

Recurso de Casación núm. 36 de 2012

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

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D. Emilio Molins García-Atance	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a siete de febrero de dos mil trece.

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 36/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 425/2011, dimanante de autos de Divorcio 653/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que ambas partes comparecieron como recurrentes, D. Jacinto José , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana M^a Sanz Foix y dirigido por la Letrada D^a. Inmaculada Auria Idoipe, y D^a. M^a del Pilar , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco y dirigida por la letrada D^a. Pilar Español Bardají, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco, actuando en nombre y representación de D^a. M^a Pilar , presentó demanda de Divorcio contencioso contra D. Jacinto José en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: *“que teniendo por presentado este escrito y documentos que se acompañan, y copia de todo ello, se digne admitirlo, tenga por interpuesta DEMANDA DE DIVORCIO CONTENCIOSO, en nombre de mi mandante contra DON JACINTO JOSE , procediendo a su tramitación conforme a derecho tenga por personada a la Procuradora que suscribe, se entiendan con ella las sucesivas diligencias, de traslado al Ministerio Fiscal y previos los trámites legales pertinentes, incluso el recibimiento a prueba que desde ahora solicito, se dicte sentencia, acordando el divorcio, con los siguientes efectos y MEDIDAS DEFINITIVAS: A).- Que la guarda y custodia de los hijos sea otorgada a la madre Doña M^a Pilar , siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. B).- Que el uso del domicilio conyugal, sito en Zaragoza, calle Ibón de Trigoniero, numero 10, casa 13 sea otorgado a la madre junto a sus hijos por ser el interés más necesitado de protección. Se solicita que sea anotado en el Registro de la Propiedad el citado derecho de uso C).- Que se fije un régimen de visitas para que el padre pueda estar con sus hijos los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, hasta las 20 horas del domingo. D).- Que se fije un régimen de vacaciones para que los hijos menores puedan estar en compañía del progenitor no custodio: (...) E).- Pensión de alimentos.- Don Jacinto José , abonará a doña M Pilar el importe anual de TREINTA MIL EUROS (30.000 €) abonados en cuotas mensuales de DOS MIL QUINIENTOS EUROS (2500 €) a razón de MIL QUINIENTOS EUROS (1500 €) por hijo. Esta mensualidad se abonará por transferencia bancaria en la cuenta corriente que designe la madre, en concepto de alimentos para los hijos, abonada por anticipado durante los cinco primeros días de cada mes y se*

revalorizará cada 1 de enero conforme al aumento del Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo que pudiera en su día sustituirle. F).- Que, como pensión compensatoria, don Jacinto José abone a su esposa el importe anual de DOCE MIL EUROS (12000 €), abonados en cuotas mensuales de QUINIENTOS EUROS (1000 €), abonada por anticipado durante los cinco primeros días de cada mes y se revalorizará cada 1 de enero conforme al aumento del Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo que pudiera en su día sustituirle. G).- El Sr. Jacinto José abonará íntegramente el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. PRIMER OTROSI DIGO: En base al artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicito se dicte Auto, previa comparecencia de las partes, acordando las siguientes medidas provisionales: A). - Que los cónyuges puedan vivir y la revocación de los poderes que pueden haberse otorgado los cónyuges. B). - Que la guarda y custodia de los hijos sea otorgada a la madre Doña M^a Pilar , siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. C).- Que el uso del domicilio conyugal, sito en Zaragoza, calle..., sea otorgado a la madre junto a sus hijos por ser el interés más necesitado de protección. D).- Que se fije un régimen de visitas para que el padre pueda estar con sus hijos los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, hasta las 20 horas del domingo. E).- Que se fije un régimen de vacaciones para que los hijos menores puedan estar en compañía del progenitor no custodio: (...) F).- Pensión de alimentos y contribución para las cargas del matrimonio.- Don Jacinto José , abonará a doña M Pilar el importe mensual de TRES MIL QUINIENTOS EUROS (3500€). Esta mensualidad se abonará por transferencia bancaria en la cuenta corriente que designe la madre, en concepto de alimentos para los hijos, abonada por anticipado durante los cinco primeros días de cada mes y se revalorizará cada 1 de enero conforme al aumento del Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo que pudiera en su día sustituirle. G).- El Sr. Jacinto José abonará íntegramente el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar”.

