ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA CIVIL Y PENAL

ZARAGOZA

Recurso de Casación num. 36 de 2015

**S E N T E N C I A NUM. TREINTA Y TRES**

**Excmo. Sr. Presidente /**
**D. Manuel Bellido Aspas /**
**Ilmos. Sres. Magistrados /**
**D. Fernando Zubiri de Salinas /**
**D. Javier Seoane Prado /**
**D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /**
**Dª. Carmen Samanes Ara /**

En Zaragoza, a dieciséis de octubre de 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 36/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 12 de mayo de 2015 recaída en el rollo de apelación número 204/2015, dimanante de autos de Divorcio 619/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Antonio O. C. , representado por la Procuradora

de los Tribunales Dª. Beatriz Vitoria Alebesque y dirigido por el Letrado D. Jesús Emilio Ruiz Marquina, y como parte recurrida, Dª. Rosa Isabel S. L. , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Mª Eugenia Lostal Prada y dirigida por el Letrado D. Fernando Esteras Duce.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales Dª. Mª Eugenia Lostal Prada, actuando en nombre y representación de Dª. Rosa Isabel S. L. presentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, demanda de Divorcio contra D. José Antonio O. C. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que "estimando la presente demanda, decrete el divorcio interesado con las medidas interesadas acorde con el Plan de Relación Familiar interesado, con expresa imposición de las costas procesales al demandado si se opusiere."

Por otrosí se solicitaron medidas provisionales.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma.

El demandado dentro de plazo, compareció en autos, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y formulando demanda reconvencional, siendo de aplicación los hechos y fundamentos de derecho expuestos, y solicito que, previos los trámites de legal aplicación, dicte sentencia "acordando el Divorcio de los cónyuges y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, sin limitaciones al uso de la vivienda que fuera conyugal ni fijación de pensión compensatoria para ninguno de los cónyuges."

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El Juzgado de Primera Instancia nº Seis dictó Auto con fecha 27 de octubre de 2014, en el que se acordó no haber lugar a la admisión a trámite de la reconvención formulada.

Previos los trámites legales y practicadas las pruebas que fueron admitidas, se dictó sentencia en fecha 5 de diciembre de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *"FALLO: Que estimo la demanda de divorcio interpuesta por la Procuradora Dª María Eugenia Lostal Prada en nombre y representación de Dª Rosa Isabel S. L. contra D. José Antonio O. C., y en su virtud, debo declarar y declaro el divorcio, y por ende, la disolución del matrimonio formado por los cónyuges Dª Rosa Isabel S. L. y D. José Antonio O. C. al existir causa legal para ello, que se regirá por las siguientes medidas: 1)Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en C I. del T. nº 17, 5º A de Zaragoza a Dª Rosa Isabel S. L. hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial, requiriendo al esposo para que la deje vacua de sus propios enseres y ropas personales. 2) Se establece una pensión compensatoria a cargo de D. José Antonio O. C. y en beneficio de Dª Rosa Isabel S. L. de 250 € al mes durante 12 meses y se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en el domicilio o cuenta bancaria que Dª Rosa Isabel S. L. designe y será actualizada anualmente en función de las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya. 3) Se declara la disolución del consorcio conyugal debiéndose proceder a su liquidación. Todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes."*

**TERCERO.**- Interpuesto por la Procuradora Sra. Vitoria Alebesque en nombre y representación de D. José Antonio O. C. , recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose esta última.

**CUARTO.-** Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*"FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por* ***Don José-Antonio O. C.*** *frente a la Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza en Autos de Divorcio Contencioso número 619/2014, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución añadiendo únicamente en el punto primero del Fallo que el uso del domicilio familiar a favor de la actora no podrá exceder de dos años desde la fecha de la Sentencia recaída en Primera Instancia.*

*No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso."*

**QUINTO.-** La representación legal de D. José Antonio O. C. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, por vulneración de los artículos 81, 83 y 244 del CDFA y de los artículos 96, 97 y 103 del Código Civil.

**SEXTO**.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por Auto de fecha 2 de julio de 2015, se acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo.

