



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal núm. 61 de 2016

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

**Excmo. Sr. Presidente** /  
**D. Manuel Bellido Aspas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Javier Seoane Prado** /  
**D. Luis Ignacio Pastor Eixarch** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /  
**D. Ignacio Martínez Lasierra** /

En Zaragoza, a diez de marzo de dos mil diecisiete.

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 61/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 25 de octubre de 2016, en el rollo de apelación número 52/2016, dimanante de autos de modificación de medidas núm. 137/15, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D<sup>a</sup>. María Mercedes P. G. representada por el Procurador de los Tribunales D. Cesar Ayllón Romera y dirigida por el Letrado D. Álvaro de Lasala Lobera y como parte recurrida D. Miguel S. M. representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén

Berrio Salvador y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús Gutiérrez Julián en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales D. Cesar Ayllón Romera en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María Mercedes P. G. presentó demanda de modificación de medidas, frente a D. Miguel S. M., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites pertinentes, se dictase sentencia por la que acuerde “La extinción inmediata de la atribución del derecho de uso a favor del esposo del domicilio familiar, sito en Fuentes de Ebro (Zaragoza), calle..., así como la inmediata venta de la vivienda para el supuesto de que no se alcance un acuerdo en la extinción del condominio, por el precio que fije en ejecución de sentencia por perito tasador designado judicialmente.- La extinción inmediata de la atribución del derecho de uso a favor del esposo de la nave y a la parcela de terreno agrícola (descritos en la sentencia de divorcio como solar con nave sito en C/ A, s/n, en el polígono 14, parcela 21, actualmente calle ... de trescientos metros cuadrados inscrito en el registro de la propiedad de ... al tomo 394, Folio 222, libro 77, finca registral nº 12.492, y como Campo de regadío partida Manga, polígono 5, parcela 189, inscrito en el registro de la propiedad de ... al tomo 355, libro 64, folio 47, finca registral 10.427. con carácter subsidiario a esta pretensión, y para el supuesto de que el demandado acredite que percibe rendimientos por el uso de tales bienes y se oponga a la extinción de la atribución del derecho de uso, así como también en el supuesto de que se acredite que sus ingresos se han visto incrementados con respecto a los que disponía en el proceso de modificación de medidas, se acuerde el restablecimiento de los importes de la pensiones alimenticias de los dos hijos menores de edad y compensatoria a favor de la esposa que fueron acordadas en el proceso de divorcio, con las inherentes actualizaciones que correspondan con arreglo al incremento del IPC.”

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

Una vez le fueron nombrados Abogado y Procurador del turno de oficio al demandado, éste, y dentro del plazo concedido, compareció en autos contestando la demanda planteada de contrario, oponiéndose a la misma, y suplicando se dictase sentencia “desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la actora con imposición de las costas.”

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

**TERCERO.-** Admitida la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 19 de octubre de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo: Que debo desestimar la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> María Mercedes P. G. contra D. Miguel S. M. y en consecuencia confirmar los pronunciamientos contenidos en las diversas resoluciones judiciales mencionadas.”

**CUARTO.-** La representación procesal de D<sup>a</sup>. María Mercedes P. G. presentó recurso de apelación contra la sentencia. Se confirió traslado a las otras partes, que contestaron, oponiéndose la parte contraria y adhiriéndose parcialmente al recurso el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda y comparecidas las partes, en fecha 25 de octubre de 2016 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que desestimando el recurso de apelación y la impugnación respectivamente interpuestas por **DOÑA MARÍA-MERCEDES P. G.** y por **el MINISTERIO FISCAL**, uno y otra contra la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 19 octubre 2015 por el Juzgado de 1<sup>a</sup>. Instancia

nº. 16 de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin especial declaración sobre las costas causadas en esta alzada.”

**QUINTO.-** La representación legal de D<sup>a</sup>. María Mercedes P. G. interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, basándolos en los siguientes motivos:

Respecto a la infracción procesal, infracción de las normas procesales en relación a lo dispuesto en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y en cuanto a la casación, infracción del art. 81.3 del Código Foral Aragonés.

