

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e Infracción Procesal número 33/2016

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

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 catorce de octubre 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 e infracción procesal número 33/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 10 de mayo de 2016, recaída en el rollo de apelación número 752/2015, dimanante de autos de divorcio núm. 303/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Alberto B. R., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Gemma Laguna Broto

y dirigido por el Letrado D. Javier Rodríguez Domínguez, frente D^a. Ana Isabel M. A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Bañeres Trueba y dirigida por el Letrado D. Alberto Delgado Molinos, 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, el Procurador de los Tribunales D. Pedro Bañeres Trueba, actuando en nombre y representación de D^a. Ana Isabel M. A., presentó demanda de divorcio contra D. Alberto B. R., 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 estimando la presente demanda se acuerde la disolución del matrimonio, con apunte y registro en el registro civil y se acuerde, apruebe y homologue judicialmente el Plan de Relaciones Familiares que se acompaña a la presente demanda como documento 4, con aprobación de las medidas coetáneas que esta parte interesa en este escrito y plan familiar.”

Por otrosi solicitó Medidas Provisionales y prueba anticipada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en autos en tiempo y forma, lo que hicieron dentro de plazo, oponiéndose la parte recurrida al presentado de contrario, en base a los hechos y fundamento que expresó en ella, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se acuerde el divorcio de los cónyuges y las siguientes medidas judiciales de conformidad con el plan de relaciones familiares que se propone:

“Plan de Relaciones Familiares.

1.- Autoridad Familiar.- Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la autoridad familiar, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 63 y ss. del Código foral Aragonés aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo. Ambos progenitores participarán en las decisiones que con respecto a su hija tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que se vayan a adoptar en relación a la residencia de la menor, las que afecten a su ámbito escolar, al ámbito sanitario o los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esta base se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico tanto si esta como si no está cubierto por un seguro.

Los progenitores deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hija, concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación, e igualmente tienen derecho a obtener información a través de reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del Centro Escolar donde curse sus estudios la menor por separado. De igual manera, tienen derecho a obtener la información médica correspondiente a su hija.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de la menor podrá adoptar decisiones respecto de la misma sin previa consulta, en los casos en que exista una situación de urgencia, o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que puedan producirse.

Posteriormente deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a la menor se adopten en el futuro, así como, todo aquello que conforme el interés prioritario de la hija deban conocer ambos progenitores.

2.- Que se establezca una guarda y custodia mixta, en el sentido de determinar que la guarda y custodia de la hija menor Lorena B. M., hasta que cumpla la edad de 3 años, se atribuya con carácter individual a la madre, Doña Ana Isabel M. A., ejerciendo ambos progenitores la patria potestad.

Desde el momento que la menor adquiera la edad de 3 años (el 22 de febrero de 2016), la guarda y custodia de la menor Lorena B. M. se ejerza de forma compartida por ambos progenitores por periodos semanales, de domingo a domingo, ejerciendo ambos progenitores la patria potestad. En dichos períodos de una semana con cada uno de los progenitores, estos se alternarán de forma correlativa, y esto se llevará a efecto en el domicilio de

cada uno de los progenitores atendiendo a quien le corresponda la guarda y custodia. Dichos períodos de una semana con cada progenitor comenzarán, el domingo de cada semana, debiendo cada progenitor efectuar la entrega de los menores el domingo a las 20:00 h en el domicilio del progenitor a quien corresponda la guarda y custodia esa semana, y así sucesivamente. Si a algún fin de semana puede unirse un puente escolar festivo, se ampliará la semana de custodia hasta las 20,00 horas del día de finalización del mismo. Las fiestas escolares entre semana corresponderán al progenitor que tenga la custodia.

3.- En lo relativo al uso y disfrute del Domicilio Conyugal, esta parte solicita que no se conceda el uso y disfrute a ninguno de los cónyuges, a fin de facilitar su venta de inmediato, como mejor interés para las relaciones familiares.

Subsidiariamente, interesamos que finalice el uso y disfrute del inmueble, en el instante en que se atribuya la guarda y custodia compartida, para facilitar a partir de ese momento la venta de la vivienda familiar.

Durante el período que uno de los progenitores disfrutara del uso de la vivienda, conllevaría lógicamente la obligación de asumir para esa parte, los gastos derivados de los servicios con que cuenta la vivienda.

