

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación 47/2015

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

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

En Zaragoza, a veinte de enero de dos mil dieciséis.

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 47/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 30 de junio de 2015, recaída en el rollo de apelación número 308/2015, dimanante de autos de divorcio núm. 764/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Juan Manuel G. M., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a del Pilar Serrano Méndez y dirigido por el Letrado D. José Palacín García-Valiño frente a D^a. M^a del Mar V. P., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Rosa Morán Usón y dirigida por el Letrado D. Mauricio Izquierdo García, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, la Procuradora de los Tribunales D^a. Rosa Morán Usón, actuando en nombre y representación de D^a. M^a del Mar V. P. presentó demanda de divorcio contra D. Juan Manuel G. M., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando “se dicte en su día sentencia por la que declare el divorcio de los cónyuges, acordando la inscripción de la resolución en el Registro civil.- Como efectos personales y patrimoniales de la anterior declaración se solicita del Juzgado se declare a su vez:

Plan de relaciones familiares:

Primera.- Libertad de los cónyuges.- Los cónyuges se comprometerán a no interferir en la vida y actividades del otro, autorizándose recíprocamente a que cada cual pueda establecer o cambiar de domicilio sin más obligación que la de comunicarlo al otro con la suficiente antelación y de forma fehaciente a fin de poder hacer efectivo lo dispuesto en el presente convenio sobre el régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos.

Segunda.- Guardia y Custodia.- Se asignará a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad, para las decisiones de interés extraordinario para la menor.

Tercera.- Régimen de visitas.- Se establece un amplio y flexible régimen de visitas entre el padre y los hijos, y así podrán visitarse y comunicarse telefónicamente en cualquier momento.

Sin embargo, y subsidiariamente para el caso de que exista cualquier tipo de desavenencia o desacuerdo entre progenitores, se establece el siguiente:

Se acuerda fijar un régimen de visitas a favor del padre consistente en que aquél pueda tener consigo a sus hijos en fines de semana alternos, desde

el viernes a las 19,30 horas, hasta el domingo a las 20,30 horas. Debiendo recogerlos y devolverlos en el domicilio materno.

Los puentes de un día serán disfrutados por aquel a quién corresponda el fin de semana. No obstante, si el puente fuese de cuatro días, se dividirá en dos periodos de dos días cada uno disfrutando cada padre de uno de esos periodos, correspondiendo el que comprenda el fin de semana al padre que debiera tenerlos con ellos ese fin de semana según el régimen ordinario, quedando para el otro el periodo que comprenda los otros dos días.

Cuando existan días festivos sueltos que no coincidan con puentes se disfrutarán alternativamente entre los progenitores. La alternancia será anual, correspondiendo el primer día que cumpla estos requisitos al padre los años pares y a la madre los impares.

Periodos de las vacaciones escolares:

A) De Verano.-

Se divide el periodo de verano en dos meses Julio y Agosto. Estos a su vez los divididos en quincenas, una de las cuales, que suele ser la segunda de Julio, los menores se encuentran de campamentos, que serán respetados por los padres. Así en el mes de Julio hasta los campamentos los menores pasarán una semana con cada uno de los progenitores. El mes de Agosto estarán 15 días con cada uno de los progenitores. A falta de acuerdo, el padre elegirá los años pares y la madre los años impares.

B) De Navidad.

Primer periodo. El primer periodo comprenderá desde el 23 de diciembre a las 18 horas hasta el 30 de diciembre a las 18 horas.

El segundo periodo corresponderá desde el 30 de diciembre a las 18 horas hasta el 6 de enero a las 12 horas. A falta de acuerdo, los años pares escogerá el padre y los impares la madre.

C) De Semana Santa.-

Se repartirá por mitad, iniciándose el primer periodo el día siguiente a aquél en que finalicen las clases a las 17 horas y finalizando el miércoles santo al medio día. El segundo periodo comenzará el miércoles Santo al medio día y finalizará el día inmediatamente anterior a aquel en que comiencen las clases.

A falta de acuerdo, los años pares escogerá el padre y los impares la madre.

Tanto la recogida como las entregas de los menores se realizarán en el domicilio de la madre.

Este régimen de visitas no interferirá –ni mucho menos impedirá– el desarrollo de las actividades escolares o formativas que vinieren previamente programadas.

Cuarta.- Uso de la vivienda familiar.- Desde la separación ambos progenitores viven en distintos domicilios por lo que no es preciso manifestar nada al respecto.

Quinta.- Pensión alimenticia.- Se acuerda fijar una Pensión de alimentos mensual a favor de los hijos por importe de 600€ (seiscientos euros) mensuales, 300.00€ por cada uno de los hijos, que deberá hacer efectiva Juan Manuel G. M. mediante entrega a la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto se le comunique.

