

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Casación 8/2014

S E N T E N C I A N U M . V E I N T I U N O

Excmo. Sr. Presidente /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Javier Seoane Prado /
D. Luís Ignacio Pastor Eixarch /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a seis de junio de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 8/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 7 de noviembre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 76/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 604/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, D^a. M^a Victoria P. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a. De los Ángeles Prieto Sogo y dirigida por la Letrada D^a. Enma Ramón Bautista, y como parte recurrida D. José Y. D., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Jiménez Millán y dirigido por el Letrado D. Jorge-Miguel Ochoa y de la Red.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Juana Gálvez Almazán, actuando en nombre y representación de D^a. Victoria P. G., presentó demanda de modificación de medidas contra D. José Y. D. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución acordando “la modificación de las medidas referidas a la atribución al Sr. Y. D. de la vivienda familiar, así como de la pensión de alimentos fijada a favor de las hijas del matrimonio, V. y R., que se estableció en la sentencia de divorcio, modificada parcialmente por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Teruel, dictada en los autos de divorcio contencioso, seguidos bajo el núm. 406/2010 y, en su lugar se acuerde dejar sin efecto la reseñada atribución del domicilio conyugal al demandado y se acuerde la atribución en exclusiva a nuestra mandante o, subsidiariamente, se deje sin efecto tal medida sin atribución exclusiva a ninguno de los dos copropietarios e igualmente se modifique la medida referida a la pensión de alimentos a favor de las hijas, R. y V. y la obligación del demandado, Sr. Y. D., a contribuir a los alimentos a favor de las hijas comunes, V. y R., en la cantidad de doscientos cincuenta euros mensuales, por cada una de ellas, actualizables anualmente conforme al I.P.C. que establezca el Instituto Nacional de estadística u organismo que le sustituya, haciendo efectiva dicha prestación dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante ingresos en la cuenta que a tal efecto designe la demandante, con expresa condena en costas a la parte demandada si se opusiera a ello.”

Por otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales de la modificación de las definitivas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda. Compareciendo el Procurador de los Tribunales D. Carlos García Dobón, en nombre y representación de D.

José Y. D., contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la actora con expresa imposición de costas.

Previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos se dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de D^a. María-Victoria P. G. contra D. José Y. D., debe declarar y declaro que los pronunciamientos de la sentencia de este Juzgado 165/2011, de 13/10/2011, recaída en autos de divorcio 406/2010, relativos a los gastos de asistencia a sus hijos, hoy mayores de edad y económicamente dependiente, quedan fijados para lo sucesivo del siguiente modo: ambos progenitores abonarán a cada uno de sus tres hijos, en las cuentas bancarias que los mismos designen y dentro de los 5 primeros días naturales de cada mes, por mitades e iguales partes, las cantidades de 600,00 € a Jorge, 300,00 € a Victoria y 300,00 € a Raquel; dichos importes se actualizarán anualmente conforme a la variación que haya experimentado el Índice General Nacional de Precios de Consumo –o el que venga a sustituirlo- durante el año anterior. – No ha lugar a modificar la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares.- No ha lugar a condenar a ninguna parte al pago de las costas procesales de la otro, de modo que caa parte pagará las suyas y las comunes por mitad.”

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Gálvez Almazán en nombre y representación de D^a. María Victoria P. G. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la contraparte oponiéndose al mismo.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, se dictó sentencia en fecha 7 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Sra. Gálvez, en nombre y representación de

D^a. María Victoria P. G., contra la sentencia de fecha veintisiete de febrero de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 2 de Teruel, en autos de juicio verbal sobre modificación de medidas n^o 604/2012, confirmando la misma.- No procede efectuar expresa imposición de costas.”

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Gálvez Almazán en nombre y representación de D^a. M^a. Victoria P. G., interpuso ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Teruel recurso de casación que basó en la infracción del artículo 81, apartados 2, 3 y 4 del Código del Derecho Foral de Aragón.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo en representación de D^a. María Victoria P. G., la Procuradora D^a. María de los Ángeles Prieto Sogo, y por D. José Y. D., lo hace la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Jiménez Millán, quién se opone a la admisión del recurso planteado de contrario.

No constando en las actuaciones el justificante del ingreso de la Tasa, la parte recurrente lo subsana dentro del plazo concedido.

En fecha 3 de abril de 2014, por auto de esta Sala se acuerda declara la competencia de la misma para conocer del recurso planteado, el que se admite a trámite, confiriendo traslado a la parte contraria por 20 días para formalizar su oposición, haciéndolo dentro de plazo, realizando diversas pretensiones en dicho escrito, acordándose resolver sobre las mismas en sentencia.

No considerando la Sala necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a Victoria dedujo demanda de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada el día 13-10-2011 en el procedimiento n^o 406/2010 seguido ante el juzgado n^o 2 de los de Teruel por el que fue disuelto el matrimonio que había concertado con D. José, revocada en parte por la sentencia de fecha 28-3-2012 dictada por la AP de Teruel en rollo n^o 45/2012.