Igualmente, para el caso de que finalmente no se atribuyera la guarda y custodia compartida de la menor, cuando cumpla los tres años de edad, interesamos de conformidad con el art. 81.3 y 4 de la Compilación Aragonesa, que se fije un límite temporal de dos años, en el uso de la vivienda para facilitar su venta.

Esta parte interesa igualmente que mientras la parte actora disfrute de la vivienda familiar, se establezca que el pago de las cuotas del préstamo de la hipoteca de la vivienda familiar sean asumidas en el siguiente porcentaje: El 70% de la cuota por parte de Doña Ana Isabel M. A., y el 30% de la cuota por mi mandante, ya que mi representado debe afrontar además de la cuota del préstamo de la vivienda familiar, el alquiler de una nueva vivienda.

4.- Que se fije en concepto de Pensión de Alimentos a favor de la menor la cantidad de 200 euros al mes, mientras se ejerza la custodia individual por la madre, Doña Ana Isabel M. A., es decir, hasta que la menor

alcance los tres años de edad. Dicha pensión, se abonará los cinco primeros días de cada mes y se actualizará desde el 1 de enero del 2016 conforme al IPC.

Quedando sin efecto el pago de la pensión de alimentos en el momento que se ejerza la custodia de forma compartida.

Respecto a los gastos extraordinarios necesarios, serán satisfechos por mitad entre ambos progenitores. El pago de la mitad correspondiente a estos gastos extraordinarios necesarios se verificará por el progenitor deudor en la cuenta designada al efecto por el progenitor acreedor, durante los días uno a cinco del mes siguiente al que se hubiera justificado el gasto mediante copia de los correspondientes recibos.

Respecto de los gastos extraordinarios no necesarios, que deberán ser comunicados con un mes de antelación por cualquier medio fehaciente que deje constancia, serán satisfechos por mitad entre ambos progenitores cuando exista acuerdo entre ellos. En caso contrario, serán sufragados en su totalidad por el progenitor que decida su realización.

Todo ello se entiende de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 82 del Código Foral Aragonés.

5.- Nada se interesa en concepto de Pensión Compensatoria o Asignación Compensatoria al no existir desigualdad económica entre ambos progenitores originados por el cese de la convivencia.

6.- Que se fije como Régimen de Visitas, Estancias y Comunicaciones del padre con la menor.

Comunicaciones. Cada progenitor, durante los períodos de tiempo en que la hija conviva con el otro progenitor, podrá comunicarse telefónicamente con ella, en los días y horas que estime conveniente, siempre y cuando tales comunicaciones se realicen en horario normal, no perjudicando horas de estudio y de descanso de los menores, y siempre bajo el principio de la buena fe.

En el supuesto de enfermedad u hospitalización de la hija, el progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de la menor, lo comunicará al otro en la mayor brevedad posible, así como el lugar de internamiento si fuera el caso, debiendo tener ambos progenitores conocimiento de la etiología de la enfermedad.

Ambos progenitores se comprometen y obligan a poner en conocimiento del otro cualquier cuestión relativa a la hija común, particularmente se obligan a comunicarse cualquier reunión escolar, extraescolar y cita médica, programada o de urgencia, al objeto de que ambos puedan asistir a la misma.

Régimen de Visitas con Custodia Individual:

El padre podrá estar en compañía de la hija menor de edad, fines de semana alternos sin pernocta, los sábados desde las 10,00 horas hasta las 20,00 horas y los domingos desde las 10,00 horas hasta las 20,00 horas, así como los lunes y miércoles de las semanas que el Sr. B. R. le corresponda el fin de semana y los lunes, miércoles y jueves de las semanas que no le corresponda el fin de semana, desde la salida de la niña de la guardería o colegio hasta las 19,30 horas.

En períodos de vacaciones escolares, las visitas inter semanales se efectuarán igualmente desde las 15,30 horas hasta las 19,30 horas.

Régimen de Visitas con Custodia Compartida;

La madre, durante los períodos de una semana en que la hija conviva con el padre, dispondrá de un régimen de visitas consistente en un día a la semana, siendo miércoles desde la salida de la guardería o colegio hasta las 19:30 h.