El padre sufragará así mismo el 50% de los gastos extraordinarios que se presenten a los menores para garantizar su adecuada salud, educación o realización personal. (Se incluyen gastos por enfermedad y/o farmacéuticos no cubierto por la Seguridad Social, gastos de inicio de curso escolar, incluidos matrículas, libros, uniformes y/o material escolar, etc..., y aquellos otros que sean acordados de común acuerdo).

Sexta.- Régimen económico matrimonial.- El régimen económico matrimonial es el de separación absoluta de bienes y patrimonio desde la sentencia de separación de 10 de Mayo de 2005.

d) Se condene en costas a la parte demandada.”

Por otrosi solicitó la práctica de diversas pruebas.

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, en base a los hechos y fundamentos que estimó pertinentes y terminó suplicando “se dicte resolución por la que acuerde el divorcio de los cónyuges, estableciendo las siguientes medidas definitivas:

Principalmente:

1.- Respecto de los hijos menores, Chabier y Rosa Marboré, la autoridad familiar será compartida por imperativo legal, y en cuanto a la custodia se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores, por quincenas, y con visitas de dos tardes semanales desde la salida del colegio hasta las 21,30 de ambos para el no custodio. Las Vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, se dividirán por mitades e iguales partes, eligiendo el padre los años impares y la madre los pares.

2.- Uso del domicilio familiar: se solicita que se extinga el uso otorgado en su día a la esposa, y adjudicándose al esposo del que es propiedad privativa, lo que es consecuencia además de la custodia compartida interesada.

3.- Participación en los gastos. Ambos cónyuges aportarán a una cuenta conjunta la cantidad de cien euros mensuales cada uno, a fin de hacer frente a los gastos extraordinarios y a los necesarios o convenientes y que no se devenguen mientras estén los menores en compañía del custodio quincenal.

4.- Se declarará de forma retroactiva la fecha de extinción de la pensión de alimentos al uno de enero de 2014.

Subsidiariamente:

1.- Siendo la autoridad familiar compartida, se mantendrá la custodia para la madre, y como régimen de visitas, fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el mismo, una tarde a la semana desde la salida del colegio hasta las 21,30 horas a elegir por el padre según su disponibilidad laboral y vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa por mitad para cada uno, eligiendo el padre los años impares y la madre los pares. Los puentes se unirán al fin de semana que corresponda.

2.- En cuanto a la pensión de alimentos para los hijos, se decretará una participación en alimentos con cargo a mi representado de cien euros mensuales mientras dure el uso del piso a favor de la esposa e hijos, y de doscientos cuarenta euros mensuales para ambos hijos desde que se extinga, actualizables en ambos casos con el IPC de forma anual. Se declarará de forma retroactiva la fecha de extinción de la pensión de alimentos al uno de enero de 2014.

Y en cuanto a los gastos extraordinarios, que hayan sido consensuados entre los progenitores, se abonarán al 50€.

3.- Se extinguirá el uso del piso en el plazo de un año desde la presentación de la demanda, dejándolo libre y expédito a disposición del Sr. G.”

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

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza dictó Sentencia en fecha 2 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Estimo la petición de divorcio formulada por Dña. María del Mar V. P. contra D. Juan Manuel G. M. Por tanto, declaro disuelto por causa de divorcio el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos:

1.- Los hijos comunes, Chabier y Rosa Marboré, continuarán bajo la custodia de Dña. María del Mar, con autoridad familiar compartida en lo que exceda de su ámbito ordinario.

2.- Con relación a visitas y vacaciones, seguirá siendo de aplicación la estipulación Tercera del convenio de separación, si bien con la siguiente modificación:

2.1 Los fines de semana alternos el Sr. Giménez podrá tener consigo a los hijos menores Chabier y Rosa Marboré desde la salida del colegio el viernes donde los recogerá (17 horas en periodos no lectivos recogiendo en el domicilio materno), hasta la entrada del colegio el lunes.

2.2 A los fines de semana se unirán los puentes.

2.3 Una tarde entre semana desde la salida del colegio donde los recogerá hasta las 21,30 horas en que los acompañará al domicilio materno. El día concreto será elegido por el padre en función de su disponibilidad laboral.

3.- Con efectos de diciembre de 2014, el Sr. G. abonará en concepto de pensión de alimentos para los hijos comunes la cantidad de 300€ mensuales

(150 € al mes), a ingresar por anticipado en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que al efecto designe la madre.

La pensión quedará sujeta a las variaciones que al alza experimente el 1 de enero de cada año el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya (índice diciembre-diciembre).

4.- La contribución a los gastos extraordinarios necesarios será por mitad.

5.- Dña. María del Mar continuará en el uso de la que fuera vivienda familiar, calle ... de Zaragoza. El uso cesará el último día de diciembre de 2017, lo que llevará consigo el desalojo de la misma.

