

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación nº 1/ 2014

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

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

En Zaragoza, a dieciocho de julio 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 1/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 18 de noviembre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 91/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 519/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera e Instrucción núm. Uno de Alcañiz, en el que son partes, como recurrente, D. Ramón G. G. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Ortega Ortega y dirigido por la Letrada D^a. Sagrario Valero Bielsa, frente a D^a. Dolores V. G. representada por la Procuradora de

los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca y dirigida por la Letrada D^a. Gemma Gonzalo López, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 2 de Alcañiz la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Rodríguez Vela, actuando en nombre y representación de D. Ramón G. G., presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. M^a. Dolores V. G. 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 por la que, acuerde la modificación de las medidas derivadas del divorcio y en consecuencia:

“1º) Suprima la pensión compensatoria que venía percibiendo la Sra. V. G.

2º) Se suprima el derecho de uso del domicilio conyugal sito en Plaza ... nº ... Andorra (Teruel) del que venía disfrutando la Sra. V., o en su caso se establezca por Su Señoría una limitación temporal a dicho uso de máximo seis meses.

3º) Se adjudique la guarda del hijo habido en el matrimonio Eugenio, aquejado de síndrome de Down, a su padre D. Ramón G., y subsidiariamente se establezca un régimen de guarda compartido entre ambos progenitores, que vendrá determinado por el juzgador en función del informe psicosocial y demás pruebas que se practiquen, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento en lo que respecta a la pensión de alimentos que el Sr. G. entrega a la Sra. V. a favor de su hijo Eugenio”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se dictara sentencia por la que:

“A) Desestime la demanda de modificación de medidas íntegramente.

B) Subsidiariamente para el caso de que se acuerde el cese de la obligación del Sr. G. de abonar pensión por desequilibrio económico se incremente la pensión de alimentos del hijo Eugenio en el mismo importe que venía abonando hasta la fecha en concepto de pensión por desequilibrio o subsidiariamente en la cuantía que se considere más ajustada a derecho.”

Por otrosí presentó demanda reconvenicional en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites oportunos, incluido el recibimiento del pleito a prueba, se dictase sentencia, con expresa imposición de costas al Sr. G., acordando:

“1.- La modificación de la cláusula segunda del convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio de 18 de febrero de 2008 referida a la medida de régimen de visitas y vacaciones a favor de D. Ramón G. G. en relación a su hijo Eugenio en el sentido siguiente:

a) Suprimir o suspender el derecho de régimen de visitas y vacaciones del padre.

b) Subsidiariamente se fije que el padre puede estar en compañía de su hijo Eugenio el último domingo de cada mes desde las 11 h hasta las 21 h. debiendo recogerlo y entregarlo en el domicilio materno y, asimismo, el padre podrá estar en compañía del hijo Eugenio desde las 19 horas del día 31 de diciembre hasta las 21 horas del 1 de enero y 15 días en agosto debiendo recoger a Eugenio a las 11 h y entregarlo a las 21 h. en el domicilio materno durante esos 15 días, sin que en ningún caso Eugenio pueda pernoctar con el padre, el resto de las vacaciones las pasará con la madre.

2.- En el caso de que se estime la pretensión del demandante de cesar su obligación de abonar la pensión por desequilibrio económico a favor de la Sra. V. se solicita se incremente la pensión de alimentos del hijo Eugenio en el mismo importe que venía abonando hasta la fecha en concepto de pensión por desequilibrio el Sr. Ramón G..”

Por otrosí solicitó el recibimiento del pleito a prueba y, con carácter previo, prueba pericial social y psicológica.

En fecha 7 de junio de 2012 se dictó auto de inhibición a favor del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Alcañiz, con competencia en violencia de género.

Recibidas por éste las actuaciones, por Decreto de 6 de septiembre de 2012, se acordó admitir a trámite la reconvencción confirmando el traslado oportuno.

Dentro de plazo la representación legal del Sr. G. contestó la reconvencción, solicitando su desestimación “(...)si bien, en relación con la pensión de alimentos existente procederá a la vista de la nuevas circunstancia, no un aumento de las mismas sino una reducción atemperándola a las nuevas circunstancias económicas del actor y demandada, y al cambio de circunstancias respecto del hijo Carlos G. V., que ha terminado sus estudios y reside desde Septiembre en Andorra.”

