



Roj: **STSJ AR 327/2018 - ECLI: ES:TSJAR:2018:327**

Id Cendoj: **50297310012018100018**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2018**

Nº de Recurso: **51/2017**

Nº de Resolución: **9/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación autonómico**

Ponente: **LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00009/2018 ARAGON

Equipo/usuario: FCB

Procedimiento:

CAS RECURSO DE CASACION AUTONOMICO 0000051 /2017

Órgano de origen: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de ZARAGOZA

Proc.órgano origen: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000328 /2017

Recurrente: Gregoria

Procurador: BEGOÑA URIARTE GONZALEZ

Abogado: ALBERTO VERON IZQUIERDO

Recurrido: Fernando

Procurador: JORGE LUIS GUERRERO FERRANDEZ

Abogado: EVA VERA ANDRES

S E N T E N C I A N U M . N U E V 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 dieciséis de marzo 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 51/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 19 de septiembre de 2017, recaída en el rollo de apelación número 328/2017, dimanante de autos de modificación de medidas núm. 40/2017, seguidos ante el Juzgado de



Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D^a. Gregoria , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Uriarte González y dirigida por el Letrado D. Alberto Verón Izquierdo, frente a D. Fernando , representado por el procurador D. Jorge Guerrero Fernández y dirigido por la Letrada D^a. Eva Vera Andrés.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de Zaragoza, el Procurador de los Tribunales D. Jorge Guerrero Fernández, actuando en nombre y representación de D. Fernando , presentó demanda de modificación de medidas de divorcio contra D^a. Gregoria , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que:

"dicte resolución por la que se acuerde dejar sin efecto la medida 2^a contenida en el Fallo de la Sentencia de divorcio, acordando se suprima el uso de los siguientes domicilios:

1. Vivienda sita en Zaragoza CALLE000 nº NUM000 , NUM001 . Cuyo uso ostenta la esposa desde diciembre de 2009 hasta la liquidación.

2. Vivienda sita en Zaragoza CALLE001 nº NUM002 , piso NUM002 NUM003 , Esc. NUM004 . Cuyo uso ostenta el marido desde diciembre de 2009 hasta la liquidación.

Debiendo desalojarla y quedar libre en un plazo de un mes desde que

se dicte sentencia en el presente proceso y, en todo caso, antes del 1 de abril de 2017.

Se impongan las costas a la demandada si se opusiera a la presente demanda".

Solicitaba por otrosí que se acordaran como medidas provisionales en tanto se tramitara el proceso las mismas medidas solicitadas en el suplico de la demanda y anteriormente descritas, así como la práctica de prueba documental 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 hizo dentro de plazo, contestando la parte recurrida a la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, "dictar sentencia por la que desestimando la demanda, se absuelva de lo solicitado en el suplico de la misma, en referencia a la supresión del uso de las viviendas establecidas en la medida segunda contenida en el fallo de la sentencia de divorcio y se impongan las costas a la parte actora".

Solicitó por otrosí la práctica de prueba anticipada.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº Dieciséis de Zaragoza, por Decreto de fecha 27 de febrero de 2017, tuvo por contestada la demanda, y, convocadas las partes y el Ministerio Fiscal a la celebración de la preceptiva comparecencia, y practicada la prueba propuesta que fue admitida, dictó sentencia de fecha 27 de marzo de 2017 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

" **FALLO**

Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D Fernando contra D^a Gregoria y en consecuencia mantener las medida dispuesta en la sentencia de divorcio de 31 de mayo de 2010 en cuanto al uso y atribución de las viviendas propiedad de las partes entre ellas el domicilio familiar.

Todo ello con imposición de costas a la parte actora".

CUARTO.- Interpuesto, contra la mencionada sentencia, recurso de apelación por la representación procesal del Sr. Fernando , se dio traslado del mismo a la parte contraria, oponiéndose la representación procesal de la Sra. Gregoria al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia.

Se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda.

Por auto de de fecha 26 de mayo de 2017, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza , acordó admitir la documentación aportada por el apelante y señalar para deliberación, votación y fallo.

