



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 17 de 2014

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

<b>Excmo. Sr. Presidente</b>	/
<b>D. Fernando Zubiri de Salinas</b>	/
<b>Ilmos. Sres. Magistrados</b>	/
<b>D. Javier Seoane Prado</b>	/
<b>D. Luis Ignacio Pastor Eixarch</b>	/
<b>D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara</b>	/
<b>D. Ignacio Martínez Lasierra</b>	/

En Zaragoza, a once de junio 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 17/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de enero de 2014, en el rollo de apelación número 573/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 8/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Antonio D. B., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén Gómez Romero y dirigido por el Letrado D. José Antonio López Pinillos, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Sofia F. C., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Susana Hernández Hernández y dirigida por el letrado D. José Antonio Parroque Lázaro.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén Gómez Romero, actuando en nombre y representación de D. José Antonio D. B., presentó demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio contra D<sup>a</sup>. Sofía F. C. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que se acuerde la modificación de medidas establecidas en la sentencia de 10 de junio de 2009, debiendo de adoptarse las siguientes:

“1º.- En relación con la pensión de alimentos para los hijos comunes Sofía y Jesús Antonio, se modifique en el sentido de declarar extinguida la pensión por alimentos de la hija Sofía, o subsidiariamente, reducirla a la cantidad de 100 euros mensuales en tanto en cuanto siga percibiendo ingresos propios procedentes de una actividad laboral, y de reducir la pensión por alimentos del hijo Jesús Antonio a la cantidad de 200 euros mensuales, a pagar dentro de los cinco primeros días de cada mes los doce meses del año, mediante ingreso en la cuenta bancaria que designa la Sra. F., siendo dicha cantidad revisada anualmente según el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que en su día le sustituya, y ello con efectos desde el mes de diciembre de 2.012, incluido.

2º.- En relación con la pensión compensatoria de la Sra. F., se modifique en el sentido de declarar extinguida la pensión compensatoria de la Sra. F. con efectos desde el mes de diciembre de 2.012.

3º.- En relación con la atribución del uso del domicilio conyugal y ajuar doméstico en exclusiva a la Sra. F., se modifique en el sentido de autorizar la venta inmediata de la vivienda familiar sita en Zaragoza, Avda. ..., junto con la plaza de garaje y el trastero, por el precio que de común acuerdo fijen los copropietarios, o en su defecto, en el precio que se establezca por un perito en caso de desacuerdo. Y subsidiariamente, para el caso de mantenimiento de la

atribución de uso en exclusiva a la Sra. F. procede fijar un límite temporal a dicha atribución de uso exclusivo de seis meses, o alternativamente hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad consorcial.

4º.- Y en relación con la forma de pago del préstamo hipotecario del Banco Santander que grava la vivienda familiar, se modifique en el sentido de acordar que la Sra. F. abone íntegramente el importe de los recibos mensuales del préstamo hipotecario sin perjuicio del derecho de reembolso correspondiente en el momento de la liquidación de la sociedad consorcial.”

Por otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales y la práctica de prueba.

**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 misma. Habiéndose solicitado por la demandada el beneficio de justicia gratuita y la designación de Abogado y Procurador de oficio, se suspendió el plazo, que se alzó cuando le fueron designados.

Dentro de plazo contestó a la demanda presentada de contrario, oponiéndose a la misma, y solicitando la práctica de prueba.

**TERCERO.**- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de dos mil trece, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo.- Estimo parcialmente la petición de modificación de medidas formulada por D. José Antonio D. B. contra Dña. Sofía F. C.. Por tanto:

1.- La pensión alimenticia de los hijos dependientes desde esta mensualidad de septiembre queda fijada en 300 euros mensuales por cada uno.

Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta designada al efecto por Dña. Sofía.

Se actualizará automáticamente con efectos del mes de enero de cada año, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior.

2.- Queda si efecto la asignación compensatoria desde este mes de septiembre, en el que ya no será exigible.

3.- La demandada e hijos continuarán en el uso de la vivienda hasta el último día de diciembre de 2017. A falta de acuerdo deberán abandonarlo al concluir el plazo fijado.

4.- El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda común, desde esta mensualidad de septiembre, se satisfará por mitad.

5.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.”