Admitida la contestación a la reconvencción y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Alcañiz, dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Estimando parcialmente la demanda principal interpuesta por la Procuradora Dña. Ana Rodríguez Vela, en nombre y representación de D. Ramón G. G. contra Dña. Dolores V. G., y estimando parcialmente la demanda reconvenccional interpuesta por la Procuradora Dña. Olga Pina Bonías en nombre y representación de Dña. Dolores V. G. contra D. Ramón G. G. declaro, en cuanto a la modificación de medidas definitivas solicitada, y contenida en la Sentencia de fecha 18 de febrero de 2.008, los siguientes pronunciamientos:

1.- Desestimar la petición de que se suprima la pensión compensatoria fijada a favor de la Sra. V..

2.- Desestimar la petición de que se suprima la atribución del uso y disfrute de la vivienda a favor de la Sra. V. y de su hijo Eugenio.

3.- Estimar la petición de que se suprima la pensión alimenticia fijada a favor del hijo común Carlos en tanto este siga viviendo con el padre, no habiendo lugar al establecimiento de pensión alimenticia alguna a abonar por la madre a dicho hijo.

4.- Desestimar la petición de reducción de la pensión alimenticia del hijo común Eugenio, la cual se mantendrá en los mismos términos establecidos en la resolución judicial.

Procede no realizar especial pronunciamiento acerca de las costas ocasionadas en la demanda principal y en la demanda reconvenicional.”

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Vela en nombre y representación de D. Ramón G. G. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Alcañiz, se dio traslado del mismo a la contraparte, quién se opuso al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas las partes, se desestimó la práctica de la prueba solicitada, y con fecha 18 de noviembre de 2013 la Audiencia Provincial de Teruel, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallamos, que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de apelación presentado por D. Ramón G. G. contra la sentencia dictada el 29-4-2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Alcañiz en el procedimiento de modificación de medidas de divorcio seguido con el número 519/2012 y como consecuencia:

1º Debemos de revocar y revocamos el pronunciamiento primero.

2º Se confirman los demás pronunciamientos.

3º Declaramos no haber lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso.”

CUARTO.- El Procurador Sr. Barona Sanchís en nombre y representación de D. Ramón G. G. interpuso ante la Audiencia Provincial de Teruel recurso de casación, basándolo en inaplicación del artículo 81.1 e infracción del artículo 81.3 del CDFa.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Teruel acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por el recurrente la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña

Ortega Ortega y por la recurrida la Procuradora D^a. Nuria Ayerra Duesca, se nombró Ponente, a quién pasaron las actuaciones para resolver.

En fecha 13 de marzo pasado se dictó providencia del siguiente tenor:

“Visto el escrito de interposición de recurso de casación y apareciendo en el mismo la manifestación de haber sido incapacitado su hijo Eugenio, previo a resolver sobre la admisión del recurso, requiérase a las partes a fin de que en el plazo de 5 días presenten ante esta Sala documento acreditativo de dicho reconocimiento.”

Dentro de plazo, las partes aportaron sentencia de reconocimiento de incapacidad del hijo, Eugenio, por lo que, a su vista, se acordó pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal por término de 10 días, quién dentro de plazo, aportó informe manifestando: “(...) en cualquier caso el Fiscal de la Comunidad Autónoma de Aragón solicita que se dé cumplimiento al citado art. 749.2 Ley de Enjuiciamiento Civil y que se nos dé la preceptiva intervención en los eventuales tramites de admisión y/o impugnación del presente recurso de Casación Foral Aragonés, al estar ante una persona incapacitada con obligación de intervención del Fiscal.”

Por Auto de 9 de abril se admitió a trámite el recurso y se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para oposición, presentando escrito dentro de plazo la parte recurrida, quien se opuso al mismo aportando documental, y el Ministerio Fiscal quién manifestó que no existe vulneración del art. 81.1 y 3 del CDFa.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 24 de junio de 2014, no dando lugar a la admisión de los documentos aportados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada contrajeron matrimonio el 2 de diciembre de 1978, del que nacieron tres hijos, Eugenio el 7 de septiembre de 1.979, David el 19 de enero de 1984 y Carlos el 24 de julio de 1990.

