

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 39 de 2014

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

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

En Zaragoza, a diecisiete de febrero dos mil quince.

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 39/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 10 de junio de 2014, en el rollo de apelación número 217/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas 330/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, en el que es parte recurrente D^a. María Remedios G. C., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Pilar Artero Fernando y dirigida por la

Letrada D^a. Noé Gabás Soria, y como parte recurrida D. Eusebio R. G., en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras, actuando en nombre y representación de D. Eusebio R. G., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza demanda de modificación de medidas contra D^a. María Remedios G. C. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando que previos los trámites legales pertinentes se dicte sentencia por la que se modifique la sentencia del juicio de Divorcio precedente, en el sentido de establecer lo siguiente:

“-Que, en lo que se refiere al régimen de comunicación, visitas y vacaciones paterno-filial, se establezca lo siguiente:

Mi mandante podrá disfrutar de la compañía del hijo común todos los fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes (o, en su caso, desde las 17 horas del viernes) hasta el lunes, en que el padre deberá reintegrarlo al colegio (en otro caso, a las 10 horas del lunes).

Y ello, en el entendimiento de que, a dichos fines de semana, se añadirán los festivos que se unan a los mismos, conformando los denominados “puentes”, de tal forma que el fin de semana se iniciará desde la salida del último día lectivo o concluirá el día de reanudación de las clases.

En todos aquellos casos en los que la entrega o recogida del menor no pueda realizarse en el centro escolar, se dispone la intervención del PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR, sito en la zaragozana calle Blasón Aragonés, núm. 6.

Asimismo, el progenitor paterno podrá permanecer en compañía del hijo común el 50% de los períodos vacacionales de verano, Semana Santa, Navidad y fiestas del Pilar. Debiendo considerarse que -como quiera que mi patrocinado solo dispone de vacaciones laborales en el mes de agosto- el

mismo tenga prioridad de elección, a propósito de la mitad de las vacaciones de verano que desee disfrutar con el hijo.

- Que se fije la suma de 200€ mensuales, en concepto de alimentos del hijo común, que mi mandante deberá ingresar con carácter anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro que, a tal efecto, designe la esposa.

Cantidad que se actualizará, anualmente, de conformidad con el IPC que publique el INE, u organismo que, en el futuro, pudiera sustituirlo.

- Que el uso del que fuera domicilio conyugal a favor de la esposa y del hijo común, quede limitado al plazo de un año, a contar desde la interposición de esta demanda (o bien, que dicho uso se extinga en el momento en el que se practique la liquidación de la sociedad consorcial), debiendo la esposa abandonarlo transcurrido dicho plazo.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal emplazándolos para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

El Ministerio Fiscal compareció en tiempo y forma.

La Procuradora de los Tribunales Sra. Artero Fernando, en nombre y representación de D^a. María Remedios G. C. presentó escrito contestando a la demanda planteada de contrario, solicitando “se desestime la misma en cuanto a la petición económica que se solicita y el uso del domicilio conyugal, así como respecto a la intervención del P.E.F., mostrando conformidad respecto al régimen de visitas planteado, y vacacional solicitado, con expresa condena en costas al actor”.

Solicitó por otrosí la práctica de prueba anticipada.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: 1.- Estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas presentada por D. Eusebio R. G. contra Dña. María Remedios G. C. Por tanto:

1.1.- En defecto de acuerdo las visitas y vacaciones entre padre e hijo desde la fecha de esta resolución serán:

- en fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes hasta el lunes por la mañana; D. Eusebio se encargará de llevar al hijo al colegio al comienzo de su horario lectivo; la entrega, en otro caso, se hará a las 10 horas.

- para ambos progenitores: caso de poder unirse el fin de semana un puente festivo escolar se extenderá desde la salida del colegio del día de inicio del puente o, en su caso, tendrán lugar hasta el inicio del colegio el día de su finalización.

- en vacaciones de verano se dividirá el mes de agosto en dos quincenas. Elegirá el padre en años pares y la madre en años impares. La elección se efectuará antes de cada uno de mayo.

- las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.

- las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

-Las fiestas del Pilar y puente de la Constitución se dividirán por mitad.

-las entregas, fuera de las que coincidan con entrada o salida del colegio, se efectuarán en el domicilio materno.

-todos los periodos vacacionales (en su caso, fiestas del Pilar y puente de la Constitución), interrumpen la alternancia de los fines de semana.

2.- La pensión de alimentos, desde la próxima mensualidad de abril, queda fijada en 340 euros mensuales.

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 (diciembre-diciembre).

Esta cantidad se hará efectiva en la cuenta designada por Dña. María Remedios y en los cinco primeros días de cada mes.

3.- Dña. María Remedios continuará en el uso del domicilio familiar hasta el último día de junio de 2018. En defecto de acuerdo deberá desalojarlo en dicha fecha.