En fecha 19 de septiembre de 2017, la Sección Segunda dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

" **FALLAMOS**



Que Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por **D. Fernando**, representado por el Procurador Sr. Guerrero Fernández contra D^a Gregoria, revocamos la Sentencia n^o 184/2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 16 de Zaragoza en fecha 27/03/2017, en Autos de Modificación de Medidas Contenciosas n^o 40/2017, en el siguiente sentido: "Se acuerda el cese del uso judicial atribuido en Sentencia de divorcio sobre las viviendas sitas en CALLE000 NUM000, NUM001 de Zaragoza, y CALLE001 n^o NUM002, NUM002 NUM003, esc. NUM004 de Zaragoza, al término de un mes desde que se dicte sentencia y en todo caso el día 31 de octubre de 2017". No procede imponer las costas ni en primera ni en segunda instancia de acuerdo con el Fundamento Jurídico Cuarto".

QUINTO.- La Procuradora D^a. Begoña Uriarte González en nombre y representación de D^a Gregoria interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso por infracción procesal y recurso de casación contra la citada sentencia, basándolo en los siguientes motivos, conforme consta en su escrito:

"A) Del recurso por infracción procesal:

Primero: al amparo del artículo 469.1.4^o de la LEC, por infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

Segundo: al amparo del artículo 469.1.2^o de la LEC, por infracción del artículo 218.2 de la LEC.

B) Del recurso de casación:

Primero y único: al amparo del art. 477.2.3^o de la LEC y art. 477.3 de la LEC y del artículo 3.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencia por infracción del art. 79.5 CDFA".

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 20 de noviembre de 2017, la Sala acordó declarar su competencia y la admisión de ambos recursos, dando traslado a la parte contraria para formalizar su escrito de oposición.

Por providencia de fecha 10 de enero de 2018, se señaló para votación y fallo el día 24 de enero del presente.

En fecha 18 de enero se dictó providencia cuyo literal es el siguiente:

"Aportada por la parte recurrida copia de sentencia dictada el día 18 de septiembre de 2017 por las Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza que confirma la que fue aportada a las actuaciones, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Zaragoza el día 13 de marzo de 2017, se observa que tal resolución puede ser condicionante de la que ahora se dicte en el presente recurso de casación. Por ello y de conformidad con lo previsto en el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con suspensión de la deliberación para votación y fallo señalada para el próximo día 24 de enero, se acuerda dar traslado a las partes para que, en el plazo máximo de cinco días, puedan alegar sobre la incidencia que puede tener la decisión de la Audiencia Provincial sobre el objeto del presente procedimiento.

Practicadas las alegaciones o finado el plazo indicado, se dará cuenta para acordar lo procedente".

Las partes presentaron sus escritos de alegaciones, como consta en las actuaciones.

Por providencia del pasado día 14 de febrero se señaló nuevamente para votación y fallo el día 21 de febrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por sentencia dictada el día 31 de mayo de 2010 se acordó la disolución por divorcio del matrimonio contraído el día 27 de noviembre de 1958 por los litigantes Don Fernando y Doña Gregoria, regido en lo económico por el sistema de separación de bienes desde el 10 de marzo de 1997, y en el que habían tenido dos hijas que eran mayores de edad e independientes ya al tiempo del divorcio. La sentencia indicada acordó, entre otros extremos que no son ahora de relevancia, que la Sra. Gregoria utilizaría el piso propiedad de ambos sito en CALLE000 de Zaragoza y el Sr. Fernando usaría el piso también en régimen de copropiedad situado en la CALLE001 de la misma ciudad. Tal atribución de uso tendría lugar hasta que se procediera a la liquidación del patrimonio que ambos tuvieran en común.

La demanda rectora del presente procedimiento fue presentada por el Sr. Fernando en solicitud de modificación de las medidas acordadas con el fin de que se suprimiera el derecho de uso de ambos inmuebles.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza desestimó la pretensión indicada por sentencia del día 27 de marzo de 2017, que fue apelada por el demandante ante la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Esta Sala resolvió el recurso de apelación en sentencia de 19 de septiembre de 2017, estimándolo parcialmente por las razones a que luego se hará referencia en lo esencial, y acordó el cese del uso judicial



de ambas viviendas citadas atribuido en la sentencia de divorcio, fijando como fecha de extinción un mes después de la fecha de la sentencia y, en todo caso, el día 31 de octubre de 2017.

Contra la última sentencia indicada fue presentado recurso de casación por motivos de infracción procesal y de casación por la demandada Sra. Gregoria , en pretensión de que se case tal resolución y en su lugar sea desestimada íntegramente la demanda presentada por el Sr. Fernando .