La sentencia de 18 de febrero de 2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcañiz había decretado el divorcio de los cónyuges aprobando el convenio suscrito por ambos de mutuo acuerdo, en cuya virtud se atribuía a

la esposa la guarda y custodia del hijo menor Carlos y asimismo la guarda del mayor, Eugenio, afectado por el síndrome de Down; el esposo debía abonar a la esposa en concepto de pensión por alimentos de sus hijos 300 euros mensuales para Eugenio y 500 euros mensuales para Carlos, y en concepto de pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código civil la cantidad de 400 euros mensuales; el uso del domicilio conyugal, propiedad privativa del esposo, se atribuía al cónyuge (la esposa) en cuya compañía estaba el hijo menor Carlos, y Eugenio, mayor de edad pero afectado por síndrome de Down, aunque entonces no incapacitado legalmente.

El esposo interpuso demanda de modificación de medidas recayendo sentencia de primera instancia de 29 de abril de 2013 que desestimó la solicitud de supresión de la pensión compensatoria, también desestimó la petición de supresión de la atribución del uso de la vivienda a favor de la esposa y el hijo Eugenio, estimó la petición de supresión de pensión alimenticia a cargo del padre en favor del hijo Carlos en tanto siga viviendo con él, y desestimó la petición de reducción de la pensión del hijo Eugenio a cargo del padre.

Interpuso recurso de apelación el padre y la sentencia de 18 de noviembre de 2013 de la Audiencia Provincial de Teruel estimó la petición de supresión de la pensión compensatoria por convivencia de la esposa *more uxorio* con otra persona y confirmó los demás pronunciamientos de la sentencia del Juzgado.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación del padre recurso de casación por dos motivos, el primero por inaplicación del artículo 81.1º del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) sobre la atribución del uso de la vivienda conyugal, y el segundo, subsidiariamente, por infracción del artículo 81.3º del CDFA, por no establecer limitación temporal al uso de la vivienda.

La sentencia del Juzgado había desestimado la petición de supresión del uso de la vivienda conyugal por la esposa, o su limitación a un período de seis meses, por considerar que el hijo Carlos, aun siendo ya mayor de edad y, al parecer, conviviendo con su padre, seguía careciendo de independencia económica, y en cuanto al hijo mayor porque está afectado por el síndrome de

Down por el que la resolución administrativa de 21 de julio de 2008 le reconoció un grado de dependencia III, nivel 1, por lo que *“el interés más necesitado de protección es el del hijo Eugenio, y que el hecho de que el otro hijo, Carlos, que está estudiando, haya abandonado la vivienda, no implique una variación tan sustancial que justifique un cambio que afectaría a aquél, al que procede proteger en mayor medida, habiéndose asimismo acreditado documentalmente que el Sr. G. ha adquirido otra vivienda en Andorra (doc. 5 de la contestación a la demanda)”*.

La sentencia de la Audiencia Provincial argumentó que la permanencia en el hogar del hijo mayor *“obliga a considerar que el núcleo materno es el más necesitado de protección a pesar de que los demás hijos ya no convivan en ese hogar. La carga que representa familiarmente la asistencia a tal tipo de personas justifica además que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso, mientras el núcleo en el que conviva el menor no disponga de una mejor fortuna que permita prodigar al hijo un mayor bienestar del que dispone, por razones de elemental humanidad; razón por la cual se sigue afirmando que no se han modificado sustancialmente las circunstancias para justificar la extinción de la atribución pretendida; y que se justifica en este caso con carácter excepcional el no señalamiento de un límite a tal atribución, pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente”*.

TERCERO.- La parte recurrida plantea en su escrito de oposición, en primer lugar, que el recurso debe ser inadmitido conforme a lo previsto en el artículo 483.3 de la LEC puesto que sí existe doctrina jurisprudencial sentada por este Tribunal Superior de Justicia sobre el art. 81 del Código Foral de Aragón en relación a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y en relación al límite temporal de dicho derecho.

El artículo 485, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite alegar en el escrito de oposición causas de inadmisibilidad que se consideren existentes y no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal. No habiendo sido alegada anteriormente esta causa de inadmisibilidad cabe su planteamiento en este momento.