6.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.”

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Morán Usón en nombre y representación de D^a. María del Mar V. P., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, oponiéndose ambos a dicho recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda y comparecidas las partes, con fecha 30 de junio de 2015, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallamos.- Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA MARIA DEL MAR V. P. frente a la sentencia de fecha 2 de marzo de 2015 dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N^o. 5 de ZARAGOZA en autos DIVORCIO CONTENCIOSO N^o 764 /2014 debemos confirmar y confirmamos dicha resolución revocándola únicamente en que el uso del que fuera domicilio familiar cesará a favor de la actora el último día del año 2019”.

CUARTO.- La Procuradora Sra. Serrano Méndez en nombre y representación de D. Juan Manuel G. M., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, recurso de casación, basándolo la infracción del artículo 81 apartado 3^o del Código de Derecho Foral de Aragón.

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó 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, se dictó Auto con fecha 7 de octubre pasado en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para conocer del recurso planteado y su admisión a trámite, confiriendo traslado a la parte demandada por el plazo de 20 días para formalizar su oposición, haciéndolo dentro de plazo tanto la parte recurrida, que se opuso al recurso, como el Ministerio Fiscal, que solicitó la desestimación del mismo.

No siendo solicitada la celebración de vista y no considerando la Sala necesaria la misma, se señaló para Votación y Fallo el día 23 de diciembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Los cónyuges contrajeron matrimonio en fecha 25 de abril de 1998, del que nacieron dos hijos, Chabier el 20 de diciembre de 2001 y Rosa Marboré el 14 de septiembre de 2003.

2. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 10 de mayo de 2005, se acordó la separación de mutuo acuerdo del matrimonio.

3. Presentada demanda de divorcio contencioso por D^a María del Mar V. P. contra D. Juan Manuel G. M., recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 2 de marzo de 2015, en la que se declaró disuelto el matrimonio por causa de divorcio.

Se acordaron como efectos del divorcio, en lo que a este recurso interesa, que los hijos comunes continuarán bajo la custodia de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre; que éste abonará la cantidad de

150 euros mensuales en concepto de alimentos para cada uno de los dos hijos comunes (300 euros en total), siendo la contribución a los gastos extraordinarios necesarios por mitad; y que la madre continuará en el uso de la que fuera vivienda familiar, sita en la C... de Zaragoza, cesando dicho uso el último día de diciembre de 2017, lo que conllevará el desalojo de la misma.

4. La sentencia de apelación, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 30 de junio de 2015, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a María del Mar V. P., revocando la sentencia de instancia, únicamente en lo que se refiere al período de uso de la vivienda que fuera domicilio familiar, cuyo plazo temporal se amplía en dos años, de manera que dicho uso cesará el último día de diciembre de 2019.

SEGUNDO.- Recurso de casación.

5. Frente a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el recurrente interpone recurso de casación al amparo de los arts. 2.1 y 2, y 3.1 y 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, y art. 477. 1 y 3 LEC, tanto por razón de la cuantía como por presentar la resolución del recurso interés casacional.

TERCERO.- Atribución temporal del uso de la vivienda familiar.

6. En el recurso se alega la infracción del art. 81.3 CDFA, que dispone:

“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”.

7. Constituye doctrina reiterada de esta Sala, puesta de manifiesto, entre otras, en las sentencias de 2 de octubre de 2015 (r.c. 29/15); 4 de febrero de 2015 (r.c. 50/14); 18 de julio de 2014 (r.c. 1/14) y 11 de julio de 2013 (r.c. 8/13), que la fijación del período de atribución temporal del uso de

la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo, constituye una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. Salvo supuestos de decisión arbitraria o ilógica, no corresponderá el Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia, esto es, al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial que conoce del recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por el órgano unipersonal.

8. En el presente caso, la sentencia de apelación valora las circunstancias concretas que concurren en la familia para decidir sobre el período en que la madre, junto con los hijos comunes, debe continuar con el uso de la vivienda familiar, que le fue atribuido por acuerdo de las partes en el convenio de separación de 1 de marzo de 2005. Así, por una parte tiene en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, que éste dispone de vivienda junto con su actual pareja, y que debe hacer frente al préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. Por otra, que la recurrente no trabaja desde 2009, que la pensión de los hijos comunes -de 11 y 14 años de edad- se ha reducido a 300 euros mensuales (frente a los 1.091 euros que se fijaron en el convenio regulador en 2005, tal como recoge la sentencia de primera instancia). Ponderando todas estas circunstancias y, muy particularmente, la situación de falta de ocupación laboral de la madre y reducción de la pensión de alimentos de los hijos menores, concluye que debe ampliarse el período de atribución del uso de la vivienda familiar a favor de éstos en dos años más respecto del fijado en la sentencia de primera instancia.