SEGUNDO. - El primer motivo impugnatorio por infracción procesal lo basa la parte recurrente en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva concretado en primer lugar en la "absoluta arbitrariedad en la valoración de la prueba" que considera existe cuando la sentencia recurrida recogió en su Fundamento de Derecho tercero que "consta en autos las propuestas de la parte actora a la Sra. Gregoria para proceder a la división del patrimonio, (folios 101, 106, 107 y ss.) sin que conste respuesta alguna a las mismas". La parte opone frente a lo anterior que sí existe constancia de respuesta, ya que en el desarrollo de la vista celebrada se dio respuesta.

En este extremo la parte recurrente impugna la sentencia haciendo de ella una lectura que no es la que resulta de su literalidad expuesta. La sentencia no pone en duda que en el acto de la vista pudiera haber o no contestación a lo que era objeto de debate. Lo que la sentencia indica es que la prueba documental que enumera deja constancia de que con carácter previo al procedimiento hubo propuestas del Sr. Fernando a la Sra. Gregoria y no de que ella contestara. No cabe, por tanto, estimar error alguno con la base propuesta por el recurrente, que interpreta en sentido erróneo lo que la lectura de la sentencia evidencia como expuesto en ella.

La segunda razón de impugnación del primer motivo por infracción procesal lo sustenta la parte recurrente en su apreciación de que "se valora irracionalmente la prueba presentada por la representación del señor Fernando consistente en la petición de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia del señor Fernando ". Entiende el recurrente que la posibilidad de que haya sido valorada tal prueba del estado del Sr. Fernando como circunstancia modificadora es algo del todo inadmisibles, dando para ello la razón, no de que pudiera haber error en tal apreciación, sino de que no se ha tenido en cuenta la situación física de la otra parte, la Sra. Gregoria .

Así, lo que realmente expone la parte no es que haya habido una equivocación en la apreciación de la prueba sobre la dependencia del Sr. Fernando , sino que no se ha valorado en la sentencia todo lo que el recurrente entiende que debería haberse ponderado para resolver, especialmente el estado de salud de la Sra. Gregoria . Este desacuerdo de la parte no está previsto como supuesto que dé lugar a estimar el recurso por razón de infracción procesal por haberse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, pues lo que realmente pretende es cambiar la interpretación hecha por el Tribunal respecto a la prueba practicada por la valoración del recurrente, y no mostrar una equivocación de la Sala cuando toma y razona su decisión. Por tanto, procede su desestimación y, con ello, la del primer motivo de recurso por infracción procesal.

TERCERO. - El segundo motivo de recurso por infracción procesal se formula al amparo de la previsión recogida en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) por infracción del artículo 218 de la propia LEC , referido a la motivación de las sentencias. Considera el recurrente que la inobservancia de tal precepto se produce porque la sentencia "prescinde absolutamente de motivación en lo que respecta a la variación de las circunstancias, limitándose únicamente a apreciar tal variación dejando huérfano de toda explicación al respecto el contenido de la sentencia, que únicamente realiza una reseña de determinados documentos de los que mágicamente (sic) y aunque nada tenga que ver con ello, se supone que se deducen los cambios de las circunstancias".

No cabe admitir la afirmación del recurrente. La sentencia recurrida sí expone las razones por las que considera que ha habido cambio de las circunstancias valoradas en el momento de dictado de la sentencia de divorcio. En su fundamento de derecho tercero expone los hechos que han ocurrido después de dictada la sentencia de divorcio de las partes. Luego, en el cuarto, recoge con claridad la voluntad obstativa de la demandada derivada de la constatación de tales hechos. Para después extraer la conclusión de que mantener lo acordado en la sentencia de divorcio dictada en 2010 supondría dejar a expensas de la voluntad de una parte lo acordado respecto del uso de la vivienda.

No es, por tanto, de estimar la impugnación hecha con base en la falta de motivación.

CUARTO. - El motivo de casación único articulado por la recurrente es presentado por entenderse infringido por la sentencia recurrida el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) cuando considera que existe modificación de las circunstancias que estaban presentes y fueron valoradas en su momento para dictar la sentencia de divorcio. En concreto, considera la impugnante que la sentencia "hace una referencia escasa y carente de toda fundamentación a continuación a una supuesta voluntad obstativa de mi representada que impide u obstaculiza la realización del proceso de liquidación que se reconoce como límite temporal al que



quedaba condicionado el uso de los inmuebles en la Sentencia de divorcio." E indica que en ningún caso la imposibilidad de acuerdo entre las partes puede ser causa de modificación de las medidas adoptadas.