La parte recurrente alegaba en su escrito de interposición la existencia de interés casacional por lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al aplicar la sentencia recurrida normas de Derecho civil aragonés que no llevan más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

La aplicación de este último precepto en sus términos literales permitiría, sin más, la admisión del recurso interpuesto basado en infracción del artículo 81.1 y artículo 81.3 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), porque lo que se exige es que se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor (lo que no se discute) *“siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”*.

Se corresponde con lo dispuesto en el artículo 477.3, primer párrafo, de la LEC al afirmar la presencia de interés casacional cuando se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor siempre que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. El párrafo segundo del artículo 477.3 de la LEC solo precisa que lo anterior se refiera a doctrina del Tribunal Superior en los casos atribuidos a su competencia por tratarse de normas de Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

Es decir, parecería que la posible existencia de tal doctrina jurisprudencial debe referirse a normas anteriores, no a las vigentes con menos de cinco años, que no necesitarían otro requisito que la constatación de que no llevan más de ese tiempo en vigor.

El Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal enumera en su apartado I las causas de inadmisión de los recursos y en el número 7 del mismo, para los recursos de casación por razón de interés casacional, que hayan transcurrido cinco años o más desde la entrada en vigor de la norma aplicada, en los términos expuestos en el apartado III.3 del Acuerdo, o exista jurisprudencia en el momento de dictarse la sentencia recurrida sobre el problema jurídico planteado o sobre normas de igual o similar contenido que determine la inexistencia de interés casacional en la resolución del recurso. Y también, en la aplicación de norma con menos

de cinco años de vigencia, por la desaparición sobrevenida del interés casacional en la resolución del recurso por haberse resuelto por la jurisprudencia después de la fecha de la sentencia recurrida el problema jurídico planteado en contra del criterio propugnado por la parte recurrente.

El apartado III.3 del Acuerdo exige al recurrente identificar el problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia y que ha sido resuelto o debió serlo mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia, y aclara que no concurre interés casacional cuando en el momento de dictarse la sentencia recurrida exista ya jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.

La parte recurrida cita tan solo una sentencia de esta Sala para argumentar la existencia de doctrina jurisprudencial, y por ello la falta de interés casacional, lo que formalmente es suficiente para rechazarlo porque la existencia de doctrina jurisprudencial exige reiteración mediante, al menos, dos sentencias en igual sentido. Además, dicha sentencia nº 32/2013, de 11 de julio, recurso 8/2013, es simplemente transcrita sin indicar concretamente la forma en que resuelve el problema planteado que excluiría el interés casacional. Y, sobre todo, se refiere esa sentencia a la aplicación del artículo 81.1 del CDFA en los supuestos de custodia compartida (que en aquél caso no se cuestionaba) para justificar la atribución del uso de la vivienda familiar en función de la mayor o menor dificultad en el acceso a una vivienda, pero ahora la propia parte recurrida se opone en el segundo de sus motivos de oposición a la aplicación de este precepto por considerar que no hay tal supuesto de custodia compartida dado que el único hijo bajo custodia es Eugenio y se encuentra bajo la custodia individual de la madre. Así lo aprecia también el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso considerando que no parece aplicable el artículo 81.1 sino el artículo 81.2 del CDFA.

En el presente caso, a diferencia de lo resuelto en la sentencia citada, se cuestiona la existencia de custodia compartida, y por ello la aplicación del artículo 81.1 del CDFA, por lo que en ningún caso se justifica que haya sido resuelto el problema planteado por jurisprudencia de la Sala y, en consecuencia, debe rechazarse en este trámite el motivo de inadmisibilidad planteado.

CUARTO.- El primer motivo del recurso, por inaplicación del artículo 81.1 del CDFA, inicia su planteamiento argumentando que, conforme a dicho precepto, en los casos de custodia compartida el uso de la vivienda se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda, y en el presente caso se ha atribuido el uso de la vivienda familiar, privativa del padre, al núcleo materno por tener a su cargo al hijo Eugenio, aquejado de síndrome de Down, obviando que la madre tiene a su disposición y en propiedad otra vivienda más nueva que la que ocupa.