En fecha de 2015 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 1de octubre de 2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Antecedentes relevantes

**PRIMERO.-** Son relevantes para la resolución del recurso los siguientes hechos y actos procesales, acreditados en las instancias:

1.- Don José Antonio O. C. y Doña Rosa Isabel S. L. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 20 de septiembre de 2008. El régimen económico matrimonial es el del consorcio conyugal aragonés.

2.- De dicho matrimonio no ha habido descendencia.

3.- Instada demanda de divorcio por la representación de la esposa, el magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Zaragoza, tras el trámite procesal correspondiente, dictó sentencia el 5 de diciembre de 2014 que declaró el divorcio de los citados cónyuges, atribuyó el uso del domicilio familiar a Doña Rosa Isabel hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial, estableció una pensión compensatoria a cargo de Don José Antonio y en beneficio de Doña Rosa Isabel de 250 euros mensuales durante doce meses, y declaró la disolución del consorcio conyugal.

4.- Recurrida en apelación por la representación de Don José Antonio, dicha sentencia ha sido revocada parcialmente por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 12 de mayo de 2015, que estima parcialmente el recurso en cuanto al punto primero del fallo, añadiendo únicamente que el uso del domicilio familiar a favor de la actora no podrá exceder de dos años desde la fecha de la sentencia recaída en primera instancia, desestimando el recurso en cuanto al resto de las pretensiones revocatorias, que se referían a la improcedencia de la pensión compensatoria y a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

**Motivos del recurso**

**SEGUNDO.-** La representación procesal de D. José Antonio O. C. ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que funda en tres motivos. Todos ellos invocan la infracción de normas de derecho sustantivo aragonés, aunque los dos primeros denuncian también la infracción de disposiciones del Código civil general, en la forma que posteriormente se analizará.

El recurso de casación fue admitido a trámite por auto de 2 de julio de 2015.

**Examen del primer motivo del recurso de casación**

**TERCERO.-** El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 81 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA, en lo sucesivo) y 96 del Código civil (CC) respecto al uso de la vivienda conyugal, estimando el recurrente que no concurre entre los litigantes interés preferente de protección de uno frente al otro, por lo que entiende improcedente la atribución del dicho uso a la ex esposa.

En defensa de esa afirmación la parte recurrente formula diversas reflexiones sobre las retribuciones de cada uno de los litigantes, además de exponer que el desarrollo de la actividad laboral del Sr. O. y el hecho de estar actualmente cursando estudios en la Universidad le imposibilitan para realizar cualquier otra actividad remunerada.

**CUARTO.-** Para resolver el motivo es necesario, en primer lugar, determinar la regulación aplicable al caso y a la pretensión ejercitada respecto al uso de la vivienda que fue conyugal.

Siendo los cónyuges aragoneses –hecho que no se discute- el régimen jurídico que lo regía mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el derecho civil aragonés, contenido en el CDFA. Así resulta del art. 14, en relación con el 9.2, ambos del CC.

El CDFA regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal. Así se recoge en el art. 81.

Sin embargo este precepto se incluye en el libro primero (derecho de la persona), título segundo (de las relaciones entre ascendientes y descendientes), capítulo segundo (deber de crianza y autoridad familiar) y sección tercera (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, está previsto para regular las consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero en casos como el presente, en el que consta que del matrimonio entre Don José Antonio y Doña Rosa Isabel no hubo descendencia, no existe regulación propia en derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas

contenidas en el Código civil general, en concreto el art. 96, respecto al uso de la vivienda conyugal.

Ante la inaplicabilidad al caso de la norma aragonesa, hemos de resolver el motivo de recurso analizando si la sentencia recurrida ha infringido el art. 96 del CC, también invocado en el recurso, y para lo cual esta Sala es competente dados los términos en que se expresan el art. 73.1 LOPJ y el art. 478.1, segundo párrafo, de la LEC.

**QUINTO.-** El art. 96 del CC previene que **"***En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

*Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.*

*No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*

*Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".*

En el caso de autos es de aplicación el párrafo tercero, y conforme a él corresponde a los tribunales de instancia la determinación de quién sea el cónyuge cuyos intereses son más necesitados de protección, atendida la prueba practicada, cuya valoración es competencia de estos tribunales. Una vez decidido ese interés más protegible, compete también a las instancias fijar el plazo de uso exclusivo, de modo prudencial.