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

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

Por auto de 21 de diciembre pasado, se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición.

Dentro de plazo, presentó su oposición al recurso planteado de contrario la parte recurrida; por su parte, el Ministerio Fiscal, interesó la desestimación del recurso de infracción procesal y la estimación del recurso de casación.

No considerándose necesaria por parte de la Sala la celebración de vista, señaló para Votación y Fallo el 22 de febrero de 2017.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 21 de octubre de 2009 se dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo entre actora y demandado, y en ella se resolvió, conforme a lo pactado por las partes, atribuir al esposo por tiempo indefinido el uso de la vivienda, dado que la esposa y los hijos del matrimonio fijaron su residencia en la vivienda de la madre de aquella, en ....

En autos de modificación de medidas recayó sentencia de 4 de febrero de 2014 desestimatoria de la pretensión reconvenional de la Sra. P. que había interesado la extinción del derecho de uso de la vivienda, apreciando la sentencia que no habían variado las circunstancias que determinaron dicha adjudicación, por lo que debían estar las partes a lo pactado. Dicha sentencia fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de 3 de junio de 2014.

En el procedimiento del que trae causa el presente recurso de casación se ha planteado nuevamente la petición de que se declare la extinción del derecho de uso, para lo que se invocó una modificación de circunstancias consistente en que la madre de la Sra. P., que había acogido a su hija y nietos en su domicilio, le había instado a abandonar el mismo.

La sentencia de primera instancia, después confirmada, desestimó la demanda al no considerar acreditada la modificación de circunstancias alegada como fundamento de la pretensión.

**SEGUNDO.-** En el primero de los motivos de recurso se alega infracción procesal por vulneración del artículo 217 de la LEC si bien, en el desarrollo de aquel, la recurrente manifiesta su disconformidad con la valoración que, de la prueba documental aportada, lleva a cabo la sentencia.

En relación con el precepto que se dice vulnerado, la STS de 2 de diciembre de 2014 expresó:

En cuanto a la carga de la prueba resulta conveniente tener en cuenta que la Sentencia *de esta Sala, de fecha 26 de septiembre de 2008, recogiendo la doctrina establecida en la Sentencia de 12 de junio de 2007, resume la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos: 1.- Para que se produzca la infracción del art. 1214 (actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es preciso que concurren los requisitos consistentes en: a) Existencia de un hecho -afirmación fáctica positiva o negativa- precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o*

*dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y d) Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. 2.- No cabe aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad -incoherencia- pero ello afecta, a la motivación y no a la carga de la prueba. 3.- El artículo 1214 del Código Civil (actual 217 de la LEY 2000) no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala, dentro de la cual caben citar las sentencias de 26 y 31 de mayo, 1 y 8 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 2 de marzo de 2007.*

Es decir, las reglas de distribución de la carga de la prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de tal ausencia a la parte a quien, según aquellas, no le incumbía demostrarlos ni, por tanto, soportar las consecuencias de la falta o deficiencia probatoria. No es eso lo que ha ocurrido aquí. Ambas instancias, tras la valoración de la prueba, concluyen que no se ha acreditado el cambio de circunstancias, pues consideran de dudosa credibilidad la carta que se acompañó con la demanda como principal sustento probatorio, y lo mismo el resto de documentos que a ese mismo fin se aportó en el acto de la vista. A la parte que pidió la modificación le incumbía probar los hechos constitutivos de su pretensión, y, según se ha valorado en las instancias, no lo ha hecho. No cabe alegar la vulneración citada para mostrar tan sólo, como hace la parte, la disconformidad con la valoración de la prueba realizada pues, como se ha señalado, la supuesta infracción del "onus probandi " no permite la revisión de valoración de la prueba practicada, que solo cabría por la vía de alegar la irracionalidad de aquella, lo que no hace la recurrente en el recurso que se nos somete. De cualquier modo, es oportuno tener en cuenta lo que en el acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y

extraordinario por infracción procesal del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 de la Sala Primera del Tribunal Supremo se precisa: *es incompatible la alegación de error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre un mismo hecho.*

En consecuencia, y de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal y la contraparte, el motivo se desestima.