Sigue argumentando la parte recurrente que en este supuesto de custodia “repartida”, en que el hijo Carlos vive con su padre y el hijo Eugenio con su madre, debe atenderse al indicado criterio legal que exige valorar cuál de los progenitores por razones objetivas tiene más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá en función del mejor interés para las relaciones familiares. Por lo tanto –continúa el recurrente- se ha basado la atribución del uso de la vivienda en el interés más necesitado de protección (el de la madre con el hijo mayor a su cargo, afectado por el síndrome de Down), y no se ha seguido el criterio legal del artículo 81.1 que es el del progenitor con más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, según el mejor interés para las relaciones familiares.

La parte recurrente parte de la premisa de esa denominada custodia “repartida” en la que el hijo mayor incapacitado vive con la madre y el hijo de 23 años vive con su padre, que considera asimilable al supuesto de custodia compartida contemplado en el artículo 81.1 del CDFA, pero tal premisa no resulta aceptable.

El actor había solicitado en su demanda de modificación de medidas que se le atribuyera la guarda del hijo Eugenio, aquejado de síndrome de Down, pero, según se hace constar en el fundamento primero de la sentencia del Juzgado, en el acto de la vista (celebrado el 23 de octubre de 2012) renunció a tal solicitud a la vista de que el hijo no estaba incapacitado judicialmente. Sobre este extremo la sentencia de primera instancia no hizo declaración expresa por lo que la situación quedaba en los términos señalados en la sentencia de divorcio de 18 de febrero de 2008, con el hijo a cargo de la madre.

Ya en el trámite del recurso de casación, ante la afirmación de la parte recurrente de que el hijo mayor había sido incapacitado, se requirió la aportación de la sentencia y fue traída a los autos la dictada el 23 de febrero de 2013 en la que se declara que *“Eugenio es absolutamente incapaz de gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes quedando sujeto a la misma situación jurídica en que se encuentra legalmente un menor de edad no emancipado, con privación del derecho de sufragio activo y pasivo”*. Y continúa diciendo el fallo que *“el incapacitado quedará sometido al régimen de patria potestad rehabilitada, la cual se ejercerá conjuntamente por Dña. Dolores V.G. y por D. Ramón G.G., respectivamente madre y padre del incapaz, de modo análogo a la patria potestad”*.

En definitiva, el hijo Eugenio quedó en la situación de un menor de edad no emancipado conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación (artículo 39 del CDFA), siendo rehabilitada la autoridad familiar y ejercida por ambos progenitores (artículos 42 y 44 del CDFA) y, según se ha dicho, bajo la guarda de su madre.

El tercero de los hijos, Carlos, ya era mayor de edad en el momento de la presentación de la demanda de modificación de medidas, aunque no tuviera independencia económica, y el hecho de que hubiera ido a vivir con su padre no asimila su situación a la de persona sujeta a guarda y custodia.

Así pues, el único régimen de custodia a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar era el del hijo Eugenio, a cargo de la madre, por lo que no puede ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 81.1, previsto para los casos de custodia compartida, sino el del artículo 81.2 para la custodia individual, en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar a quien le corresponda la custodia de los hijos, en este caso la del hijo Eugenio.

La sentencia de primera instancia no cita el artículo 81 del CDFA y atribuye el uso de la vivienda a la madre en función del interés más necesitado de protección, el del hijo mayor. Hubiera bastado la invocación del principio general del artículo 81.2 (atribución del uso a quien tiene la custodia de los hijos, que por definición –artículo 80.1- se refiere a la de los menores o incapacitados), pero en definitiva la apelación al interés más necesitado responde a la *ratio* del precepto en los supuestos de existencia de hijos cuya custodia corresponde a uno solo de los progenitores. Y, de la

misma forma, la sentencia de apelación tampoco cita precepto alguno pero se refiere igualmente al núcleo materno más necesitado de protección.

En consecuencia, no se ha producido la alegada infracción por inaplicación del artículo 81.1 del CDFA pues no era el precepto pertinente dado que el supuesto de hecho del mismo es una custodia compartida que en este caso no existía, llevando a la parte recurrente en el desarrollo de este motivo a la errónea argumentación sobre la mayor o menor facilidad de acceso a la vivienda, solamente prevista para los supuestos de custodia compartida.