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

comparecieran y contestaran a la demanda, lo que hicieron dentro de plazo. La parte demandada solicitó: *“Tenga por presentado este escrito, con los documentos y copias que se acompañan y copias, acuerde admitirlo y, a su vista, tenga por ratificado íntegramente, en tiempo y forma hábiles, el ESCRITO de CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE DIVORCIO presentado por la Procuradora Sra. Domínguez, con la asistencia de la Letrada Sra. Cruz, en nombre y representación de DON JACINTO JOSÉ y, a su vista, previos los demás trámites legales, con intervención del Ministerio Fiscal dicte en su día Sentencia mediante la que, previa declaración de la disolución del matrimonio por Divorcio, se adopten, con carácter definitivo, las MEDIDAS siguientes: A) AUTORIDAD FAMILIAR y GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Ambas serán compartidas por ambos progenitores B) USO DEL DOMICILIO FAMILIAR sito en C/.- Se atribuirá temporalmente a la esposa y a los hijos hasta el 15 de Abril de 2011 con la facultad para el Sr. Jacinto José de formalizar inventario de todos los bienes de su propiedad en ella existentes y, al Sr. Jacinto José y a sus hijos a partir de dicha fecha. C y D) RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON LOS HIJOS o Régimen de Visitas y/o Vacaciones (...). E) PENSION POR ALIMENTOS.- Mientras convivan con la madre el Sr. Jacinto José abonará a la misma la cantidad de 800 euros, por este concepto, a razón de 400,- euros para cada uno dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta de su titularidad que designe al efecto. La Sra. abonará al Sr. Jacinto José la misma suma a partir del mes de Mayo de 2.010; es decir desde el momento que los hijos pasen a convivir con el padre, en el mismo plazo y forma. Dicha suma se actualizará anualmente mediante aplicación del I.P.C. publicado por el I.N.E. con independencia de cual de los dos progenitores la abone. F) PENSION COMPENSATORIA.- No procede la fijación de esta pensión a favor de ninguno de los cónyuges. G) PRESTAMO HIPOTECARIO QUE GRAVA LA VIVIENDA CONYUGAL.- El Sr. Jacinto José continuará abonándolo cómo hasta la fecha, pero todos los gastos, tasas e impuestos devengados por el uso serán abonados por aquel de los progenitores que resida en la vivienda. PRIMER OTROSI DIGO: Que, en razón de todo lo expuesto, esta parte solicita la adopción de las MEDIDAS PROVISIONALES siguientes: A) Cesación de la convivencia conyugal y revocación de poderes. De conformidad con lo solicitado por la actora. B), C), D), E),- Guarda y custodia de*

los hijos, Autoridad familiar, Régimen de Visitas y Vacaciones y Uso del domicilio conyugal. De conformidad con lo interesado por la actora, si bien con carácter temporal hasta la adopción de las medidas definitivas solicitadas por esta parte en los términos anteriormente expuestos. F) Contribución a las cargas del matrimonio.- En disconformidad, la cantidad que el Sr. Jacinto José deberá abonar a la Sra. M^a del Pilar por este concepto será de SEISCIENTOS EUROS (600,- €) en el plazo y forma solicitados en el correlativo de la demanda. G) Pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. De conformidad con el cumplimiento de esta obligación por el Sr. Pertusa, con la salvedad de que deberá ser la Sra. M^a del Pilar quien abone todo los gastos, tasas e impuestos de los suministros y servicios de los que dispone, inherentes a su uso, así como de los gastos ordinarios de la Comunidad de Propietarios a la que pertenece. SUPlico AL JUZGADO: Tenga por solicitadas las Medidas Provisionales que anteceden previa celebración de la comparecencia ya señalada al efecto”.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, tras la sustanciación del procedimiento, dictó sentencia con fecha veinticinco de mayo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: Estimo la petición de divorcio formulada por Dña. MARÍA DEL PILAR contra D. JACINTO JOSÉ . Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos: 1.- Atribuyo a Dña. MARÍA DEL PILAR la guarda y custodia de los hijos comunes, SIMÓN y MARÍA PILAR, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario. 2 - En cuanto a régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores (...). 3- Atribuyo a Dña. MARÍA DEL PILAR el uso y disfrute de la vivienda conyugal, sita en..., junto con el mobiliario y ajuar doméstico de la misma. Cesará el derecho de uso el último día de diciembre de 2012. 4. - En concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos comunes, D. JACINTO JOSÉ deberá abonar mensualmente la cantidad de 1.100 euros (550 por cada uno). Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que designe al efecto Dña. MARÍA DEL PILAR. Este nuevo importe será exigible desde esta mensualidad

de mayo. Se actualizará automáticamente con efectos del mes de enero de cada año, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior. 5.- Los gastos extraordinarios de los hijos comunes se dividirán por mitad. Se entenderá por tales los médicos necesarios no comprendidos en la Seguridad Social y, en general, los gastos no habituales e imprevisibles respecto de los que exista acuerdo. A falta de conformidad, deberá recabarse el previo consentimiento para efectuarlos. En último término, autorización judicial, a excepción de los urgentes e inaplazables. El padre hará frente a las 2/3 partes del importe de uniformes y libros de principios de curso. 6.- D. JACINTO JOSÉ deberá hacerse cargo de la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar”.

