

**SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON**  
**SALA CIVIL Y PENAL**  
**ZARAGOZA**

Recurso de Casación e Infracción procesal núm. 50/2017

**S E N T E N C I A   N U M .   C U A T R O**

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

En Zaragoza, a uno de febrero de dos mil dieciocho.

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 50/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 28 de julio de 2017, recaída en el rollo de apelación número 345/2017, dimanante de autos de modificación de medidas nº 683/2016, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup>. Edenize F. B. , representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Olga Rodríguez Villalba y dirigida por el Letrado D. José Antonio Parroque Lázaro, frente a D.

Pedro José B. L. , representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén Gabián Usieto y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Cristina Lucientes García.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén Gabián Usieto, actuando en nombre y representación de D. Pedro José B. L. , presentó demanda contenciosa de modificación de medidas definitivas en el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 5 de Zaragoza frente a D<sup>a</sup> Edenize F. B. , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, <<se dicte sentencia por la que se acuerden los siguientes extremos:

1º.- Acordar la extinción del uso del domicilio y ajuar conyugal, declarándose por tanto extinguida la atribución de los mismos a D<sup>a</sup> Edenice (sic) F. , quien venía ostentándolos hasta la fecha, debiendo dejar libre la vivienda el día 31 de diciembre de 2016, para así poder proceder a la venta de la misma y al reparto de los muebles y enseres que allí se encuentran.

2º.- Solicitar una pensión de alimentos de doscientos cincuenta euros mensuales (250.-euros) a favor de su hijo Pedro José B. F. , que acaba de alcanzar la mayoría de edad, quien continuará viviendo con su padre y que deberá abonar la Sra. F. dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que el esposo designe a tal fin y que deberá ser actualizada anualmente según las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo (I.P.C) emitidos por el INE u otro organismo similar que lo sustituya.

En cuanto a los gastos extraordinarios sanitarios no cubiertos por la mutua o Seguridad Social, tales como ortodoncias, gafas u otros que pudieran generarse, estos serán abonados al 50% por ambos progenitores; así como aquellos gastos como libros, material escolar, matrícula, que por razón del centro escolar o universitario se generen cada inicio de curso, también serán abonados al 50% por ambos progenitor (sic)>>.

Por otrosí solicitaba la práctica de prueba anticipada.

**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 llevó a efecto dentro de plazo la parte recurrida, quien se opuso la demanda presentada de contrario, y solicitó que, previos los trámites legales oportunos, se dictara sentencia que desestimara íntegramente la demanda, con condena al actor al pago de las costas causadas.

**TERCERO.-** Por decreto de 21 de diciembre de 2016, se admitió a trámite la contestación a la demanda y se convocó a las partes a la preceptiva vista, que tuvo lugar con la asistencia de ambas, quienes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, concretando la actora sus pretensiones.

Practicada la prueba propuesta que fue admitida, el Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Zaragoza dictó sentencia de fecha 21 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

<<FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Gabián Usieto, en nombre y representación de D. PEDRO JOSE B. L. frente a DÑA. EDENIZE F. B. , **DEBO DECLARAR Y DECLARO** haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de Divorcio de dictada por este Juzgado el 27 de junio de 2005 en autos nº 521/05-A, posteriormente modificada por la de 20 de julio de 2007 en autos nº 460/07, en cuanto a los siguientes extremos:

1º/ Con efectos de 1 de abril de 2017, la Sra. B. deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para el hijo común mayor de edad Pedro José la suma de 125 € mensuales, a satisfacer por anticipado en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe el Sr. B. , hallándose la citada cantidad sujeta a las variaciones que al alza experimente el 1 de enero de cada año el Índice de Precios al Consumo que anualmente haga público el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Además cada progenitor deberá sufragar en un 50% los gastos extraordinarios del hijo común tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos, psicológicos o psiquiátricos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, etc... Respecto de los gastos extraordinarios no necesarios tales como colonias o campamentos de verano, obtención del carnet de conducir, etc..., estos se abonarán por mitad si se realizan de común acuerdo, siendo, en caso contrario, a cargo del progenitor que los hubiese decidido realizar.