Al respecto la jurisprudencia del TS ha fijado el criterio de que se trata de una actividad jurisdiccional que el legislador deja al criterio discrecional de los tribunales de instancia, no siendo su decisión revisable en casación, salvo que se aprecie arbitrariedad: Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 11-11-2013, nº 707/2013, rec. 2590/2011; y Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 14-11-2012, nº 700/2012, rec. 785/2010.

La sentencia recurrida expresa las razones por las cuales considera en el caso más necesitado de protección el interés de Doña Rosa Isabel, en razonamientos que se ajustan a la lógica y no aparecen como arbitrarios.

Los razonamientos que formula la defensa de la parte recurrente en apoyo de su recurso relativos a los ingresos de su patrocinado son contrarios a los hechos probados, al afirmar la imposibilidad de que éste tenga otros ingresos que su sueldo como celador, y esta forma de argumentar hace inviable el motivo, por cuanto el recurso de casación ha de formularse con respeto a los hechos probados en las instancias: Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 22-1-2015, nº 20/2015, rec. 1249/2013, y las en ella citadas.

Por todo lo expuesto el motivo se desestima.

**Examen del segundo motivo del recurso de casación**

**SEXTO.-** Articula la parte recurrente este segundo motivo por vulneración del art. 83 del CDFA y 97 del CC, respecto de la fijación de una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges, motivo que desarrolla afirmando, en primer lugar, la improcedencia de esa pensión porque el matrimonio no ha supuesto un desequilibrio económico en ninguna de las partes y, seguidamente, que atendidas las circunstancias personales y económicas concurrentes la cuantía es excesiva, no pudiendo castigarse al recurrente con una compensación económica a la que no alcanza con sus ingresos mensuales.

Para la resolución del motivo son trasladables aquí los argumentos expresados en el anterior, en cuanto a la determinación de la norma aplicable, de modo que no es de aplicación al caso el art. 83 del CDFA, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Al efecto ya hemos sostenido en sentencias anteriores -sentencia 18/2015, de 29 de junio, y sentencia 29/2015, de 8 de octubre-, que la asignación compensatoria del artículo 83 del CDFA no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio.

En el caso de autos la pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el artículo 97 del CC.

**SÉPTIMO.-** En reiteradas sentencias ha establecido esta Sala que la asignación compensatoria prevista en su momento en el artículo 9 de la Ley Aragonesa 2/2010, hoy en el artículo 83 del CDFA, no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del CC a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. Así se expresan las sentencias de 15/2011, de 30 de diciembre, 1/2012, de 11 de enero, y 18/2015, de 29 de junio.

Dada esa similitud sustancial procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 97 del Código civil general.

**OCTAVO.-** Invocada por la parte recurrente la improcedencia de la pensión compensatoria, porque el matrimonio no ha supuesto un desequilibrio económico en ninguna de las partes, conviene recordar la naturaleza y función de esta pensión en la forma en que ha sido fijada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada, indica que "*como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero: La pensión compensatoria -declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:*

*a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.*

*b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:*

*a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.*

*b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.*

*c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".*

El elemento determinante radica en considerar si el matrimonio ha supuesto un perjuicio económico para uno de los cónyuges, lo que se percibe en el momento de la ruptura. Aunque pudiera resultar paradójico que una institución como el matrimonio, que se contrae voluntariamente y sirve para el complemento de los esposos, que asumen el deber de mutuo auxilio en los términos prevenidos en los arts. 67 y 68 del CC generase perjuicios económicos para uno de los cónyuges, es lo cierto que en ocasiones la dedicación a la casa, a los descendientes menores o a ascendientes ancianos, puede determinar una pérdida de ingresos por actividad profesional de quien asume esta limitación en sus perspectivas laborales o económicas, y en tales casos la pensión sirve para compensar los sacrificios realizados a favor de la familia y con merma de sus ingresos.