El mismo derecho tendrá el padre respecto los periodos de tiempo (una semana) en que la menor esté en compañía de la madre.

Régimen de Estancias con Custodia Individual:

1.- Las vacaciones escolares de verano.

Durante las vacaciones de verano, ésta parte interesa que tomando en consideración que la menor, en esas fechas, ya contará con más de dos años y medio de edad, se fijen dos períodos con pernocta de 10 días en los que quedará en suspenso el régimen de visitas, uno en julio , del 15 al 25 de julio y otro en agosto del 15 al 25 de agosto, correspondiendo en defecto de acuerdo entre los progenitores, el periodo de julio a la madre y el período de agosto al padre. Comenzando el periodo de julio a las 10,00 horas del día 15 de julio y finalizando a las 20,00 horas del 25 de julio y comenzando el período de agosto a las 10,00 horas del día 15 de agosto y finalizando a las 20,00 horas del 25 de agosto.

2.- Las vacaciones de Navidad.

Durante las vacaciones de Navidad, ésta parte interesa que tomando en consideración que la menor, en esas fechas, ya contará con prácticamente los tres años de edad, se establezcan dos períodos con pernocta; el primero desde las 10,00 horas del día 24 de diciembre hasta las 20,00 horas del día 25 de diciembre y el segundo periodo desde las 10,00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20,00 horas del día 1 de enero, que a falta de acuerdo entre los progenitores, corresponderá el primer periodo al padre y el segundo periodo a la madre.

Igualmente se intensa para el progenitor no custodio un derecho de visitas el día 6 de enero desde las 16,00 horas hasta las 20,00 horas.

3.- Las vacaciones escolares de las Fiestas del Pilar.

Interesamos igualmente un derecho de visitas para el progenitor no custodio, el día 12 de octubre desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas, sin interrupción del régimen de visitas ordinario establecido.

Régimen de Estancias con Custodia Compartida:

1.- Las vacaciones escolares de verano.

Corresponden 30 días a cada progenitor, dividiéndose en dos periodos de 15 días para cada progenitor (un período durante el mes de julio y otro período durante el mes de agosto). El primer periodo de julio comenzará a las 20:00 h. del 30 de junio hasta las 20:00 h. del 15 de julio. El segundo periodo de julio comenzará a las 20:00 h. el 15 de julio hasta las 20:00 h. del 31 de julio. El primer periodo de agosto comenzará a las 20:00 h. del 31 de julio hasta las 20:00 h. del 15 de agosto. El segundo periodo de agosto comenzará a las 20:00 h el 15 de agosto hasta las 20:00 h. del 31 de agosto.

Durante los meses de julio y agosto, momento en que comenza los períodos de estancias correspondientes a las vacaciones de verano, se suspende el régimen de guarda y custodia compartida, se suspenden las visitas inter semanales (salvo que se pacte otra cosa dejando constancia fehaciente).

A tenor de lo anterior, se atribuye durante los años impares el primer periodo de julio y primer periodo de agosto a la madre, correspondiendo al padre el segundo periodo de julio y el segundo periodo de agosto. Y se atribuye durante los años pares el primer periodo de julio y primer periodo de

agosto al padre, correspondiendo a la madre el segundo periodo de julio y el segundo periodo de agosto.

Transcurrido el periodo vacacional correspondiente al verano, se reanudará de nuevo el régimen de guarda y custodia compartida y visitas por periodos de una semana con cada progenitor en los términos acordados, que comenzará el 1 de septiembre, con el progenitor a quien corresponda.

Los progenitores podrán acordar libremente que se altere el orden de los periodos vacaciones de julio y agosto, comunicándolo con un mes de antelación por cualquier medio que deje constancia fehaciente; en caso de no responderse o atenderse dicha comunicación de cambio, esta se considerará rechazada.

2.- Las vacaciones de Navidad.

Estas corresponden por mitad a cada progenitor, dividiéndose en dos periodos; el primero desde el último día lectivo por la tarde, desde 19:00 h, hasta el 31 de diciembre a las 10:00 h., y el segundo periodo, desde las 10:00 horas del 31 de diciembre hasta las 20:00 h. del día anterior al comienzo del curso.