**CUARTO.-** Tanto la representación procesal de D<sup>a</sup>. Sofía F. C. como la de D. José Antonio D. B. presentaron recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco en base a los hechos y fundamentos que expresaron en sus escritos, y admitidos dichos recursos, se confirió traslado de los mismos a la parte contraria, oponiéndose al presentado de contrario, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 28 de enero pasado cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. José Antonio D. B. y estimando parcialmente el deducido por D<sup>a</sup>. Sofía F.C., debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, revocándola únicamente en que la pensión compensatoria fijada en su momento se reduce a 300 euros mensuales, teniendo una duración limitada de cinco años, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos.”

**SEXTO.-** La representación legal de D. José Antonio D. B. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de infracción procesal y casación, basándolos en los siguientes motivos:

Respecto a la infracción procesal: “Motivo primero: al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.4<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba e infracción de ley por vulneración en el proceso civil de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de

la Constitución.- Motivo segundo: al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Y, en cuanto a la casación, “Primer motivo: al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por infracción de ley por vulneración del artículo 82, apartado 2, del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con la contribución de los padres a los gastos ordinarios de asistencia de los hijos. Y al amparo del artículo 2.2 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por presentar interés casacional al tener la normativa aplicable menos de cinco años de vigencia.- Segundo motivo: al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por infracción de ley por vulneración del artículo 83, apartados 4 y 5 del CDFFA en relación con la extinción de la asignación compensatoria. Y al amparo del artículo 2.2 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por presentar interés casacional al tener la normativa aplicable menos de cinco años de vigencia.- Tercer motivo: al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por infracción de ley por vulneración del artículo 81, apartados 3 y 4, del CDFFA. Y al amparo del artículo 2.2 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por presentar interés casacional al tener la normativa aplicable menos de cinco años de vigencia.”

**SEPTIMO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver. Por auto de 7 de abril pasado, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición, presentando su escrito, dentro de plazo oponiéndose al mismo.

Por providencia de 21 de mayo pasado, se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2014.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En sentencia dictada el día 10 de junio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza se acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes del presente procedimiento, don José Antonio D. B. y doña Sofía F. C., que habían contraído el día 11 de agosto de 1990 y en el que habían nacido dos hijos: Sofía, el día 24 de abril de 1992, y Jesús Antonio, el día 26 de diciembre de 1994.

Apelada la anterior sentencia, el día 8 de abril de 2010 fue resuelto el recurso de apelación presentado, que fue estimado en parte. De modo que, en lo que ahora interesa, las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia matrimonial quedaron entonces concretadas del siguiente modo: la madre fue encargada de la guarda y custodia de los dos hijos; la pensión de alimentos se fijó en 1.000 euros/mes por hijo; fue establecida asignación compensatoria a favor de la madre por importe de 600 euros/mes; el uso de la vivienda familiar quedó a favor de la madre e hijos; y el pago del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda lo afrontaría el padre.

Incoado por iniciativa de don José Antonio D. el presente procedimiento de modificación de las medidas definitivas acordadas en las mencionadas resoluciones, el mismo Juzgado citado dictó sentencia de 10 de septiembre de 2013, que fue apelada en recurso que la Audiencia Provincial estimó parcialmente en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 28 de enero de 2014. De manera que las relaciones familiares quedan establecidas hacia el futuro en la siguiente forma: la pensión por alimentos de los hijos será la de 300 euros/mes por cada hijo; la asignación compensatoria a favor de la madre, de 300 euros/mes; continuarán en el uso de la vivienda habitual la madre e hijos hasta el día 31 de diciembre de 2017; y el pago del préstamo hipotecario que sigue gravando la vivienda familiar lo harán por mitades ambos progenitores.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

**SEGUNDO.-** Ambos motivos de infracción procesal pivotan sobre la misma cuestión que ha sido parte del objeto del procedimiento, como lo es la acreditación de la situación económica del recurrente. El primer motivo lo hace sobre la base de entender que existe error en la apreciación de la prueba, y en el segundo se esgrime la falta de motivación de la sentencia recurrida cuando valora los datos obrantes en autos para llegar a la conclusión de las posibilidades económicas del recurrente. Vinculación de ambos motivos que aconseja su tratamiento conjunto, con el fin de evitar una indeseable dispersión de los razonamientos a exponer al respecto.