Por todo ello se rechaza el primer motivo del recurso.

QUINTO.- El segundo de los motivos del recurso alega infracción del artículo 81.3 del CDFA por no limitar temporalmente la sentencia recurrida el uso de la vivienda familiar.

La sentencia expresamente rechaza la limitación temporal en este caso “con carácter excepcional” por no existir perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente, y a ello se opone el recurrente porque este precepto impone una limitación temporal en función de las circunstancias concretas de cada familia. Como circunstancias a tener en cuenta para la limitación temporal, que concreta ahora en un año, señala la convivencia del hijo Carlos con su padre, su falta de independencia económica en tanto el hijo Eugenio percibe una pensión no contributiva de 367 euros además de la pensión de 347 euros que percibe de su padre, que el piso que ocupa la madre es privativo del padre tras la liquidación del patrimonio común, que la madre tiene otro piso de su propiedad en Andorra que usa en precario la hija de una amiga, y que el piso que ocupa el padre junto con su pareja y una hija de ésta, además del hijo Carlos, es pequeño.

Opone la madre en su escrito de oposición que, como señala la sentencia recurrida, el interés más necesitado de protección es el de la madre con el hijo mayor y que, aun siendo cierto que la Sra. V. dispone de otro piso en Andorra, ya era así en el momento del divorcio y que, por otro lado, el padre dispone del piso situado encima del que ocupa la madre, de igual superficie, y de otro que adquirió con su actual pareja en febrero de 2012 lo

que, junto con su buena situación económica, justifica que no se señale limitación temporal al uso de la vivienda por parte de la madre con su hijo mayor.

El Ministerio Fiscal, por su parte, se opone también a la limitación temporal del uso de la vivienda porque según la jurisprudencia de esta Sala (cita la sentencia 1/2013, de 4 de enero, recurso 35/20112) el artículo 81.3 del CDFA está pensado para la custodia compartida y no para la custodia individual.

Debe salirse al paso del anterior argumento del Ministerio Fiscal basado en la sentencia citada porque, como se desprende de la lectura de los párrafos transcritos de la misma, se resolvía en ellos el motivo de aquél recurso basado en la inaplicación del artículo 81.4 y, en todo caso, aplicación errónea del artículo 81.3, y se descartaba la aplicación del primero, referido a la necesidad de acordar la venta de la vivienda común en los supuestos de custodia compartida, porque tal pronunciamiento entraría dentro de los que discrecionalmente corresponden al tribunal de instancia. Y en cuanto a la aplicación del artículo 81.3, se dice en la sentencia que la fijación del lapso temporal concreto entrará también dentro de los pronunciamientos discrecionales de la instancia, pero no lo limita a los supuestos de custodia compartida. En aquél caso concreto se había establecido, precisamente, una custodia individual de los hijos a cargo de la madre y se discutía sobre el plazo de uso establecido en su favor, que el padre consideraba excesivamente largo.

La dicción del artículo 81.3 no deja lugar a dudas de que la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los progenitores *“debe tener una limitación temporal”*, sin excepción. El plazo podrá ser más o menos dilatado a juicio del tribunal de instancia en función de *“las circunstancias concretas de cada familia”*, pero debe ser establecido. Por la sistemática del artículo 81 se deduce que el apartado 3 es de aplicación tanto a los supuestos de custodia compartida previstos en el apartado 1 como a los de custodia individual del apartado 2. Y es en estos casos de custodia individual cuando la limitación temporal viene exigida con más habitualidad pues, como se dice en la sentencia de esta Sala nº 26/2012, de 13 de julio, casación 10/2012, en un supuesto de custodia individual, *“...el legislador aragonés no ha querido dejar*

en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda”.

Otros supuestos de limitación temporal del uso, correspondiendo la custodia individual a uno de los progenitores, se recogen en las sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2012 (recurso 26/2012), 7 de febrero de 2013 (recurso 36/2012), 11 de febrero de 2013 (recurso 44/2012), y 30 de abril de 2013 (recurso 59/2012), en todos los cuales se destaca el carácter discrecional de la decisión al respecto y, al mismo tiempo, la necesidad legalmente impuesta de fijar la limitación de uso atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia.