Se atribuye al padre el primer periodo de las vacaciones de Navidad correspondiente a los años pares, y se atribuye a la madre el segundo periodo de las vacaciones de Navidad de los años pares. En cambio, en los años impares, se atribuye el primer periodo a la madre, y el segundo periodo al padre.

Todo ello sin perjuicio del acuerdo que libremente pudieran llegar los progenitores, alterando dicho orden, comunicado con un mes de antelación por cualquier medio que deje constancia fehaciente; en caso de no responderse o atenderse dicha comunicación de cambio, esta se considerará rechazada.

3.- Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar.

Atendida su actual corta duración, corresponderán íntegras cada año a uno progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa al padre y las fiestas del Pilar a la madre; y los años impares corresponden la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre. Entregándose la menor desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 20:00 h. del día anterior a la reanudación del curso escolar; ello sin

perjuicio del acuerdo que libremente pudieran llegar los progenitores, alterando dicho orden, comunicado con un mes de antelación por cualquier medio que deje constancia fehaciente; en caso de no responderse o atenderse dicha comunicación de cambio, esta se considerará rechazada.”

Por otrosi solicitó prueba anticipada.

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, previos los trámites legales, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, dictó Sentencia en fecha 1 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLO: Estimo la petición de divorcio formulada por Dña. ANA ISABEL M. A. contra D. ALBERTO B. R. 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.- Atribuyo inicialmente a Dña. ANA ISABEL la guarda y custodia de la hija común, LORENA, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario.

2.- En cuanto a visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En defecto de acuerdo, desde esta fecha:

- fines de semana alternos desde la salida de la guardería el viernes (17 horas en otro caso) hasta las 20 horas del domingo.

- dos días entre semana (martes y jueves en defecto de acuerdo), desde la salida de la guardería (17 horas hasta las 20 horas). Si fueran festivos laborales, la visita se iniciará a las 11 horas.

- las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos según el calendario escolar; 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. La hija estará con su padre en el primer periodo y el segundo con la madre.

- 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. La primera mitad se atribuye al padre y la segunda a la madre.

- Las vacaciones de verano se disfrutarán en quincenas alternas. Se dividirán en los siguientes periodos: 10 de la mañana del día 1 de julio a 10 horas del día 16; 10 horas del día 16 a 21 horas del día 31 de julio; 21 horas del día 31 de julio a 21 horas del día 15 de agosto; 21 horas del día 15 de agosto a 20,30 horas del día 31 de agosto. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares; la elección se hará antes de cada 1 de mayo, perdiéndose la preferencia de no llevarse a efecto la misma.

- Las entregas y recogidas de la menor, con excepción de las que coinciden con la finalización de la guardería, se llevará a cabo en el domicilio materno.

- Todos los periodos vacacionales interrumpen la alternancia de fines de semana, que se reanudará conforme corresponda.

3.- A partir de septiembre de 2016, finalizadas las vacaciones de verano, LORENA pasará a estar bajo la custodia compartida de ambos progenitores. La menor estará con cada unos por periodos de semanas alternas (los cambios de custodia se llevarán a cabo a la entrada en el centro escolar el lunes (10 horas en otro caso). Salvo acuerdo en contrario los fines de semana no se prolongarán con los puentes festivos escolares a unir a los mismos.

El primer periodo de custodia comenzará el 31 de agosto a las 20,30 horas y finalizará el 5 de septiembre a las 10 horas. Se atribuye al progenitor a quien le corresponda la segunda quincena de agosto.

- En cuanto a visitas y vacaciones regirá en primer lugar el acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto:

* Habrá dos visitas intersemanales, martes y jueves desde la salida del colegio (17 horas en otro caso) hasta las 20 horas. De ser festivos laborales la visita se iniciará a las 11 horas.

*Las vacaciones de verano continuarán con el reparto quincenal.

*Las vacaciones de Semana Santa y Navidad no alterarán el turno semanal correspondiente. El día 6 de enero (salvo que sea el último día vacacional), la menor estará con el progenitor al que no le corresponda esa semana, entre las 17 y las 20 horas.

*Las entregas de la hija, con excepción de las que coincidan con la finalización o comienzo del horario escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor custodio o que finalice su periodo.