2º/ El cese de la atribución a favor de la Sra. B. del uso de la vivienda familiar sita en c/ C. de la R. , nº , casa 5, con efectos de 30 de junio de 2017, de manera tal que a dicha fecha la demandada y quienes con ella convivan en el inmueble deberán haber desalojado y dejado libre y expedito el mismo, a fin de proceder las partes a darle el destino que decidan de común acuerdo (venta, alquiler, etc...).

Todo ello sin expresa condena en costas, por lo que cada parte deberá abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad>>.

**CUARTO.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Villalba, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Edenize F. B. , recurso de apelación contra la sentencia antes dictada, se dio traslado del mismo a la contraparte, quien se opuso al planteado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes y previos los trámites legales, con fecha 28 de julio de 2017, recayó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

<<FALLAMOS

Que, con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D<sup>a</sup>. EDENIZE F. B.** contra la sentencia de 21/3/2017 a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el solo particular de fijar en 80 euros al mes la pensión de alimentos a abonar por la Sra. B. para el hijo común Pedro José,

confirmándola en el resto de su pronunciamientos y sin imposición de costas procesales causadas es (sic) esta segunda instancia.

Devuélvase a D<sup>a</sup>. Edenize F. B. el depósito consignado para recurrir>>.

**QUINTO.-** La Procuradora D<sup>a</sup>. Olga Rodríguez Villalba, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Edenize F. B. , interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, recurso de casación e infracción procesal, en base a los siguientes motivos:

<<Recurso extraordinario por infracción procesal

Motivo único.- al amparo de lo prevenido en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba e infracción de Ley por vulneración en el proceso civil de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

Recurso de casación.

Motivo único.- Infracción de ley por vulneración del artículo 81 del Código de Derecho Foral de Aragón y 33 de la Constitución Española>>.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza acordó remitir los autos a esta Sala, con emplazamiento de las partes.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se formó rollo de casación núm. 50/2017, en el que se personaron todas las partes, y se pasaron al Ponente Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Seoane Prado.

Por auto de 31 de octubre de 2017 se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a la parte recurrida por veinte días para formalizar oposición.

La representación legal de la parte recurrida, Sra. Gabián Usieto, presentó escrito de oposición.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los autos de los que trae causa el presente recurso tienen por origen la pretensión deducida por D. Pedro José para que fueran modificadas las medidas vigentes que regulaban el divorcio de su mujer, D<sup>a</sup> Edenize, fijadas primero por sentencia de fecha 27 de junio de 2005, dictada en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo nº 521/2005, y luego por la dictada en el procedimiento de modificación de medidas nº 460/2007, que terminó por sentencia de segundo grado de fecha 20 de julio de 2007.

La sentencia de primer grado entendió que habían cambiado las circunstancias desde que fueron adoptadas las medidas, y estimó en parte la demanda en el sentido de instaurar una pensión alimenticia de 125 € mensuales a cargo de la madre como contribución al sostenimiento del hijo común, Pedro José, nacido el día 4 de mayo de 1998, que convive con su padre y continúa sus estudios; asimismo estimó la pretensión de cese de la atribución del derecho de uso de la que fuera vivienda familiar a la madre con efectos de 30 de junio de 2017, de manera que a dicha fecha la demandada y quienes con ella convivan deberían haberla desalojado.

La sentencia de apelación confirma tal decisión, con la sola excepción del importe de la pensión fijada, que reduce a 80 €.

Contra tal decisión se alza D<sup>a</sup> Edenize mediante recurso por infracción procesal y de casación. El primero por errónea valoración de la prueba; el segundo por infracción de los arts. 81 CDFA y 33 de la CE.

**SEGUNDO.-** Recurso por infracción procesal, errónea valoración de la prueba.

El motivo va dirigido a combatir la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia de que ha habido una alteración sustancial de circunstancias que permiten la variación de las medidas acordadas en las sentencias matrimoniales previas.

La sentencia de primer grado señala a tal efecto que en las medidas a modificar había sido acordada la custodia compartida del mencionado hijo por ambos progenitores, quienes soportarían los gastos de éste durante el tiempo que conviviera con ellos, y que en la actualidad ninguno de los tres hijos vivía ya con su madre en el domicilio familiar, a diferencia de la situación anterior producida tras la sentencia de divorcio, en que fue atribuida a la madre la custodia de los dos hijos menores de edad en aquél tiempo.