**TERCERO.-** En el motivo de casación se denuncia infracción del artículo 81.3 del CDFa. Previamente al análisis de la pretensión impugnatoria conviene poner de relieve lo que sigue.

La parte expresó en la demanda que, además de la alegada variación de circunstancias, se había producido asimismo un cambio legislativo, pues había entrado en vigor el artículo 83 del CDFa.

Pero en el recurso de apelación, la parte combatió los pronunciamientos de la sentencia así: “...la petición de que se extinga el derecho de uso sobre la vivienda familiar no se ha tratado de justificar por esta parte en un cambio normativo, sino en una alteración de las circunstancias existentes en el momento de la fijación de las medidas. Ciertamente, la postura de mi mandante es sencilla: la atribución al esposo del uso de domicilio familiar se sustentó en el hecho de que mi mandante y los tres hijos comunes se marchaban al domicilio de la madre de mi representada y por eso no se definió el límite de esa atribución al Sr. S. Si mi mandante y los tres hijos ya no están en ese domicilio, la situación ha cambiado y por eso se solicita que se extinga ese derecho de uso. **En ningún momento, por tanto, se ha indicado que la causa por la que se insta la modificación de circunstancias sea la del cambio normativo (...).** Otra cosa es que a la hora de fundamentar la petición, sea necesario justificar el derecho material aplicable (...).”

La sentencia de apelación, como hemos adelantado, y en congruencia con el planteamiento de la parte, confirmó la de primera instancia por no considerar acreditada la alteración de circunstancias, de modo que entendió no aplicable el artículo 81.3 al faltar el presupuesto para ello.

**CUARTO.-** Debemos recordar nuestra doctrina acerca de los presupuestos que deben concurrir para poder dar lugar a una modificación de medidas. En nuestra sentencia de 13 de octubre de 2016 dijimos:

*De acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013, de 3 de octubre y 17/2013, de 13 de marzo o 10/2015, de 2 de marzo) en interpretación de lo dispuesto en el art. 79.5 CDFA y 775.1 LEC, para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial es inexcusable la concurrencia de los siguientes requisitos:*

*a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.*

*b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.*

*c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.*

*d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.*

*Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así.*

*Y la razón por la que las sentencias de ambas instancias rechazan la demanda de modificación es precisamente que no consideran que se haya producido el necesario cambio de circunstancias, (...).*

La consecuencia de esta doctrina es que, si no concurren las variaciones necesarias para que puedan ser objeto de nuevo estudio y decisión las medidas matrimoniales ya adoptadas, no cabe hablar de infracción del precepto del artículo 81.3, al no ser aplicable por falta del presupuesto (el cambio) necesario para su aplicación.

**QUINTO.-** La recurrente, después de exponer algunas sentencias de esta Sala en relación con el precepto del artículo 81.3, argumenta del modo siguiente.

En primer lugar, considera que la sentencia debería haber fijado el límite que impone el artículo 81.3 del CDFA en cualquier caso, es decir, tanto para el supuesto de considerar probada la alteración sustancial de las circunstancias como en el contrario. Al no haberlo hecho –en tesis de la parte- se vulnera la interpretación jurisprudencial sobre dicha norma. Con cita de la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2015, aduce que la existencia del pacto donde se atribuía al esposo el uso del domicilio con carácter indefinido no impide que ahora se fije un límite, pues en aquel momento no era de aplicación el 81.3, de manera que si ahora es imperativa la limitación temporal, así ha de acordarse.