*Las vacaciones de verano interrumpirán la alternancia en los periodos de custodia. Una vez finalizadas, la primera semana corresponderá a quien no tuvo la semana previa al comienzo de las vacaciones, con independencia de la extensión que lleguen a tener finalmente las mismas (la previa y la de reanudación).

4.- Atribuyo a DÑA. ANA ISABEL el uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en Zaragoza, calle..., junto con el mobiliario y ajuar doméstico de la misma. Los gastos derivados de la titularidad serán por mitad.

La atribución del uso cesará el último día de diciembre de 2017. La finalización del plazo llevará consigo el desalojo de la vivienda, salvo pacto en contrario.

5.- D. ALBERTO abonará una pensión alimenticia a favor de la hija por importe de 290 euros mensuales.

Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que designe al efecto DÑA. ANA ISABEL.

Será exigible este nuevo importe con efectos desde la próxima mensualidad de octubre y hasta la de agosto de 2016, última a abonar.

La contribución a los gastos extraordinarios necesarios será por mitad.

6.- Con efectos desde el 1 de septiembre de 2016 cada litigante atenderá los alimentos ordinarios de la hija en los periodos en que esté a su cargo.

Abrirán una cuenta común antes del 20 de agosto del año que viene. Se cargarán en la misma los gastos escolares de la hija (matrículas, libros, material escolar, APA, uniformes, excursiones, actividades del colegio y extraescolares, comedor si así se conviene), gastos extraordinarios, ropa sobre la que exista acuerdo y, en general, los que convengan.

Inicialmente aportará cada progenitor 200 euros. Cuando el saldo sea inferior a 50 euros se repondrá en los anteriores importes.

La contribución a gastos extraordinarios necesarios será por mitad.

7.- Ambos esposos harán frente por mitad cada uno a la amortización del préstamo hipotecario suscrito.

8.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.”

CUARTO.- Interpuesto por el Procurador Sr. Bañeres Trueba en nombre y representación de D^a. Ana Isabel M. A. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte oponiéndose al planteado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, comparecidas las partes, con fecha 10 de mayo de 2016 dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“*FALLAMOS* Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **DOÑA ANA-ISABEL M. A.** contra **DON ALBERTO B. R. y** la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 1 octubre 2015 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n^o. 5, de los de Zaragoza, debemos revocar y revocamos en parte la citada resolución, en el único sentido de atribuir las Fiestas del Pilar por años alternos a cada progenitor –al padre los años pares y a la madre los impares- y en el de que, una vez finalizado el uso de la vivienda, podrá la Sra. M. seguir el uso de la misma hasta su efectiva venta, debiendo tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la misma. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.”

QUINTO.- La Procuradora Sra. Laguna Broto en nombre y representación de D. Alberto B. R. interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, basándolos en, el de infracción procesal:

“Primero: Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al artículo 24 de la Constitución Española.”

Y en cuanto a la casación:

“Infracción por aplicación incorrecta de los Artículos 81.3 CDFA en relación con el Artículo 394 CC.”

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 6 de julio pasado, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso de casación e infracción procesal planteado.

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, presentando la primera escrito de oposición dentro de plazo y el segundo interesó la estimación del recurso de casación.

Por providencia de 15 de septiembre, se señaló para votación y fallo el día 6 de octubre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 1 de octubre de 2015, en aplicación del art. 81.3 CDFA se limitó el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha en la que debía desalojarla con la finalidad de facilitar la negociación sobre su uso en condiciones de igualdad entre las partes, según dispone la resolución.

2. La sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 10 de mayo de 2016, en su fundamento de derecho cuarto, considera “razonable y adecuada la limitación temporal que fija la Sentencia apelada, que por ello se confirma”. Sin embargo, a continuación, estima la petición subsidiaria de la esposa para, una vez llegue el 31 de diciembre de 2017, proseguir en la vivienda que ocupa hasta que se logre su efectiva venta. Se afirma en la sentencia que *“tratándose de bienes en comunidad o copropiedad, en los que por más que haya cesado el uso atribuido a uno ambos titulares tienen el derecho de propiedad sobre la cosa, el art. 394 C.C. dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, disponiendo de ellas conforme a su destino y sin perjudicar el interés de la comunidad, ni impedir a los copartícipes utilizarlas según su derecho, debiendo ser, pues, por la*

normativa propia del régimen de comunidad por las que se rija el uso en cuestión”.