4.- No hago especial pronunciamiento sobre costas”.

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Artero Fernando en nombre y representación de D^a. María Remedios G. C. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose al mismo e impugnando la sentencia. Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, con fecha 10 de junio de 2014 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a. María Remedios G. C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 5 de Zaragoza, el 3 de marzo de 2014, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la recurrente al que se le dará el destino legal de procedencia”.

QUINTO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Pilar Artero Fernando, en nombre y representación de D^a. María Remedios G. C., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo: primer motivo: vulneración del artículo 76.2 del Código del Derecho Foral de Aragón; segundo motivo: vulneración del artículo 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón; tercer motivo:

vulneración del artículo 81.3 del Código del Derecho Foral de Aragón; cuarto motivo: de común aplicación a los anteriores motivos de recurso.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente a quien pasaron las actuaciones para resolver.

Por providencia de 31 de julio la Sala acordó: “En el primer motivo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a M^a Remedios G. C. se observa que no se alega norma concreta que se entienda infringida. Limita su argumentación a la invocación del principio general de adopción de medidas que afecten a los hijos menores siempre en atención a su beneficio o interés recogido en el artículo 76.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, y bajo tal cobertura general efectúa alegaciones que no guardan relación con lo expuesto en la sentencia recurrida, pues la sentencia impugnada ningún pronunciamiento contiene sobre que sea mejor o peor para el menor que cese el uso de la vivienda por parte de la madre en el año 2018.

El segundo de los motivos del recurso de casación viene fundado en la infracción del artículo 81.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, pero su contenido parte de un pronunciamiento que la sentencia no ha hecho, como es el que afirma la parte que a partir de de 2018 la atribución del uso de la vivienda se hace a favor del padre.

Una y otra de las razones expuestas pueden dar lugar a la inadmisión de tales motivos del recurso de casación, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con carácter previo a resolver sobre la posible inadmisión de ambos motivos de recurso se da traslado a las partes personadas para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente”.

Dentro de plazo, las partes presentaron sus escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal “que no se puede invocar la infracción del art. 81.2 porque no hay afección desfavorable en la resolución de la SSAPZ 261/2014, 10 junio, sección segunda ni en la SJPIZ 5 145/2014, 3 marzo (Art. 483.2.1^a LEC)”.

Por Auto de 3 de octubre de 2014, la Sala acordó admitir a trámite los motivos tercero y cuarto, e inadmitir los motivos primero y segundo, confiriendo traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

Dentro de plazo el Ministerio Fiscal presentó escrito de apoyo al recurso de casación foral “estimando la asignación de la vivienda familiar a la madre (custodia del menor) hasta la mayoría de edad del menor”.

Por providencia de 12 de diciembre de 2014, no habiendo comparecido D. Eusebio R. G. ni hechas alegaciones y no habiéndose solicitado la celebración de vista ni considerándola necesaria por la Sala se señaló para votación y fallo el día 28 de enero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En sentencia del día 22 de enero de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza se acordó la disolución por divorcio del matrimonio celebrado el día 27 de agosto de 1999 entre los litigantes, don Eusebio R. G. y doña María Remedios G. C., en el que había nacido un hijo, Iñaki R. G. el día 4 de agosto de 2006.

En los aspectos relevantes a efectos de resolución del presente recurso de casación, la madre quedó encargada de la guarda y custodia del hijo menor, y el uso de la vivienda familiar, sita en Zaragoza, fue atribuido a favor de la madre e hijo hasta que éste alcanzara independencia económica.

Incoado por iniciativa de don Eusebio el presente procedimiento de modificación de las medidas acordadas en la sentencia antes citada, el mismo Juzgado dictó sentencia el día 3 de marzo de 2014, que fue apelada por la demandada, en recurso que la Audiencia Provincial desestimó en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 10 de junio de 2014. De manera que, respecto de lo que es objeto ahora de recurso, la atribución del uso del domicilio familiar queda atribuido a la madre hasta el día 30 de junio de 2018, y no, como inicialmente se acordó, hasta la independencia económica del hijo.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se formula por la demandada y apelante 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.- De los dos motivos de casación admitidos a trámite, parece más conveniente comenzar con la resolución del numerado como cuarto, relativo a si existió no modificación de circunstancias que permita alterar los pronunciamientos contenidos en la sentencia de divorcio dictada el día 22 de enero de 2009, ya que su estimación supondría la denegación de cualquier variación de las medidas y, por tanto, conllevaría la imposibilidad de conocer del motivo tercero, referente a si es procedente fijar un término concreto al uso de la vivienda familiar que es atribuido a la madre e hijo.