La decisión de la Audiencia Provincial está motivada y es razonable, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la familia afectada por la medida, valorando especialmente el interés de los hijos menores.

CUARTO.- Alegaciones del recurrente.

9. El recurrente fundamenta la infracción del precepto legal con diversos argumentos.

En primer lugar, realiza una valoración de las que considera son las circunstancias concretas de la familia que deben ser tenidas en consideración.

Algunas de estas circunstancias ya son valoradas por el juzgador, como el carácter privativo de la vivienda, que el recurrente tiene que abonar el importe de la hipoteca, o que vive en la actualidad de alquiler con su nueva pareja. La mención de otras, como que el uso de la vivienda por la esposa se ha prolongado más de diez años, parece olvidar que, por disposición legal (art. 81.2 CDFA) dicho uso se atribuye al progenitor al que le corresponde la custodia individual de los hijos y, aunque tiene un carácter temporal a fijar por el Juez, no está sujeto en el art. 81.3 CDFA a un plazo concreto de duración. Por último, las referencias a una supuesta simulación de falta de ingresos por la esposa no resultan admisibles en el ámbito casacional, puesto que, como es doctrina reiterada de esta Sala, entre otras en sentencia de 30 de septiembre de 2013 (r.c. 26/2013) *“no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia”*.

Por lo expuesto, la valoración de las circunstancias concretas de la familia realizada en la sentencia recurrida, motivada y razonadamente, no puede ser sustituida por la que realiza el recurrente.

10. En segundo lugar, se alega en el recurso que la atribución del uso del domicilio no puede tener un contenido expropiatorio respecto del propietario, en beneficio del cónyuge que no lo es.

Al respecto cabe reiterar que el art. 81.3 CDFA se limita a disponer que la atribución del uso de la vivienda familiar es limitada en el tiempo, pero no fija ni un período máximo, ni tampoco mínimo, por lo que el uso de al

vivienda por la madre y los hijos menores hasta finales de 2019 –dos años más de los establecidos en la sentencia de primera instancia, cuya confirmación solicita el recurrente- en modo alguno contraviene el precepto legal, ni tiene un contenido expropiatorio del derecho de propiedad del titular de la vivienda, sino que se adecua a las concretas circunstancias de la familia.

11. También debe rechazarse la interpretación que realiza el recurrente del precepto legal que, en modo alguno establece que la atribución del uso de la vivienda familiar solo puede tener lugar para satisfacer necesidades perentorias de alojamiento de los menores. Como ya se ha indicado, el art. 81.2 CDFA dispone que el uso de la vivienda familiar se otorgará al progenitor al que corresponda la custodia individual de los hijos, exceptuándose tan solo los supuestos en los que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor, circunstancia esta última que no aprecian ninguna de las sentencias dictadas y que ni siquiera se alega en el recurso.

12. Como último argumento, el recurrente rechaza la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre por entender que no se respeta el principio de proporcionalidad en la asistencia de los hijos que, según manifiesta, se hace recaer exclusivamente a su cargo.

Si bien es cierto que la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia a los hijos a cargo comprende los de crianza y educación, dentro de los que se incluye la obligación de proveer a su habitación (art. 65.1.b) CDFA), la atribución del uso de la vivienda familiar -prevista en el art. 81 CDFA- se sujeta a unos requisitos propios y diferentes de los que contempla el art. 82 CDFA para los gastos de asistencia a los hijos.

Así, en la atribución de la vivienda familiar el CDFA distingue entre los supuestos de custodia compartida o individual, disponiendo en estos últimos que la vivienda se atribuya al progenitor que la ostente, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje atribuirle al otro progenitor.

Por tanto, no tiene en cuenta criterios de proporcionalidad, como sucede en la contribución a los gastos de asistencia de los hijos, sino que atiende al interés prevalente de los menores (art. 76.2 CDFA) para proveerles de habitación, en función del concreto régimen de guardia y custodia establecido. Y así, cuando se trata de custodia individual, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que la ostenta favorece que los hijos menores sigan ocupando la que venía siendo residencia habitual de la familia.

La sentencia de la Audiencia Provincial atribuye el uso de la vivienda familiar con arreglo a lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA, fijando su duración temporal en función de las circunstancias concretas de la familia, como exige el art. 81.3 CDFA, mediante una ponderación lógica y razonable.

13. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo y con él del recurso en el que se hace valer.

QUINTO.- Costas y depósito para recurrir.

14. Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, con remisión al art. 394 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

FALLAMOS

1. Desestimar el presente recurso de casación núm. 47/2015, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Pilar Serrano Méndez, en nombre y representación de D. Juan Manuel G. M., contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. Imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

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

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

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