CUARTO.- Interpusieron ambas partes en tiempo y forma recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, la Procuradora Sra. Sanz Foix en nombre y representación de D. Jacinto José Jacinto José y la Procuradora Sra. Santacruz Blanco en nombre de D^a M^a Pilar, se dio traslado de los mismos a las partes contrarias y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron sendos escritos de oposición a los recursos interpuestos de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas la partes, dictó en fecha 29 de mayo de 2012 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: “*Fallamos.- Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por D^a. MARÍA DEL PILAR y D. JACINTO-JOSÉ contra la Sentencia dictada en fecha 25 de Mayo de 2011 por el Juzgado de 1^a Instancia n^o. 5 de Zaragoza, en los autos de Divorcio Contencioso n^o 653/10 debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer expresa declaración sobre las costas del recurso*”.

QUINTO.- La representación legal de D. Jacinto José interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, basando el primero en la infracción del artículo 82 del Código del Derecho Foral de Aragón y 93 y 146 del Código Civil. El recurso extraordinario por infracción procesal lo basó en un único

motivo: al amparo de lo preceptuado en el art. 469.1.4º de la LEC, en relación con los apartados 2º y 3º de dicho precepto.

La representación de D^a. María del Pilar interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación basado en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, en relación con el art. 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón. Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, en relación con el art. 83 del Código del Derecho Foral de Aragón.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 7 de septiembre se dictó providencia acordando oír a las partes sobre la concurrencia de posibles causas de inadmisión: *“Respecto al recurso de casación y al recurso extraordinario por infracción procesal de la representación de Don Jacinto José : a).- En cuanto al motivo único del recurso de casación: Denuncia la vulneración del artículo 82 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 93 y 146 del Código civil, por violación del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos, al mantenerse la cantidad fijada por tal concepto a pesar de haber quedado acreditada una notoria disminución de sus ingresos, pero no parte para ello de los hechos considerados como probados en la sentencia recurrida confirmando la del Juzgado, sino de su propia elaboración sobre los medios de vida de ambos litigantes, distintos de los tenidos en cuenta en dichas sentencias, incurriendo así en el defecto de no respetar los hechos acreditados en la sentencia con el fin de obtener una nueva valoración de los mismos, lo que no está permitido en vía casacional. Además, no hace cálculo alguno de proporcionalidad para señalar el modo concreto de la infracción supuestamente cometida. Todo lo cual podría incurrir en causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.2º, en relación con el artículo 477.1 LEC. b).- En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal: Se basa el recurso en el artículo 469.1.4º LEC, en relación con los apartados 2º y 3º de dicho precepto, por error en la valoración de la prueba, pretendiendo la parte recurrente, partiendo de sus propias conclusiones fácticas, discrepar de la valoración efectuada en la sentencia recurrida sin tratar de acreditar los concretos elementos que*

permitirían tachar dicha valoración de prueba como arbitraria, ilógica o absurda, para estimar vulnerado un derecho fundamental, que no se cita en el recurso. Lo que podría constituir causa de inadmisibilidad del recurso del artículo 473.2.2º LEC por carecer manifiestamente de fundamento. Respecto al recurso de casación interpuesto por la representación de Doña María del Pilar :

a).- El motivo primero del recurso lo articula al amparo en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. En realidad la parte recurrente combate la limitación temporal establecida por la sentencia recurrida, que confirmaba la fijada por la sentencia del Juzgado, partiendo de los hechos que, a su juicio, justifican la atribución del uso a la madre bajo cuya custodia quedan los hijos, pero el precepto que se refiere a la limitación temporal del uso de la vivienda es el artículo 81.3 del CDFA, no citado por la recurrente (posible causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.2º en relación con el artículo 481.1, segundo inciso, y artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que deja el señalamiento de la limitación temporal al criterio del Juez en función de las circunstancias concretas de cada familia. b).- El motivo segundo del recurso alega infracción del artículo 83 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) relativo a la asignación compensatoria, con base en la propia valoración de la situación económica de las partes, particularmente la falta de ingresos del demandado, que la recurrente manifiesta no ser cierta, según su propia estimación de los hechos. Podría concurrir por ello motivo de inadmisión previsto en el artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Evacuando el trámite anterior, las partes presentaron los escritos de alegaciones en apoyo a sus pretensiones.