En particular solicitaba que fuera dejada sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, sita en la carretera de ...que pertenece proindiviso a ambos litigantes, y la modificación de la pensión alimenticia que venía acordada.

Alegaba como cambio de circunstancias que las dos hijas del matrimonio que quedaron en compañía del padre en el domicilio familiar, Raquel y Victoria, mayores de edad ambas [un tercer hijo, Jorge Adrián, tiene vida independiente], se trasladaron a vivir a la localidad de Valencia para cursar estudios universitarios, lugar en la que tiene su actual residencia la madre, y en donde ésta ha alquilado una casa en la c/ que es apta para acogerlas.

Convenida la cuestión relativa a la pensión alimenticia, el juzgado denegó la modificación relativa la vivienda, a cuyo efecto recuerda que la sentencia de divorcio dictada en grado de apelación, acordó fijar la atribución del uso del domicilio al esposo “hasta el momento en que los hijos dejen de convivir con el padre o cuando adquieran suficiente independencia económica de sus padres como para poder procurarse un domicilio propio”, y sienta como probado que D^a Victoria se encuentra viviendo en Valencia con su madre, y que D^a Raquel si bien se había desplazado a dicha ciudad para cursar estudios ha regresado al domicilio familiar con su padre, y si bien proyecta volver de nuevo a Valencia para emprender nuevos estudios, tal evento no se ha producido por el momento. Con base a lo anterior concluye que este regreso y la falta de realización por el momento del

proyecto de nuevos estudios impide considerar que se haya dado la previsión de la sentencia de divorcio para que se extinguiera la atribución del uso en disputa, por lo que deniega la modificación pretendida.

Recurrida esta decisión por la actora, la AP de Teruel desestimó el recurso, a cuyo efecto razona que:

“El hecho de que los hijos se encuentren realizando sus estudios en localidad distinta, no oculta el hecho de que, fuera de ese período formativo, los hijos viven en compañía de su padre. Es decir, del análisis de los fundamentos de derecho recogidos en la mencionada sentencia dictada por esa Audiencia Provincial se extrae que el límite temporal viene fijado ‘cuando los mismos –hijos- se independicen abandonando el mismo o cuando adquieran suficiente independencia económica’, considerándose que una interpretación adecuada de la primera aseveración de dicho pronunciamiento debe entenderse en términos literales, es decir, se entiende que el abandono del domicilio (por los hijos) se produce, al independizarse estos definitivamente, concepto que necesariamente conlleva que estos tengan su propio domicilio sufragado con independencia de sus padres”

Contra dicha decisión recurre en casación por interés casacional la actora al amparo del art. 477.3 LEC, que justifica en que la vigencia de la norma de aplicación al caso, el art. 81 CDFA, no ha alcanzado cinco años de vigencia, sin que exista doctrina Jurisprudencial sobre ella, y señala como cuestión jurídica a discernir cuál es el destino que haya de ser dado a la vivienda familiar de propiedad común de los esposos cuando la descendencia que alcanza la mayoría de edad aunque no la independencia económica deje de residir por motivos de estudio en la vivienda familiar cuyo uso había sido atribuido al progenitor bajo cuya custodia habían quedado tras la ruptura durante el corto tiempo en que siguieron siendo menores de edad.

Como único motivo de casación alega, al amparo del art. 477.1 LEC, infracción de normas aplicables para resolver cuestiones objeto del litigio, y en su desarrollo cita el art. 81.2,3 y 4 DCFA y solicita de la Sala que

resuelva sobre la atribución temporal de la vivienda empleando los “parámetros de equidad” que señala: si afecta o no que el emancipado lo sea de hecho o de derecho, si existe o no necesidad de dicha atribución y si tiene o no garantizado el uso de la vivienda de otro, y que sienta Jurisprudencia sobre tales cuestiones.

Por su parte, la parte recurrida opone, en el trámite del art. 485.2 LEC, la inadmisibilidad del recurso por razón de un pago tardío de la tasa judicial.

SEGUNDO.- Por afectar a la admisibilidad del recurso, y antes de entrar en su estudio, se hace preciso abordar el de la causa de inadmisibilidad ahora alegada.

Como se dice, se funda en el pago tardío de la tasa judicial establecida para el recurso de casación en la L 10/2012 de 20 de diciembre, pues no fue abonada en el momento de la interposición del recurso, sino que lo fue una vez que el Secretario de la Sala se apercibió de la falta del documento de autoliquidación de dicho tributo.

Pues bien, el examen de las actuaciones muestra que el recurso fue presentado sin acompañar el impreso de autoliquidación de la tasa, y así fueron remitidos los autos por la Audiencia Provincial. Ante tal situación el Secretario de Sala acordó la devolución de los mismos al Tribunal de procedencia mediante diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2014 para que procediera de acuerdo con lo establecido en el art. 8 de la expresada ley. Notificada tal diligencia, el recurrente presentó el impreso de autoliquidación el día 28 de febrero de 2014, ante lo que el fedatario dictó nueva diligencia de ordenación dando por subsanada tal omisión y trámite al recurso, decisión que no fue objeto de recurso.

