Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.91, art.96, art.101, art.1281 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n º 1 de los de Sanlúcar de Barrameda, en el Juicio de Divorcio Contencioso anteriormente referenciado al margen, se dictó sentencia de fecha 12 de diciembre de 2.007 cuyo fallo literalmente transcrito dice: "

SEGUNDO.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D. Lorenzo se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que fue admitido a trámite en ambos efectos por el Juez "a quo", quien dio traslado a las demás partes por un plazo de diez días a fin de que pudieran presentar los correspondientes escritos de oposición o impugnación, y una vez presentados dichos escritos se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Cádiz.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y repartidas a esta Sección Quinta, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo para el día 14 de diciembre de 2.008, tras lo cual se hizo entrega al Illmo. Sr. Magistrado Ponente, para el estudio y dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso, habida cuenta de que la Juez "a quo" rehusa entrar en el estudio de la atribución de la guarda y custodia compartida al no haberse ejercitado la oportuna reconvencción, se plantea el problema de si, como en la legislación anterior, son admisibles las reconvencciones implícitas o no. La Ley de Enjuiciamiento Civil actual es tajante en este punto pues el apartado tercero del artículo 406 exige que la reconvencción se proponga a continuación de la contestación y que se acomode a lo que para la demanda se establece en el artículo 399 . Se exige por tanto que la reconvencción se formule de forma expresa y con la estructura propia de la demanda. La misma forma debe exigirse en el juicio verbal en que la reconvencción debe notificarse al actor cinco días antes de la vista y el art. 770 no hace ninguna referencia a la forma, limitándose a señalar que la reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda.

Ahora bien, en los procesos de familia es frecuente que peticiones que constituyen reconvencción se formulen mezcladas con la contestación y no de forma independiente después de ésta y en forma de demanda, lo que hasta ahora se había considerado como una reconvencción implícita dándole el curso procesal correspondiente, y, además, el propio artículo 700.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que se planteen a través de la misma la adopción de

medidas definitivas que no se soliciten en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio, de lo que, a sensu contrario, se infiere la posibilidad de pronunciamiento acerca de las anteriores medidas sin necesidad alguna de reconvención, sobre todo cuando el artículo 91 del Código Civil impone al Juez "a quo" el establecimiento de dicha medida, por lo que procede la estimación del motivo para el estudio de la cuestión planteada.

Sentado lo anterior Frente a la sentencia parcialmente estimatoria dictada por el Juez "a quo" se alza la apelante reproduciendo su dirección jurídica en esta alzada la pretensión relativa a la atribución compartida de la guarda y custodia de los hijos menores comunes así como la oposición de la atribución del uso de la que fue vivienda familiar. Definido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, pues la contraparte interesa la íntegra confirmación de la sentencia de instancia, procede analizar la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone manifiesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

SEGUNDO.- A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, in fine, 100 y 101 del Código Civil . No habilitan dichos preceptos anómalos cauces de revisión, esto es al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, 221/1984 y 242/1992 , entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.-Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.-Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.-Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º.-Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

TERCERO.- Partiendo de tales condicionantes legales, y por lo que se refiere a la atribución de la custodia compartida de los hijos menores de edad, hay que tener en cuenta que ninguna novedad se ha acreditado a este respecto ya que ni siquiera existe alegación ex novo sobre dicha cuestión, que parece responder más al deseo del apelante que a cualquier otra circunstancia aparecida con posterioridad al dictado de la sentencia de separación que se pretende modificar, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Y en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar que constituye una de las pretensiones del suplico de la demanda inicial de las actuaciones, hay que interpretar el Convenio Regulador a la luz de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil , y muy principalmente del artículo 1.282 del citado texto legal que impone la atención a los actos coetáneos y posteriores de los cónyuges. Solicitándose en la demanda la nueva atribución de la vivienda familiar no cabe inferir otra cosa de dicha petición que la actora es consciente de que ha perdido esa atribución que solicita, ya que, en otro caso, hubiera procurado la ejecución del Convenio Regulador sin solicitar una nueva declaración judicial por alteración sustancial de las circunstancias. Efectivamente, en el Convenio se establecía la atribución de la entonces vivienda familiar para la esposa e hijos, y que si la misma se marchaba de ella el esposo quedaría facultado para ocuparla, y habiéndose marchado de la misma la esposa en junio del año 2.004, casi tres años antes de la interposición de la demanda, no cabe duda de que el Convenio despliega toda su eficacia permitiendo la ocupación por el esposo, ya que no se trata de ausencia en un corto periodo de tiempo que haga suponer la posible vuelta sino de una larga ausencia que no tenía carácter temporal o provisorio. Y precisamente dicha circunstancia es la que, dada la titularidad de la vivienda, la desviste del carácter de familiar, en cuanto a que la atribución que se realiza en el artículo 96 del Código Civil se refiere a que los hijos no salgan del espacio que venían ocupando, por todo lo cual procede la estimación del motivo y la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Lorenzo y revocada la resolución recurrida, a pesar del principio objetivo del vencimiento regulado en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habida cuenta de la especialidad del procedimiento, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales.

VISTOS los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando parcialmente, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Lorenzo contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2.007 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de los de Sanlúcar de Barrameda en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar y revocamos el fallo de la misma en el sentido de desestimar el suplico de la demanda inicial de las actuaciones y mantener las medidas del Convenio Regulador, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en el domicilio de esta ciudad designado a efectos de notificaciones, conforme a los artículos 208 n° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de su procedencia para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Número CENDOJ:11012370052008100293