La petición subsidiaria de la Sra. M. se fundamentaba en el recurso de apelación en sus menores ingresos y en la mayor necesidad de ocupar la vivienda frente a su esposo.

En el fallo, la sentencia revoca en parte la dictada en primera instancia, acordando que *“una vez finalizado el uso de la vivienda, podrá la Sra. M. seguir el uso de la misma hasta su efectiva venta, debiendo tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la misma”.*

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.

3. Al amparo del art. 469.1, 2º y 4º LEC, se alega por el recurrente la infracción del art. 218.2 LEC, en relación con los arts. 248.3 LOPJ y 24 CE.

Entiende el recurrente que la sentencia incurre en el vicio de incongruencia interna, puesto que, por una parte, confirma la sentencia de primera instancia, que fija una fecha concreta para la finalización de uso de la vivienda por la esposa (31 de diciembre de 2017) y, por otra, extiende este uso por un período indeterminado, puesto que la efectiva venta de la vivienda dependerá de numerosos factores, entre los que se incluye la propia voluntad de la usuaria de la vivienda conyugal.

4. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha delimitado los contornos de la denominada incongruencia interna, entendiéndose por tal la contradicción entre los fundamentos de derecho de la sentencia y su fallo o, también, cuando esta contradicción afecta a los diversos pronunciamientos del fallo.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2011, con mención de la de 15 de febrero de 2005 y otras anteriores, señala:

“Como excepción a la norma general que exige que la incongruencia se manifieste por una discordancia entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y lo pedido en el suplico de la demanda, la doctrina de esta Sala, recogida en las sentencias citadas en el motivo de 25 de mayo de 1990 y 18 de octubre de 1996, permite apreciar incongruencia atendiendo a la

contradicción existente entre la fundamentación de la sentencia y su parte dispositiva, doctrina que se reitera en la sentencia de 18 de diciembre de 2003, según la cual "la incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva - "ratio decidendi"- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos. Para que se produzca esta segunda modalidad de incongruencia interna será preciso que la contradicción sea clara e incuestionable, pues en otro caso, prevalece el fallo, sin perjuicio de que la obscuridad en el razonamiento pueda servir de sustento a otro vicio de la sentencia distinto de la incongruencia".

5. Sin embargo, en el presente caso no nos encontramos, propiamente, con una contradicción entre los razonamientos recogidos en los fundamentos de derecho de la sentencia y su plasmación en el fallo o, por decirlo con otras palabras, las conclusiones a que conducen los razonamientos jurídicos del fundamento de derecho cuarto se corresponden con lo acordado en el fallo. Así, si bien estima adecuada la limitación temporal al uso de la vivienda familiar fijada en la sentencia apelada en aplicación del art. 81.3 CDFA, la revoca parcialmente para acordar que la Sra. M. continúe ocupando la vivienda hasta su efectiva venta, en aplicación del régimen de uso de la cosa común regulado en el art. 394 CC que la sentencia de segunda instancia entiende procedente.

Por ello, debe rechazarse el recurso por infracción procesal, centrando la cuestión debatida en la posible infracción de los arts. 81.3 CDFA y 394 CC alegada en la casación.

TERCERO.- Recurso de casación: atribución temporal del uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFA).

6. Se interpone el recurso al amparo de los arts. 477.2.3º y 477.3 LEC, así como de los arts. 2 y 3.1 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, al considerar que la resolución del recurso presenta interés casacional, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina sentada por esta Sala. Se alegan como infringidos el art. 81.3 CDFA y el 394 CC.

7. El recurrente afirma que, frente a la fijación por la sentencia de primera instancia de un límite temporal al uso de la vivienda familiar en la fecha del 31 de diciembre de 2017, la resolución recurrida, al ampliarlo hasta que se proceda a la efectiva venta del inmueble, desnaturaliza ese límite temporal y lo convierte en un período indeterminado, que depende de la discrecionalidad de la propia ocupante, puesto que su intervención resulta imprescindible para proceder a la venta del piso.

8. El art. 81.3 CDFA, que se estima infringido por el recurrente, dispone que: “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”.