Ya han quedado expuestas algunas de estas circunstancias presentes en el presente recurso, de forma esencial la situación del hijo mayor a cargo de la madre, que determinó en ambas sentencias la justificación de la atribución del uso de la vivienda como forma de mejor protección al mismo. A lo ya expuesto antes a este respecto cabe añadir que no puede justificarse esta medida únicamente en las dificultades que este hijo tendrá para ser capaz de llevar una vida independiente, pues tal dificultad habrá de ser asociada a la necesidad de mantener durante todo ese tiempo la obligación de los padres de atender a todas las necesidades del hijo, lo que se traduce en obligaciones de cuidado y atención personal, y económicas. En el plano económico es la pensión alimenticia la que atenderá a todas estas necesidades durante todo el tiempo que sea necesario, contribuyendo los padres de forma proporcional a sus medios. Los ingresos del hijo consisten en 312,43 euros mensuales según la comunicación de revalorización de pensiones en el año 2007 que obra como documento nº 3 aportado con el escrito de reconvencción (357 euros mensuales hoy según el padre), más 333 euros que mensualmente recibe (año 2012) de su padre.

Entre estas necesidades se encuentra, evidentemente, la de vivienda pero ésta no ha de ser vinculada de forma indefinida a uno solo de los

progenitores sino que habrá de atenderse al resto de las circunstancias concurrentes en el caso.

En definitiva, la falta de fijación de un plazo al uso de la vivienda supone una infracción del artículo 81.3 del CDFA y por ello el motivo del recurso debe ser estimado y casada la sentencia en este punto.

SEXTO.- Como consecuencia de la casación de la sentencia recurrida debe esta Sala asumir la instancia y decidir el plazo a señalar en el uso de la vivienda por parte de la madre con el hijo mayor, atendiendo a las circunstancias de la familia.

Las circunstancias personales se recogen en las sentencias de primera instancia y de apelación y aprecian una situación holgada del padre, que además de la pensión a su hijo Eugenio mantiene a su hijo Carlos, y una situación más difícil de la madre que perdió su trabajo en la empresa familiar, sin unos ingresos regulares conocidos. Convive con otra persona y por tal motivo le fue suprimida la asignación compensatoria que percibía del padre.

La madre dispone de otra vivienda privativa en Andorra y, según lo pactado en el convenio de divorcio de 18 de diciembre de 2007 (documento nº 3 de la demanda), además de lo obtenido en la liquidación del patrimonio común en escritura de 3 de julio de 1991 (cláusula sexta del convenio), recibió un porcentaje en las participaciones sociales en ATELEC S.L., más 44.500 euros por su parte en un solar en Andorra y el uso compartido con el padre de un chalet en Peñíscola.

El padre es propietario, además de las participaciones sociales de la empresa y del solar en Andorra, de la vivienda y garaje que ocupan la madre y su hijo Eugenio en Plaza ..., de Andorra, de otra igual en el piso 2º del mismo inmueble, y de otra más en Andorra adquirida en febrero de 2012.

Ha de valorarse, con todo lo anterior, el hecho de que la vivienda ocupada por la madre es privativa del Sr. G., lo que le debe permitir en un plazo determinado obtener los beneficios económicos derivados de tal propiedad.

Se tienen en cuenta las anteriores circunstancias a los efectos de señalar un plazo durante el que haya de permanecer adjudicado a la Sra. V. el uso de la vivienda. Ponderando todo ello, se considera adecuado que el uso

se limite a cinco años desde la fecha de esta sentencia, tiempo durante el cual puede la Sra. V. aprovechar los rendimientos de la vivienda de su propiedad y, al mismo tiempo, prepararse para abandonar la actual y ocupar la que constituya su domicilio futuro.

SEPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación parcial del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis Barona Sanchís, en nombre y representación de D. Ramón G. G., contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel, que casamos parcialmente en el sentido de limitar a cinco años desde la fecha de esta sentencia el uso de la vivienda adjudicada a D^a. Dolores V. G., con su hijo Eugenio, en Plaza ..., de Andorra.

Sin imposición de las costas del recurso.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

Devuélvase las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.