Para justificar tal conclusión, el Juzgado razona:

<< Actualmente Pedro José es mayor de edad y reside de forma habitual en el domicilio paterno desde hace ya varios años. Así se desprende entre otras, de la prueba documental practicada consistente en el acta de manifestaciones realizadas por el citado hijo el pasado 7 de marzo ante el Notario de esta Ciudad D. José Manuel Martínez Sánchez y ante quien el referido Pedro José afirmó residir con su padre desde el año 2010 y ser su deseo continuar haciéndolo en lo sucesivo. El citado documento no puede evidentemente ser considerado como prueba testifical pero sí como prueba documental que, además, viene corroborada por otros datos como lo es el hecho de que el actor incluya al citado hijo en su declaración de IRPF del ejercicio 2015 como conviviente con él (casilla 80), lo que no hace la Sra. F. quien, por otro lado, reconoce en su escrito de contestación a la demanda que el citado hijo convive con el actor desde mediados del año 2013.

Por otro lado, en la citada escritura de manifestación el hijo común refiere y afirma que es su padre quien se hace cargo de todo sus gastos y que si bien mantiene buena relación con su madre visitándola en ocasiones, con esta ni convive ni come habitualmente, no habiendo tampoco la misma contribuido a sus gastos. Frente a tales manifestaciones, la demandada no ha acreditado haber satisfecho gasto alguno del hijo común ni contribuido económicamente a su manutención desde que el mismo convive con el padre, ni tampoco ha acreditado que Pedro José pernocte ni coma de forma habitual, o al menos frecuente, en el domicilio de la demandada.

En suma, es el Sr. B. con quien convive de forma habitual y estable el hijo común y quien hace frente a todos los gastos del mismo, debiendo por tanto la Sra. F. contribuir a dicha manutención conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón. >>

Por su parte, la Audiencia ratifica tales conclusiones fácticas del siguiente modo:

<<Ha quedado debidamente acreditado por la prueba practicada y explicitada en la sentencia recurrida, en términos que comparte esta Sala, que el hijo Pedro José reside habitualmente con el padre, que asume todos sus gastos, sin que en la actualidad resida con la madre en el domicilio familiar ninguno de los hijos comunes con el Sr. B. y si hijo de otra relación respecto del que ninguna obligación debe asumir el Sr. B. >>.

Sostiene la recurrente que el Juzgado primero, y la Sala al ratificar su decisión, infringieron la constante doctrina jurisprudencial que sienta que las manifestaciones dadas en actas notariales no tienen valor probatorio, ni como testificales ni como documental, pues hurta el derecho a la contradicción a la parte que no ha propuesto dicha prueba.

Es cierto que, como afirma la recurrente, las afirmaciones vertidas en condición de testigos en un acta de manifestación notarial no tienen valor probatorio, salvo que hayan sido ratificadas en juicio por quienes las hayan hecho; y en este sentido pueden ser citados la STS 1090/2003 o el ATS 28 de septiembre de 2010, en recurso 486/2009.

Pero es el caso que el hecho relevante de que el único hijo dependiente ha cambiado el domicilio que tenía en compañía con su madre por el de su padre es un hecho paladinamente reconocido por la recurrente, quien al contestar la demanda afirma que:

<<El hijo Pedro José se encuentra todavía en pleno período de formación realizando sus estudios, y, aun cuando convive con el padre desde mediados de 2013 ya que antes lo hacía con la madre, pernocta con ella en ocasiones y con ésta es con la que habitualmente come encargándose ella de sufragar tal necesidad >>.

Tal admisión supone que el hecho afirmado por el actor se halla exento de prueba, de acuerdo con el art. 281.3 LEC; pero es que, además, existen, junto a las manifestaciones del hijo, otros elementos de prueba, como son la declaración de hacienda del padre, que lo incluye como conviviente, y de la certificación de empadronamiento, de la que resulta tal convivencia.

Afirma la recurrente que si se tiene por admitido el hecho de la convivencia del hijo con el padre, también debería haber sido tenido por probado que es ella quien soporta su alimento diario, pero tal afirmación choca con la regla de valoración establecida en el artículos 405.3 LEC, que regula la contestación a la demanda, y el art. 316 LEC, que hace lo propio para el interrogatorio de partes, conforme al que solo han de ser tenidas por probadas las afirmaciones de parte que le son perjudiciales, pues si bien es cierto que el último precepto incorpora el principio de indivisibilidad que contenía el art. 1253 CC, en el caso solo el hecho de la convivencia se halla respaldado por otros elementos probatorios.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el hecho en cuestión es irrelevante para dar respuesta al único motivo de casación, que se haya dirigido a discutir la decisión sobre el lanzamiento de la vivienda en su día conyugal, una vez concluido el plazo por el que fue atribuido su uso a uno de los esposos.

