

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación num. 3/2017

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

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

En Zaragoza, a dos de junio 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 número 3/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 2 de diciembre de 2016, recaída en el rollo de apelación número 558/2016, dimanante de autos de modificación de medidas núm. 990/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Vicente R. G., representado por la

Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Uriarte González, y dirigido por la Letrada D^a. Altamira Gonzalo Valgañón, siendo parte recurrida D^a. M^a Teresa M. H., representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Piñol Lázaro y dirigida por el Letrado D. Alberto Pardina Cancer.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Uriarte González, actuando en nombre y representación de D. Vicente R. G., presentó demanda de modificación de medidas frente a D^a. María Teresa M. H., con base en los hechos y fundamentos de derechos que expuso en la demanda y terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, “dicte Sentencia por la que se estime la demanda y acuerde limitar temporalmente el derecho de uso del domicilio familiar que tiene la demandada, fijándolo hasta el día 15 de marzo del 2016, en cuya fecha deberá desalojarlo y dejarlo libre, poniéndolo en ese momento a la venta por el precio que acuerden o, en defecto de acuerdo, por el precio que fije quien en ese momento sea presidente del colegio de API de Zaragoza.”

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándolos para que comparecieran en autos en tiempo y forma.

Contestada la demanda dentro de plazo, tanto por el Ministerio Fiscal como por la representación procesal de D^a. María Teresa M. H., ésta última se opuso a la misma y suplicó al juzgado que, previos los oportunos, “dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda e imponiendo las costas la parte actora.- Con carácter subsidiario, y para el supuesto de que se acordase fijar la temporalidad del derecho de uso que ostenta con carácter patrimonial mi representada se fije su extinción no antes del plazo de cinco años desde que así se declare, en atención a las concretas circunstancias de la familia.”

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia en fecha 6 de abril de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Uriarte González, en nombre y representación de d. Vicente R. g. frente a Doña. M^a Teresa M. H., debo declarar y declaro haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 9 de diciembre de 2008 en autos nº 1.336/2008, limitando hasta el 30 de septiembre de 2017 la atribución a la Sra. M. H. del uso y disfrute del domicilio y ajuar familiares, sitos en c/ ... de Zaragoza, fecha en la que la demandada y las hijas que con ella convivan deberán haber desalojado la citada vivienda dejándola libre, vacua y expedita a fin de proceder a su venta por el precio que determinen las partes de común acuerdo, o que el que fije un agente de la propiedad inmobiliaria elegido por las mismas, o en su defecto el precio medio de los determinados por 1 agente de la propiedad inmobiliaria designado libremente por cada una.- Permanecen inalterables el resto de los pronunciamientos de la citada sentencia de divorcio.”

CUARTO.- Interpuesto por el Procurador Sr. Piñol Lázaro, en nombre y representación de D^a M^a Teresa M. H., recurso de apelación contra la sentencia antes dictada, se dio traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose al planteado de contrario y al Ministerio Fiscal, quién manifestó que nada tenía que alegar al no existir hijos menores de edad o incapaces en el procedimiento.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes y previos los trámites legales, con fecha 2 diciembre de 2016, recayó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS.- Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña María-Teresa M. H. contra Don Vicente R. G. y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 6 de esta ciudad de 6 de Abril de 2016, debemos revocar y revocamos la misma en el único extremo relativo a la venta forzosa de la vivienda y condiciones de la misma que quedan sin efecto, matizando lo que debe entenderse por desalojo

de la vivienda familiar, en los términos expuestos por la representante resolución, debiendo confirmarla en el resto de extremos, sin hacer expresa imposición de las costas de esta instancia.”

QUINTO.- La Procuradora Sra. Uriarte González, en nombre y representación de D. Vicente R. G. interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, en base a un único motivo “Al amparo del artículo 477.2.3ª y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 81.3 del decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas.”

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, por auto de 7 de marzo pasado, 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, que lo hizo dentro de plazo.

Por providencia de 19 de abril de 2017, se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El matrimonio de los litigantes, doña María Teresa y don Vicente fue disuelto por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada el día 9 de diciembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, cuando las dos hijas del matrimonio eran menores de edad, pues Paula había nacido el día 3 de enero de 1995 y Lucía el 15 de marzo de 1998.

La sentencia de divorcio aprobó el convenio regulador presentado por los progenitores en el que, en lo referente a la cuestión hoy debatida,

acordaron la liquidación de la sociedad conyugal con establecimiento de condominio por partes iguales de ambos cónyuges sobre el que fue domicilio familiar. Su uso se adjudicaba a la esposa, a quien también se atribuía la guarda y custodia de las hijas.