Este planteamiento, a la vista de lo reseñado en el fundamento tercero, comporta una variación respecto del realizado en la instancia, lo que está vedado en casación y por ello habría de dar lugar, sin más, a la desestimación del motivo. En cualquier caso, no tiene razón. Como ha quedado ya expuesto, por la falta de acreditación de los cambios fácticos alegados era de aplicación el artículo 79.5 y no el 81.3, al estarse ante un procedimiento de modificación de medidas y no ante uno de divorcio. Esta segunda norma, de acuerdo con lo dispuesto en la DT Sexta del CDFA, es de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y medidas adoptadas con anterioridad al 8 de

septiembre de 2010, pero para la revisión (y eventual modificación) de esas medidas hace falta –habremos de reiterarlo– que se haya producido una modificación relevante de las circunstancias. Y no basta con el mero cambio normativo; si la voluntad del legislador hubiese sido que ello fuera, en sí, causa de revisión de las medidas, lo hubiera expresado así. Pero, sólo para la custodia compartida hay una tal previsión, y sólo durante el plazo de un año (apartado segundo de la DT Sexta). En relación con esta cuestión, hemos precisado (así, SSTSJA de 14 de septiembre de 2016, 23 de mayo de 2014 y 3 de octubre de 2013) que, una vez transcurrido el plazo indicado de un año no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia de divorcio, sino que debe estarse al régimen general indicado del artículo 775 de la LEC, de modo que los interesados en la modificación del régimen de custodia que fueran establecidas en el momento inicial de regulación de la situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas.

Lo que en la sentencia de 17 de febrero de 2015 (y la de 21 de octubre de 2014 que en ella se cita) vino a señalarse, es que la alteración de las circunstancias económicas puede incidir en el pacto sobre la atribución del uso. Pero no se dijo en esa ocasión, frente a lo que aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al recurso de casación, que la DT Sexta establezca el carácter retroactivo de la norma del artículo 81.3.

**SEXTO.-** Alega también la parte que nada obsta a su pretensión la existencia de un previo proceso de modificación de medidas (en un momento en el que, por cierto, ya había entrado en vigor la Ley 2/2010) al ser diferentes los motivos para interesar el cambio y encontrarnos, además ante un supuesto en el que *concorre el interés de los hijos menores de edad*.

El alegato tampoco puede tener éxito.

El derecho de uso de la vivienda se concibe, en general, como una medida de protección de los menores, es decir, se atribuye al cónyuge al que se le ha otorgado la custodia de los hijos y precisamente por esa razón. Señala la STS de 19 de noviembre de 2013 que *El principio que aparece*

*protegido en esta disposición (art. 96 cc) es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 CC). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección. Como se expresa en el Preámbulo del CDFA, en la custodia compartida, el criterio de atribución es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia. En los casos de custodia individual se atribuye el uso con carácter general a favor del progenitor que ostente la custodia (a menos que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro).*

En el caso presente, sin embargo, nos encontramos ante un acuerdo que se aprobó judicialmente, lo que significa que se estimó que el interés de los menores quedaba debidamente protegido con la estipulación de que pasasen a residir con su madre en el domicilio de su abuela. Lo que era domicilio familiar dejó de serlo para pasar a ser el del padre, destino que ambos titulares (ya fuera por entender que el padre estaba más necesitado de protección o por otras razones) convinieron, en uso de su libertad de pacto. Y sin que pueda ésta limitarse, frente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, por la norma del artículo 81.3 del CDFA que tiene carácter preeminente dispositivo, pues debe prevalecer el acuerdo que sobre el uso de la vivienda hayan alcanzado los cónyuges salvo, claro está, que se entienda perjudicial para los hijos menores, cuyo interés es materia de orden público.

En suma, la sentencia recurrida no ha vulnerado el artículo 81.3, por lo que el recurso se desestima.

**SÉPTIMO.**- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, no obstante, la naturaleza de los intereses en juego aconsejan no hacer imposición de las cotas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general aplicación,

## FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda el día 25 de octubre de 2016 en el rollo de apelación num. 52/2016.

2. No hacer imposición de las costas del recurso

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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