Con su demanda, y luego en el acto del juicio, el recurrente aportó numerosos documentos consistentes en extractos bancarios de varias entidades en que mantiene cuentas abiertas. No concretó en la instancia, ni lo hace en el escrito de interposición del recurso de casación, cuáles sean los rendimientos concretos de las inversiones con que cuenta en la actualidad, y tampoco aportó en sus escritos de alegaciones datos concretos sobre sus posibles ingresos actuales, derivados de las inversiones que tiene o puede tener a pesar de haber disminuido su patrimonio por sucesivas pérdidas.

El recurrente, al tratar de sus posibles ingresos, únicamente expone en su escrito de recurso, como ya hizo en el recurso de apelación, la afirmación de que sólo percibe como ingreso la cantidad de 426 euros mensuales. A ello añade la cita de diversas cifras sobre pérdidas y gastos, cuyo resultado final no ofrece, que son relativas siempre a disminuciones patrimoniales padecidas y, en ningún caso, a patrimonio restante y rentas que puede obtener del capital del que dispone.

Ante tal ausencia de datos, alegaciones y consiguientes acreditaciones concretas de la parte recurrente, no cabe estimar que, como imputa a la sentencia objeto de recurso, adolezca esta resolución de falta de motivación, ya que no correspondía al órgano judicial suplir la omisión de una de las partes en la exposición concreta de hechos y su prueba que, conforme a los artículos 399.3 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, era carga del actor

aportar. Y no sólo sobre el patrimonio que no tiene, sino, sobre todo, respecto del importe de lo que realmente ingresa por todos los conceptos, para poder así estar a la necesaria valoración de la proporcionalidad al establecer las pensiones a favor de los hijos, y del posible desequilibrio económico que justifica la asignación compensatoria a favor de quien fue su cónyuge.

Ciertamente, es poco concreta la mención contenida en la sentencia de estar a la prueba que resulte de los folios 242 y siguientes de las actuaciones. Pero de la generalidad de la expresión empleada no cabe deducir, como hace el impugnante, que la sentencia cometa error porque sólo valore las cifras aportadas correspondientes a periodos de los años 2007 y 2008, inmediatos a cuando el actor había ingresado una importante cantidad de dinero. Porque la comprobación del contenido de los folios 242 a 497 evidencia que en ellos se recogen movimientos bancarios hasta el año 2012, que incluyen múltiples ingresos y pagos, por transferencia, domiciliación o en metálico. Por tanto, no se puede concluir que exista el error imputado a la resolución recurrida, pues, aun dentro de la generalidad de su razonamiento, contiene referencia al periodo del año 2007 al año 2012, y no sólo respecto de los años 2007 y 2008, como sostenía el recurrente.

Por otro lado, de la aportación parcial de cifras que contiene el recurso de casación, resulta que el total inicial de que disponía el actor en el año 2009, en que se presenta la demanda de divorcio, era de 1.021.720,58 euros. Manifiesta que esta suma ha sido disminuida en: 218.155,34 euros por gastos; en 218.878,42 euros por cargas familiares; en 355.814 euros por pérdidas en inversiones. Total disminución de 792.847,76 euros.

El resto, por tanto, son 228.872,80 euros, aproximadamente.

No da razón ni explicación el recurrente del destino de esta cantidad. Tampoco explica qué destino dio a las transferencias y extracciones de metálico que se deducen de los documentos ya mencionados, especialmente de las que fueron más próximas al día 2 de enero de 2013, en que se presentó la demanda de modificación de medidas rectora de este procedimiento.

Sumas que son de elevado importe en no pocos casos como sucede, por ejemplo, con los abonos de 26.920 euros, 7.630,68 euros ó 9.065,31 euros del mes de febrero de 2012, o la retirada en efectivo de 30.000 y 11.850 euros efectuada en marzo de 2012, que dejó el saldo de la cuenta de “Banca Civica” en 19,91 euros.

Por tanto, en modo alguno cabe estimar que exista error en la valoración de la prueba o falta de motivación en la sentencia cuando se duda o, dicho de otro modo, no se considera acreditado, que el único ingreso del recurrente sea, como él afirma y pretende, la suma de 426 euros al mes. En consecuencia, los dos motivos del recurso por infracción procesal deben ser desestimados.