La demanda rectora del presente procedimiento fue presentada el día 26 de octubre de 2015 por don Vicente, en solicitud de modificación de las medidas acordadas en 2008 exclusivamente en el acuerdo relativo al uso de la vivienda familiar. En concreto solicitó respecto de tal bien que se acordara “limitar temporalmente el derecho de uso del domicilio familiar que tiene la demandada, fijándolo hasta el día 15 de marzo del año 2016, en cuya fecha deberá desalojarlo y dejarlo libre, poniéndolo en ese momento a la venta por el precio que acuerden o, en defecto de acuerdo, por el precio que fije quien en ese momento sea Presidente del Colegio de API de Zaragoza”.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 dictó sentencia sobre las antedichas peticiones el día 6 de abril de 2016, en la que estimó que habían cambiado las circunstancias tenidas en cuenta cuando fue dictada la sentencia de 9 de diciembre de 2008 y estimó íntegramente las peticiones del demandante acordando, en consecuencia: limitar hasta el 30 de septiembre de 2017 la atribución de uso de la vivienda familiar a la demandada doña M^a Teresa; ordenar el desalojo de la vivienda a tal fecha, dejándola libre, vacua y expedita; y establecer que la vivienda se venderá por el precio que determinen las partes de común acuerdo o el que fije un Agente de la Propiedad Inmobiliaria elegido por ellas, o en su defecto por el precio medio de los determinados por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria designado libremente por cada una de las partes.

SEGUNDO.- La anterior sentencia fue recurrida en apelación por doña María Teresa, sin que en la impugnación pusiera en cuestión que se habían producido modificaciones de las circunstancias concurrentes para fijar las medidas reguladoras de la situación de divorcio.

La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2^a) dictó el día 2 de

diciembre de 2016 la sentencia ahora recurrida, en la que estimó en parte el recurso de apelación y revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 en “el único extremo relativo a la venta forzosa de la vivienda y condiciones de la misma que quedan sin efecto, matizando lo que debe entenderse por desalojo de la vivienda familiar, en los términos expuestos por la presente resolución”. La falta de literosuficiencia del fallo expuesto obliga a reproducir que los “términos expuestos” a que se refiere son los contenidos en el Fundamento de Derecho cuarto de la propia sentencia, en el que se recoge que “el desalojo del que habla la sentencia de instancia que se aduce debe de entenderse en términos de extinción del derecho de uso, y en consecuencia, retorno del régimen normal de comunidad”.

Es decir, la sentencia excluye la obligación señalada en la resolución del Juzgado de desalojar la vivienda una vez llegue el día 30 de septiembre de 2017.

TERCERO.- La sentencia dictada en segunda instancia ha sido recurrida en casación ante esta Sala por don Vicente. El recurso se sustenta en un único motivo, la infracción del artículo 81.3 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante), y tiene como objeto principal que se deje sin efecto la exclusión de la obligación de desalojo acordada en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, ya que considera la parte recurrente que con tal acuerdo de dejar sin efecto la obligación de desalojo del inmueble no ha sido establecido con precisión un momento cierto en que termine el derecho de uso de la vivienda. A ello añade el recurso la petición de mantenimiento del acuerdo de venta de la vivienda contenido en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La parte recurrida en casación, tras formular con carácter previo la concurrencia de motivo procesal de inadmisión del recurso de casación, se opone a la pretensión del recurrente con apoyo en lo acordado en sentencias previas de la Audiencia Provincial de Zaragoza (especialmente la de 29 de abril de 2015) y por considerar que obligar a que la aplicación del artículo 81.3 del CDFA conlleve siempre un apercibimiento de desalojo excede de las

facultades del juez, pues infringiría los derechos dominicales de cualquiera de los copropietarios.