El motivo cuarto del recurso recoge como razón de la impugnación la indebida aplicación de la previsión contenida en los artículos 77 y 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), con cita de los artículos 91 y 100 del Código Civil, porque, en tesis del recurrente, no se ha producido en el supuesto de autos una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se dictó la sentencia de divorcio. En consecuencia con la ausencia de modificación de las circunstancias, entiende la parte que no cabe alterar el pronunciamiento de aquella sentencia de divorcio en el extremo concreto referido a la limitación temporal de uso de la vivienda familiar, sino que debe respetarse la atribución a la madre hasta que el hijo alcance su independencia económica.

A lo largo del motivo de recurso, la parte enumera distintas consideraciones respecto de la inexistencia de alteración relevante de las circunstancias relativas tanto a la situación económica de los progenitores, como a las necesidades y recursos del menor. Expone, en definitiva, una serie de valoraciones sobre el resultado de la prueba obrante en autos que altera las obtenidas en la sentencia recurrida, y concluye partiendo de unos hechos probados distintos de los considerados en la resolución dictada en la

Audiencia Provincial y, por su aceptación expresa en ella, de los valorados en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Esta pretensión de la parte de que se modifique la resultancia fáctica concretada en la resolución impugnada es inadmisibles en vía de este recurso de casación, como señalan reiteradamente sentencias de esta Sala (por ejemplo sentencia 43/2014, de 8 de octubre, o 12/2014, de 4 de marzo), y del Tribunal Supremo (por ejemplo, sentencia 77/2014, de 3 de marzo, o 199/2014, de 2 de abril). En el ámbito del recurso de casación en que se dicta la presente sentencia debe estarse al objeto delimitador de esta vía de impugnación recogido en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la comprobación de si ha existido infracción de norma sustantiva aplicable. Pero no recoge que pueda tener lugar un nuevo estudio sobre el resultado de la prueba valorado en las sentencias de instancia, como pretende la parte en su escrito de recurso. Por el contrario, salvo casos excepcionales, y previa su presentación por la vía impugnativa de la infracción procesal, no empleada ahora, debe estarse a los hechos probados constatados como tales en la sentencia recurrida y, en lo que por ella sean aceptados, de la previamente dictada por el Juzgado de Primera Instancia. De modo que, consecuentemente, en la medida en que las argumentaciones formuladas ahora parten de hechos distintos de los considerados acreditados en la resolución impugnada, no cabe aceptarlas, por partir de un supuesto de la cuestión distinto del que este Tribunal de Casación viene obligado a respetar.

En aplicación de la legislación y doctrina expuestas debe, por tanto, desestimarse el motivo de recurso ahora estudiado.

TERCERO.- El motivo de casación numerado como tercero se enuncia por vulneración del artículo 81.3 del CDFA y contiene, como ocurría en el motivo cuarto, una serie de referencias sobre el resultado de la prueba practicada que, por idénticas razones que las expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, procede rechazar como habilitantes para casar la sentencia.

Además, se argumenta en el motivo de recurso que el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que fijó la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del progenitor custodio fue tomado por razón del acuerdo de las partes plasmado en el convenio regulador, de modo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 81.3 del CDFA, debe estarse a tal acuerdo, pues tal precepto prevé, expresamente, “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”.

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, la atribución del uso del domicilio conyugal se regía por las previsiones contenidas en el artículo 96 del Código Civil, cuyo apartado primero no contenía disposición alguna sobre necesaria limitación temporal de tal atribución a los hijos menores y cónyuge en cuya compañía quedaran. Bajo la vigencia de tal norma es como los litigantes pactaron en su convenio regulador, luego aprobado por la sentencia de divorcio, que “El domicilio conyugal se asigna a la esposa hasta que el hijo alcance independencia económica (...)”.

Después de dictada la sentencia de divorcio, entró en vigor la referida Ley de Aragón 2/2010, cuyo artículo 7.3 (luego reproducido en el artículo 81.3 del CDFA) recoge una importante novedad sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, como lo es que tendrá una limitación temporal, bien acordada por las partes, bien fijada por el Juez en atención a las circunstancias concretas de cada familia. Esta nueva regulación (de plena aplicación ahora por virtud de lo previsto en las Disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA) no pudo, evidentemente, ser tenida en cuenta por los cónyuges cuando acordaron su convenio regulador. Ante esta situación, como ya indicó sentencia de esta Sala del día 12 de octubre de 2014, debe valorarse que, como la limitación temporal del uso de la vivienda, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo antes de la Ley 2/2010 “el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de

forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal”.

Consecuentemente, al igual que en tal sentencia se concluyó, si existe un cambio de circunstancias que determine a modificar el convenio inicialmente aprobado, su cambio puede y debe alcanzar también a lo pactado respecto del uso de la vivienda familiar. De modo que la sentencia que así lo aprecia no infringió la previsión legal ahora vigente que se aduce como motivo de recurso, por lo que debe ser desestimada tal razón de impugnación.

CUARTO.- Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, 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 doña M^a Remedios G. C. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 10 de junio de 2014 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente a la recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

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.