**TERCERO.-** Al igual que sucedía con el recurso por infracción procesal, los dos primeros motivos del recurso de casación guardan una estrecha relación entre sí que justifica su tratamiento conjunto: ambos parten de la base común de considerar el recurrente que ha sido indebidamente apreciado el nivel de ingresos que realmente tiene, con la consecuencia que expone en el motivo primero de no haber sido observada la proporcionalidad exigida por el artículo 82.1 del CDFA al establecer la pensión a favor de los hijos, y la derivación recogida en el motivo segundo de no haber sido valorada la desaparición del desequilibrio económico exigido por el artículo 83 del CDFA, al tiempo de establecer y mantener la asignación compensatoria entre cónyuges.

Como se trató en el estudio de los motivos del recurso por infracción procesal, no cabe estimar que la sentencia recurrida erre cuando entiende que el nivel de ingresos del recurrente no es el de 426 euros por él pretendido, ya que no hay claridad sobre la política inversora del actor y no puede estarse a que se encuentre en situación de ruina absoluta.

Partiendo de la realidad de la existencia de incertidumbre sobre la real situación económica del recurrente y de que, como ya se apuntó, recae sobre el propio actor la carga de aportación de hechos y prueba que permitiría entender que es insolvente, no cabe estimar, como se pretende, que pueda

reputarse excesiva, por infractora de la proporcionalidad, la pensión fijada a favor de cada uno de los hijos. Por el contrario, se estima que la fijación de la pensión en la cantidad de 300 euros/mes por cada hijo atiende con claridad a la actual situación económica que cabe deducir en la persona del actor y recurrente, respeta la proporcionalidad de su contribución con la situación económica de la madre, que no consta tenga o haya tenido trabajo remunerado estable, y es acorde a las necesidades de los hijos, ambos en fase de formación, estudiantes, que no trabajan por cuenta ajena.

Tales términos son igualmente de valorar al tiempo de establecer la asignación compensatoria a favor de quien fue la esposa del demandante, puesto que, conforme al hecho que la sentencia considera acreditado de mantenerse el desequilibrio económico entre los demandantes, no existen motivos para modificar la suma de 300 euros que, como asignación, estableció la sentencia recurrida.

**CUARTO.-** El tercer motivo de casación formulado se sustenta en la consideración del recurrente de que la sentencia impugnada ha infringido los apartados 3 y 4 del artículo 81 del CDFA, por cuanto ha mantenido la atribución del uso de la vivienda que fue hogar familiar a favor de la madre, con quienes conviven los hijos, a pesar de que éstos son ya mayores de edad.

El artículo 81 del CDFA, bajo el epígrafe de “Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar” establece una serie de reglas para la determinación del progenitor que queda en uso de la vivienda familiar, de las que la primera y principal es la de mantener su posesión a favor de aquél de los padres al que corresponda la custodia individual de los hijos. Este principio general, primero y fundamental a atender, es acorde con la regulación contenida en el artículo 82 del CDFA sobre obligación de contribución de los progenitores a la asistencia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia, independientemente de su edad, y con los artículos 65 a) y 69 del CDFA, sobre obligaciones generales derivadas del deber de crianza, sean los descendientes mayores o menores de edad.

La regla expuesta de atribución del uso de la vivienda familiar a quien esté encargado de la custodia de los hijos puede ceder en aquellos casos en los que el Juez considere que es necesario para unas adecuadas relaciones familiares el proceder a la venta de la vivienda. Esta consideración judicial, en atención a la prueba practicada y valorada, no ha tenido lugar en este procedimiento, puesto que el Juzgado estimó que la situación de la esposa e hijos sigue requiriendo el mismo respaldo que se les dio en su día, con la atribución del uso de la vivienda. Y la sentencia recurrida, dictada por la audiencia Provincial, hace propia la decisión acordada discrecionalmente por el Juez y ante las circunstancias concretas de la familia.

Las citadas conclusiones, basadas en las pruebas practicadas, que conllevan la atribución a la madre del uso de la vivienda, no existe motivo para que ahora sean alteradas, ante la reproducción en sede casacional de similares argumentos que los que se presentaron en la demanda y recurso de apelación, puesto que no aparece en modo alguno que la decisión final esté teñida de arbitrariedad, irracionalidad o error grave o infrinjan el artículo 81 del CDFA. En consecuencia, procede la desestimación del tercero de los motivos del recurso de casación presentado.

**QUINTO.-** Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las costas causadas por el presente recurso, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

### **F A L L A M O S**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José Antonio D. B. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 28 de enero de 2014 que confirmamos en todos

los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

Dese su destino legal al depósito constituido y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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