CUARTO.- Con carácter previo a resolver la cuestión sustancial objeto del recurso es metodológicamente obligado hacer mención a la causa de inadmisibilidad que la parte recurrida formuló en su escrito de oposición al recurso de casación. Abstracción hecha de las consideraciones que contiene sobre la cuestión sustantiva de la cuestión, la causa procesal de inadmisión se funda en que el escrito de impugnación no cita en qué infringe la sentencia recurrida el Derecho Foral o la doctrina de esta Sala de Casación, y en que el recurso se limita a citar una sentencia que versa sobre supuesto distinto al que ahora es objeto de la impugnación. La comprobación del contenido del escrito presentado por la parte recurrente permite observar, en cambio, que el artículo que se cita como infringido es el 81.3 del CDFA. Y que la cita de la sentencia que transcribe parcialmente se hace como comprensiva de la interpretación establecida por el Tribunal Superior de Justicia también en sentencia anterior, y tuvo por objeto determinar si era correcta la fijación del plazo para uso del domicilio conyugal, lo que sí tiene relación con la cuestión planteada ahora y que ha sido expuesta en el Fundamento de Derecho anterior.

Por tanto carece de justificación la alegada causa de no ser admisible a trámite el recurso de casación.

QUINTO.- Las consideraciones expuestas en la sentencia recurrida que llevan a excluir que deba procederse al desalojo de la vivienda familiar una vez llegue el día 30 de septiembre de 2017 señalado como fin de atribución del uso del inmueble a la madre y las hijas, hoy mayores de edad, vienen recogidas en el Fundamento de Derecho cuarto de la resolución en los siguientes términos literales:

“Se recurre igualmente el desalojo acordado. Esta Sala también de modo reiterado, y en el recurso se citan varias de las resoluciones acordadas en ese sentido, ha expuesto que los Juzgados de familia al tratar este tema, sólo se pronuncian sobre la duración del derecho de uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFA). Al término del mismo, que es lo que debe de

entenderse se acuerda en la sentencia, en los supuestos de condominio o de copropiedad, como el presente, lo que concurre a continuación es un derecho de cada comunero o copropietario a usar de la cosa común conforme a su destino de modo que no impida el uso del otro copropietario, tal y como al efecto prevé el genérico art. 394 CC (*Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho*).

Por consiguiente tratándose de un comunero o copartícipe la recurrente y de otro comunero o copartícipe el recurrido, no hay propiamente un derecho de lanzamiento o desalojo del bien común, pues ello conduciría al sinsentido de que ninguno de los comuneros puede utilizar la cosa común conforme al destino que le es propio. Lo que no cabrá es por el antiguo usuario impedir el derecho del otro copartícipe a usar la cosa conforme a su destino si así lo solicitare.

Por consiguiente el desalojo del que habla la sentencia de instancia que se aduce debe de entenderse en términos de extinción del derecho de uso, y en consecuencia, retorno del régimen normal de comunidad.”

Como se desprende de lo antes transcrito, la argumentación del Tribunal de Apelación parte de entender que cuando los litigantes acordaron en el año 2008 la atribución del que había sido domicilio conyugal lo hicieron como titulares de una comunidad proindiviso ordinaria, de modo que una vez finado el plazo en que los condueños acuerdan el uso exclusivo de la madre e hijas, se retorna al régimen de copropiedad. Esta posición de partida que tiene en cuenta tan solo la existencia de una comunidad de bienes proindiviso como causa inicial de atribución del uso de la vivienda conyugal no tiene en cuenta primero, que el entorno jurídico en que se tomó el acuerdo de atribución de posesión entre los condóminos era el propio de la ruptura de la relación de convivencia conyugal. Y, segundo, que dentro de tal situación de fin de la relación convivencial, estaba además presente un factor añadido de relevancia esencial al tiempo de fijar el derecho de uso de la vivienda, muy superior a la mera atribución de titularidad del bien, como lo era la obligada atención a las dos hijas menores del matrimonio cuyo domicilio había sido el inmueble de propiedad indivisa de los progenitores, y que quedaban bajo la guarda y custodia de la madre.

La incidencia de tales entornos jurídico y fáctico en el momento de decidir sobre la atribución de uso del domicilio familiar excluye, por las razones que a continuación se expondrán, la apreciación hecha en la sentencia recurrida de que fue la comunidad ordinaria de bienes la determinante del uso del domicilio conyugal, y la consecuencia en ella obtenida de que, terminado el tiempo de uso establecido, se volverá al régimen ordinario de comunidad.