Con carácter previo a resolver el fondo de la cuestión señalada cabe hacer dos precisiones relevantes. En primer lugar, que la pretensión de nueva valoración de la prueba que encierra la razón de impugnación basada en la carencia de fundamentación imputada a la sentencia recurrida ha sido ya resuelta al tratar el recurso por infracción procesal con el resultado de su desestimación. Lo cual procede mantener ahora, ya que, como se indicó, sí existe fundamentación en la sentencia recurrida que justifica a juicio del Tribunal que la dictó la voluntad obstativa de la recurrente a llevar a cabo la liquidación del patrimonio común entre los ex cónyuges, cuya práctica iba a suponer la extinción de su derecho de uso de la vivienda sita en la CALLE000 de Zaragoza.

Segunda consideración previa a la decisión final sobre el motivo de recurso de casación es que la legislación de aplicación no es la aragonesa, concretada por el recurrente en el artículo 79.5 CDFA, sino la recogida en el artículo 91 del Código Civil. Al efecto debe tenerse en cuenta que cuando el divorcio de los litigantes tiene lugar en el año 2010 las hijas de ambos eran totalmente independientes, por lo que quedaba excluida la posibilidad de aplicar a la ruptura de la convivencia y disolución del matrimonio las previsiones contenidas en la legislación aragonesa, pues ésta sólo es de observar cuando existen hijos a cargo de los esposos. En consecuencia, las normas a tener en cuenta eran, y son ahora, las previstas en el Código Civil para los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio en el Capítulo IX del Título IV del Libro Primero del Código Civil (artículos 90 a 101), que no cabe considerar infringidos porque no han sido aplicados por la sentencia recurrida.

No obstante la desestimación del recurso que conlleva la anterior conclusión cabe señalar que en la cuestión ahora debatida, relativa a la existencia o no de cambio de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se dictó la sentencia de divorcio, la regulación del CDFA y del Código Civil en la materia es análoga, y radica en definitiva en que el CDFA (artículo 79.5) considera que el cambio de las circunstancias se tendrá en cuenta cuando sea motivo dado por concurrir causas o circunstancias relevantes, mientras que el Código Civil (artículo 91 *in fine*) permite la modificación de las medidas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. En consecuencia la decisión de la cuestión no habría variado aunque se hubiera dado lugar a la aplicación del Código Civil, como a continuación se expone.

QUINTO.- Para valorar si la imposibilidad de acuerdo de las partes sobre la liquidación del patrimonio común puede entenderse como causa sustancial de modificación de las medidas en su momento tomadas, debe tenerse en cuenta, primero, que lo considerado como probado y tenido en cuenta como circunstancia modificada no fue la imposibilidad de acuerdo liquidatorio, como expone la recurrente, sino su voluntad obstativa a que tal acuerdo pudiera tener lugar. Esta resistencia a poner fin a la comunidad patrimonial es lo que la sentencia tiene en cuenta como extremo modificador de las circunstancias a valorar y lo hace con toda corrección, pues es indudable que la voluntad expresada por la persistente actitud negativa de la demandada respecto de la práctica de la liquidación que ella misma había acordado hacer es una posición de la parte sobrevenida al acuerdo y, por tanto, nueva.

Y es una nueva circunstancia de tal relevancia como para haber impedido efectivamente que pueda llevarse a término tanto la liquidación pactada como el efecto secundario a su práctica, de cesar en el uso del inmueble que le fue atribuido.

Por tanto, sí es circunstancia sobrevenida y sí es sustancial, además de relevante. Por lo que debe ser tenida en cuenta y justificaría, por aplicación del artículo 91 del Código Civil, la modificación de la decisión judicial inicial por la ahora tomada, de que la vivienda sea ya desalojada por la recurrente en la fecha señalada sin relación alguna ya con la liquidación que la demandada impide practicar.

SEXTO.- Consecuente a la desestimación del recurso de casación es la imposición de las costas causadas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO .- Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación nº 51 de 2017, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Uriarte González en nombre y representación de D^a. Gregoria contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 19 de septiembre de 2017.

SEGUNDO .- Con expresa imposición de costas a la parte recurrente, y pérdida del depósito constituido por ella, al que se dará el destino legal.



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

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