De acuerdo con el art. 8 L 10/2012, en el caso de que el escrito sujeto no vaya acompañado del justificante del pago de la tasa, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de 10 días,

no dando curso al escrito hasta que la omisión sea subsanada. De ello se desprende, a sensu contrario, que, en caso de que la parte subsane el defecto en el plazo otorgado, el mismo se tendrá por subsanado y proseguirá el curso del procedimiento.

En el presente caso el recurrente realizó y justificó el pago de la tasa incluso antes de ser requerido al efecto, por lo que no cabe otra consecuencia que la de tenerlo por subsanado, y por enervada la posible causa de inadmisibilidad.

Por otro lado, la pronta subsanación de la falta de pago de la tasa excluye cualquier actuación contraria al art. 247 LEC por retraso en el pago de la tasa que le atribuye la recurrida.

En cualquier caso, como se dijo, la parte recurrida no ha recurrido la diligencia que tuvo por subsanada la falta de pago de la tasa y acordó dar curso al escrito de recurso, por lo que tal decisión goza la fuerza de cosa de la firmeza (art. 207.2 LEC) que le atribuye la fuerza de cosa juzgada formal, y que impide que pueda ser revisada ulteriormente en el procedimiento (art. 207.3 LEC).

TERCERO.- No resulta fácil entender en qué consiste la infracción que se denuncia con la lectura del prolijo motivo, pues al mismo tiempo que la predica del art. 81 CDFA sostiene que dicho precepto no establece a quién ha de ser atribuido el uso de la vivienda familiar cuando cesa la custodia confiada al progenitor al que le había sido concedido como custodio, que es precisamente lo discutido en el litigio, y que por ello la cuestión ha de ser decidida de acuerdo con los criterios de equidad que se dejan mencionados.

Ninguna de las resoluciones de instancia tienen como ratio decidendi lo dispuesto en el art. 81 CDFA, sino que resuelven la cuestión en aplicación de lo pronunciado en la sentencia de divorcio en la que fueron acordadas las medidas de cuya modificación se trata, de ahí que tanto el juzgado como la audiencia se ocupan sencillamente de interpretar la

limitación temporal establecida por esta última en aquella ocasión, en la que, entonces sí, se decidió la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge a quien fue confiada la custodia de las a la sazón menores Raquel y Victoria, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA, y se establecieron las circunstancias en previsión de las cuales tal atribución de uso de la vivienda habría de cesar, con criterio que fue consentido por ambas partes, por lo que ha alcanzado fuerza de cosa juzgada.

De acuerdo con aquél pronunciamiento de apelación, el límite temporal es “hasta el momento en que los hijos dejen de convivir con el padre o cuando adquieran suficiente independencia económica de sus padres como para poder procurarse un domicilio propio”, expresión que fue objeto de interpretación primero por el juzgado, que entendió que el cambio de residencia por razón de estudios encajaba en el supuesto previsto por la audiencia como límite del la atribución del uso, y luego por la propia audiencia en la sentencia que hoy se combate y en la que entiende que la atribución entonces efectuada no cesa por el cambio temporal de residencia por motivos de estudio.

En definitiva, la consecuencia del cambio de circunstancias que ahora se alega en apoyo de la pretensión modificadora fue ya tenida en cuenta en la sentencia de divorcio cuyas medidas se pretende alterar, y se establecieron en ellas las consecuencias de tal cambio en aplicación de los criterios del art. 81 CDFA cuya interpretación no fue entonces discutida y goza de autoridad de cosa juzgada, lo que impide otras consecuencias diferentes a las señaladas entonces para el cambio de residencia de las menores.

En consecuencia, difícilmente puede ser apreciada infracción del art. 81 CDFA cuando el conflicto no fue resuelto con base al mismo.

CUARTO.- Reclama la recurrente que, por no ser de aplicación el repetido precepto, la contienda sea decidida por nosotros de acuerdo con criterios de equidad, sin invocar precepto alguno que sustente tal pretensión, o que interpretado y aplicado bajo la inspiración de tal principio, conduzca a la extinción de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar que reclama, lo que supone olvidar lo dispuesto en el art. 3.2 CC:

“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

En interpretación de tal precepto la Jurisprudencia ha señalado que la equidad a que se refiere la norma no constituye sino un criterio general de interpretación y dulcificación del derecho que no puede fundamentar no por sí sola una resolución, a no ser que la propia ley se remita expresamente a ella (SSTS 16 de octubre de 1990, 29 de diciembre de 1998, 23 de diciembre de 2002), y es precisamente ello lo que se solicita de esta Sala de casación en contra de lo dispuesto en la norma transcrita y en la Jurisprudencia que la interpreta y aplica, por lo que tal pretensión se halla destinada al fracaso.

QUINTO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en el Rollo nº 76/2013.

2. Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha interpuesto.

3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.