Esta misma Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la obligación que establece el citado precepto de fijar un límite temporal cierto para la atribución del uso de la vivienda familiar. Así, en la sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso de casación 35/2012), referida a un supuesto en el que la sentencia recurrida acordaba que, transcurrido el plazo temporal de nueve años, cualquiera de las partes podría instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino dar a la vivienda familiar, decíamos:

“Lo que la ley ordena en este particular es que el Juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes: por un lado al favorecido con la atribución del uso, quien de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones para cuando llegue ese momento, tales como búsqueda de otro alojamiento, o evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si, como en el caso que nos ocupa, ambos son cotitulares del inmueble, etc. Y, por otro lado, conviene también al que se ve privado del uso del bien, que no sólo podrá también ponderar esas posibilidades, sino que sabrá que podrá venderse libre de esa carga a partir de una determinada fecha. Esto no se consigue con el pronunciamiento de la sentencia recurrida (que confirmó íntegramente la de primera instancia que a su vez incluyó el

inciso del que la parte disiente) ya que deja en la indefinición el límite temporal con ese añadido tan innecesario como perturbador”.

9. En el presente caso, la sentencia recurrida, después de valorar las circunstancias concretas de la familia, en particular los ingresos de ambos progenitores, ratifica la finalización de la atribución del uso de la vivienda familiar fijado por la sentencia de primera instancia en la fecha del último día del mes de diciembre de 2017, en aplicación del art. 81.3 CDFA. La propia sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, expresamente indica que le “parece razonable y adecuada la limitación temporal que fija la sentencia apelada, que por ello se confirma”.

Sin embargo, esta confirmación de la limitación temporal es meramente aparente, puesto que, a continuación, se estima la petición subsidiaria de la Sra. M., autorizándole a seguir ocupando la vivienda hasta la venta de la misma por entender que, al ser copropietaria, viene amparada por el art. 394 CC.

10. La ampliación del uso de la vivienda a la Sra. M. hasta su efectiva venta, en aplicación de un precepto no alegado por las partes y que se refiere a un ámbito completamente distinto al de las medidas patrimoniales a adoptar en el proceso de divorcio -como es el régimen de uso de la cosa común por los copropietarios al que se refiere el art. 394 CC-, desnaturaliza la exigencia legal de fijación de un límite temporal cierto a la atribución del uso de la vivienda familiar regulado en el art. 81.3 CDFA, puesto que dicho uso, de acuerdo con el fallo de la sentencia recurrida, no finará el 31 de diciembre de 2017, sino que queda a expensas de la voluntad de una de las partes -la propia interesada-, que deberá prestar su consentimiento y su colaboración para que el inmueble sea vendido. En definitiva, la aplicación indebida y no solicitada del art. 394 CC frustra la finalidad perseguida por el art. 81.3 CDFA de establecer un límite temporal cierto al uso de la vivienda familiar, por lo que debe entenderse infringido este último precepto.

La mención incluida en el fallo de que la ocupante de la vivienda deberá tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la venta, ninguna incidencia tiene, puesto que no es más que un mero desiderátum sin

trascendencia jurídica real. En todo caso, aun cuando la conducta de la interesada fuera activa a favor de la venta, seguiría desvirtuándose la exigencia de fijación de un límite temporal cierto, puesto que el momento de la efectiva venta estará sujeto a numerosas variables que no dependen, exclusivamente, de la voluntad de los vendedores.

Por lo expuesto, al infringir la sentencia recurrida el art. 81.3 CDFR, procede estimar el recurso de casación por este motivo, casando la sentencia de apelación y confirmando la de primera instancia en este punto.

CUARTO.- Costas.

11. Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, por la estimación del recurso de casación no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alberto B. R.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto parcialmente, la sentencia de fecha 10 de mayo de 2016, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 752/2015, tan solo en lo relativo a la supresión de la referencia contenida en el fallo de que, una vez llegue el 31 de diciembre de 2017, “podrá la Sra. M. seguir el uso de la misma hasta su efectiva venta, debiendo tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la misma”. De tal manera que se confirma lo resuelto por la sentencia de 1 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza, en los términos del apartado 4 de su fallo, relativo al uso de la vivienda familiar: “La atribución del uso cesará el último día de diciembre de 2017. La finalización del plazo llevará consigo el desalojo de la vivienda, salvo pacto en contrario”.

TERCERO.- No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del 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.