SEXTO.- Dentro del régimen propio del conjunto de bienes que en su momento integraron el consorcio conyugal y que luego, con la liquidación de éste, pasan a ser adjudicados a cada uno de los cónyuges recibe un especial tratamiento legal todo lo referente a normas de uso, administración y disposición de la vivienda familiar cuando, como ocurre en el presente caso, existían descendientes menores necesitados de protección. En tal supuesto las normas a observar no serán las generales propias del consorcio disuelto y pendiente de liquidación, y ni siquiera las propias reguladoras del resultado de la liquidación y correlativa adjudicación de bienes o derechos a cada uno de los cónyuges. Porque en tal caso de presencia de menores la regulación especial viene dada por el artículo 81 del CDFA. Este precepto atribuye en exclusiva al Juez que conoce del procedimiento de familia la decisión de atribución del uso, según se esté ante la custodia compartida o la individual, y en atención a cuestiones tales como mayor dificultad de acceso a la vivienda o mejor interés para las relaciones familiares.

La resolución de la autoridad judicial se hará en algunos supuestos a la vista de la propuesta de convenio regulador que puedan presentar los interesados, y en otros sin la previa propuesta de las partes. Pero, en todo caso, la decisión final, en aras al aseguramiento del interés de los menores como más necesitado de protección, corresponde sólo al Juez, con audiencia preceptiva del Ministerio Fiscal.

Consecuencia de lo anterior es que el título por el que uno de los progenitores tiene derecho de uso del bien es la decisión judicial. Y no es el de ser o no ser copropietario de él. Incluso puede no tener el designado como

usuario ninguna titularidad sobre el inmueble o tenerla por parte inferior a la mitad. Es más, cabe que el inmueble sea propiedad de un tercero y que en la relación interna entre los progenitores se atribuya el uso a uno de ellos.

Es así sólo la decisión judicial la que se configura como razón atributiva de la posesión del bien y de su derecho de uso. El derecho demanial queda por tanto así excluido como título justificativo de la posesión. Y siendo el único título legalmente previsto la decisión judicial, es este mismo título el que determinará las condiciones en que el uso deba hacerse, en que los gastos derivados de la utilización deban abonarse y, en fin, el que fijará el plazo por el que la posesión del bien se otorga a uno u otro progenitor. O, dicho en otras palabras, y como indica el criterio fijado por el Tribunal Supremo, plenamente asumible también ante la regulación del artículo 81 del CDFA (sentencia de 18 de enero de 2010 (rec 1994/2005): “ (...) Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. (...)”

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Conclusión de lo expuesto es la estimación del recurso en lo que interesaba la casación del pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre no obligación de desalojo de la vivienda una vez llegado el día 30 de septiembre. En lugar de ello se estará a lo acordado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia el día 6 de abril de 2016, esto es, a la obligación de la recurrida de dejar la vivienda vacua, libre y expedita en la fecha indicada.

NOVENO.- La parte recurrente interesa igualmente en el suplico de su recurso que sea casada la sentencia en cuanto deniega la procedencia de que se proceda a la venta de la que fue vivienda familiar. La fundamentación del escrito de impugnación no contiene al respecto la exposición de razón alguna que abone tal petición. Ante ello no cabe estimar esta solicitud, ya que no consta motivo alguno que justifique modificar en este extremo los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida y que condujeron a

concluir que no es necesario para unas adecuadas relaciones familiares la orden judicial de venta del bien. Lo cual no obsta, claro está, a la posibilidad de que las partes decidan al respecto lo que estimen oportuno o a que, caso de desacuerdo en esta cuestión, acudan al auxilio judicial previsto para los casos de disconformidad de los copropietarios de un bien sobre el mantenimiento de la indivisión o forma de utilizar la cosa, una vez que la situación jurídica y de hecho es realmente la de copropiedad.

DÉCIMO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser parcialmente estimado el recurso de casación presentado no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en su tramitación. Respecto de las causadas en la instancia no se hace tampoco expresa imposición, por considerar que la naturaleza de la cuestión planteada plantea cuestiones fácticas dudosas, al estar imbricada en un procedimiento matrimonial cuyo objeto es la vivienda familiar, con implicación en su momento de menores de edad, y luego dependientes de los progenitores a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad y mayores de edad.

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Vicente R. G. contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 2 de diciembre de 2016 en Recurso de Apelación nº 558/2016, que casamos en el extremo en que dejaba sin efecto la obligación de desalojo de la vivienda que fue familiar

SEGUNDO.- En lugar de lo acordado en la sentencia casada respecto del desalojo, se estará al fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza el día 6 de abril de 2016 en autos de Modificación de Medidas de Divorcio nº 990/2015-3, esto es, el día 30 de

septiembre de 2017 doña María Teresa M. H. y las hijas que con ella convivan deberán haber desalojado la vivienda sita en la capital de Zaragoza, C/..., dejándola libre, vacua y expedita.

TERCERO.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

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

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

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