En consecuencia, el motivo de infracción procesal ha de ser desestimado.

**TERCERO.-** El motivo de casación afirma infracción del art. 81 CDFA, y del art. 33 CE.

En su desarrollo nada dice sobre la infracción del precepto constitucional que se denuncia, por lo que poco podemos decir para dar contestación a tal alegato.

Sí se ocupa, en cambio, la recurrente de explicar la infracción del de Derecho Aragonés. Sostiene que una vez que se produce el cese de la atribución de uso de la vivienda familiar acordada en el procedimiento matrimonial, cuando dicha vivienda es de propiedad común de los esposos, el juzgador que conoce de aquel procedimiento carece de competencia para decidir el desalojo, pues desde entonces rigen las reglas de la comunidad

ordinaria, y al efecto cita diversas sentencias de la sec. 2ª de la AP de Zaragoza.

Pues bien, es cierto que dicho tribunal ha venido manteniendo la tesis que se sostiene en el recurso, pero la misma ha sido desautorizada por esta Sala, como ya indica la sentencia de segundo grado, en nuestras SS 25/2016, dictada en recurso nº 33/2016; y 13/2017, en recurso 3/2017.

Así, en la primera de ellas, dijimos:

<< 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 finalizará 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 CDFA, procede estimar el recurso de casación por este motivo, casando la sentencia de apelación y confirmando la de primera instancia en este punto. >>.

Y en la segunda dijimos, en la misma línea:

<< Las anteriores conclusiones son, por otra parte, las que permitirán hacer realidad la previsión imperativa recogida en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 81 del CDFA, cuando ordenan que el Juez debe establecer la atribución del uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta, bien el acuerdo de los interesados, bien las circunstancias concretas de cada familia, y con limitación temporal. Si, como acuerda la sentencia recurrida, el fin del plazo judicialmente fijado como término del derecho de uso de la madre no supone el desalojo de la vivienda, tal pronunciamiento pierde la precisión y eficacia que la norma impone. Porque, en lugar de quedar libre la vivienda y a disposición de ambos copropietarios en régimen de igualdad a partir del día indicado, se mantiene una situación de supremacía de la ocupante, aun ya carente del título judicial que en su momento la habilitó como usuaria, frente al otro coposeedor, que si quiere disponer de los efectos de la copropiedad tendrá, primero, que accionar para desalojar al copropietario carente de título.

En definitiva, el cumplimiento de lo acordado en la sentencia recurrida conllevaría aparentemente sostener el título judicial habilitante de uso a la madre sólo hasta el día 30 de septiembre de 2017 pero luego, sin embargo, y contradictoriamente, mantenerla de facto poseyendo, y a expensas, no ya de la ejecución del auto que en el procedimiento de familia habilitó para poseer, sino de la interposición de nueva demanda por el actor ante Juzgado distinto del que dio en su momento el título ya extinguido a la usuaria. Todo lo cual contradice tanto el artículo 81.3 CDFA como la línea jurisprudencial seguida por esta Sala en su interpretación, de la que cabe destacar la sentencia de 4 de enero de 2013 que casó el pronunciamiento que abocaba a las partes a que, por indebida aplicación del artículo 394 del Código Civil, instaran demanda de modificación de medidas una vez finado el plazo de uso de la vivienda señalado; o la sentencia de 14 de octubre de 2016, que casó la sentencia en lo que daba posibilidad de mantener el uso más allá del plazo fijado y hasta la venta de la vivienda.>>

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

**CUARTO.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

1. Desestimar el recurso por motivo de infracción procesal formulado contra la sentencia de fecha 28 de julio de 2017 dictada por la Secc. 2<sup>a</sup> de la AP de Zaragoza en el Rollo 345/2017.
2. Desestimar el recurso por motivo de casación contra la expresada resolución.
3. Imponer las costas a la parte recurrente.
4. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

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