Pero en el caso de autos no se produce la concurrencia de los elementos configuradores del supuesto de hecho, al que el art. 97 del CC anuda la consecuencia jurídica: solo consta, y así se recoge en la sentencia impugnada, una convivencia de ocho años y una diferencia de ingresos entre ambos, ciertamente relevante, además de unos ingresos "adicionales" del recurrente que no se precisan (posibles ingresos adicionales, dice la sentencia en su fundamento cuarto).

No ha habido descendencia, no consta una atención a ascendientes, ni una especial dedicación de uno de los cónyuges a la casa y tareas domésticas.

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17-5-2013, nº 355/2013, rec. 419/2011, "*Lo cierto es que el matrimonio no impidió trabajar a la esposa,... que lo sigue haciendo, ni le privó de expectativas laborales, como reconoce la sentencia, lo que supone que tiene suficiente*

*cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico. Tampoco se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por la esposa durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia y en concreto por el cuidado del hijo común, mayor de edad, independiente y con trabajo, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos del esposo por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio , pues nada se dice en la sentencia.*

*El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. La sentencia no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC".*

En consecuencia procede estimar el motivo, y retomando la instancia es conforme a derecho dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia sobre la pensión compensatoria, pues no concurren los presupuestos para el reconocimiento de la pretensión ejercitada por Doña Rosa Isabel.

**Examen del tercer motivo del recurso de casación**

**NOVENO.-** El tercer y último motivo del recurso se funda en la vulneración del art. 244 del CDFA y de los arts. 806 y siguientes de la LEC, por considerar que procedía haber declarado en la sentencia impugnada no sólo la disolución del consorcio conyugal, como ya se hizo en la sentencia del juzgado, confirmada en este punto por la Audiencia Provincial, sino también

su liquidación, al no existir bienes consorciales. Insiste en este punto en los argumentos que ya dedujo en el recurso de apelación.

La sentencia de la Audiencia expresa que "el juzgador de instancia determina en el fundamento de derecho quinto, la disolución del régimen matrimonial y la fecha de efectos de la misma en base al art. 244 del Código de Derecho Foral de Aragón, al margen todo ello de la liquidación propiamente (art. 806 y ss.), en la que puede discutirse los bienes y derechos que forman parte de la comunidad, por lo que no prospera la alegación de la parte apelante a tal efecto" –fundamento de derecho segundo-.

Estos argumentos son ajustados a derecho, de modo que la sentencia recurrida no infringe el art. 244 del CDFA, norma sustantiva que regula las causas de disolución del consorcio, sino que se atiene a su contenido para declarar dicha disolución.

La liquidación del haber consorcial, caso de existir, se habrá de llevar a cabo con arreglo al procedimiento especial establecido en la LEC, arts. 806 y siguientes, y no es posible impedir en este proceso que cualquiera de los legitimados pueda instar esa liquidación.

Es de tener en cuenta, además, que la parte recurrente considera una situación fáctica –la ausencia de bienes y derechos comunes- que no ha sido objeto de este proceso, no está acreditada y no puede declararse judicialmente en este caso. La pretensión al respecto se ejercitó en la demanda reconvencional, que no fue admitida a trámite.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

**Costas**

**DÉCIMO.-** La estimación parcial del recurso de casación determina la no imposición de las costas del mismo, conforme al art. 398 de la LEC.

En cuanto a las de las instancias es de confirmar el pronunciamiento efectuado en las respectivas sentencias, que no hicieron especial imposición.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

**FALLAMOS**

**PRIMERO**.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, en su motivo segundo, interpuesto por la representación procesal de Don José Antonio O. C. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, en fecha 12 de mayo de 2015, que casamos en el particular relativo al establecimiento de pensión compensatoria a favor de Doña Rosa Isabel S. L. , pronunciamiento que dejamos sin efecto.

**SEGUNDO**.- Desestimamos los motivos primero y tercero del recurso de casación, y confirmamos los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

**TERCERO**.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación; y confirmamos lo decidido sobre costas en las instancias.

**CUARTO**.- Acordamos la devolución del depósito constituido.

**QUINTO**.- Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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