Por auto de fecha 22 de octubre de 2012, la Sala acordó: **“1.- Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. 2.- Inadmitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de D. José , así como el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación de D^a Maria del Pilar . 3.- Admitir a trámite el motivo primero**

del recurso de casación formulado por la representación de D^a Maria del Pilar . Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida en los términos prevenidos en el artículo 485 LEC para que en el plazo de veinte días pueda formalizar escrito de oposición al motivo primero del recurso de casación, si lo estimare pertinente”.

La procuradora Sra. Sanz Foix presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario y el Ministerio Fiscal en su escrito manifestó su apoyo al recurso foral. Por providencia de 29 de noviembre de 2012 se acordó señalar para votación y fallo el día 16 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actora y demandado contrajeron matrimonio en Zaragoza el 11 de abril de 1.997, del que nacieron dos hijos, Simón el 4 de febrero de 1.998, y María Pilar el 31 de marzo de 2.001. La esposa interpuso demanda de divorcio recayendo sentencia de primera instancia de 25 de mayo de 2.011, que atribuyó la custodia de los dos hijos a la esposa, fijó una pensión de alimentos para los hijos de 1.100 euros (550 por cada hijo), concedió a la esposa el uso de la vivienda familiar, de titularidad privativa del esposo, por un plazo hasta el 31 de diciembre de 2.012, y denegó la asignación compensatoria solicitada por la esposa.

Interpusieron recurso de apelación ambas partes y la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 29 de mayo de 2.012, desestimando ambos recursos, confirmó la del Juzgado en todos sus pronunciamientos.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación de la esposa recurso de casación y la del esposo recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

En el Auto de 22 de octubre de 2.012 esta Sala admitió únicamente el primer motivo del recurso de casación interpuesto por la representación de D^a. María del Pilar , por infracción del artículo 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), en el que solicitaba, mediante la estimación del

recurso y la casación de la sentencia recurrida, la asignación del uso de la vivienda sin limitación temporal.

La sentencia del Juzgado (apartado 3.2 del fundamento tercero) argumenta la atribución del uso de la vivienda por el plazo de un año y medio, hasta el 31 de diciembre de 2.012, en los siguientes términos: *“La vivienda familiar es privativa del esposo. Está gravada con una hipoteca importante. La actora es propietaria de otra vivienda. La armonización en este caso de los intereses familiares es compleja. Entiendo que ha de fijarse un plazo breve de atribución de uso (artículo 81 del Código).”*

En el antecedente tercero, de hechos probados, se recoge la situación económica y patrimonial de los cónyuges destacando la notoria disminución de los rendimientos derivados de la actividad laboral del esposo (administrador único de una empresa de su familia dedicada a la explotación de máquinas o salones recreativos), que eran los únicos del matrimonio. También se hace la siguiente relación de las propiedades y medios disponibles de ambos cónyuges:

“6.- D. JACINTO es propietario de una vivienda en..., que tiene alquilada y por la que percibe 900 euros mensuales (folio 115 y documentos 161 y 162 de la contestación); está gravada con un préstamo hipotecario (documentos 163 y ss. de la contestación). Ha suscrito contrato de prenda con LA CAIXA sobre los alquileres que percibe con la finalidad de hacer frente a la amortización de la hipoteca (folios 654 y 655).

7.- D. JACINTO es propietario de la vivienda familiar, gravada con una hipoteca que supone una amortización mensual de 1.660 euros (documentos 129 y ss de la contestación). En septiembre de 2010 la CAJA RURAL DE SORIA le requirió para que cesara la situación de morosidad en que se encontraba el préstamo, que en febrero de 2011 tenía pendiente de vencimiento un importe cercano a los 396.000 euros (folios 676 a 678). La vivienda se ha valorado en 431.509 euros (folio 675).

También lo ha sido de otra en la misma calle ... que ha sido vendida recientemente y aplicada la mayor parte de su precio (555.197 euros) a la cancelación de la hipoteca, quedando un resto que recibió el demandado, de 11.302 euros (documento 158 de la contestación). Obtuvo 63.106 euros por la

venta de su participación en una vivienda en el ...(documento 140 de la contestación).

8.- DÑA. PILAR es propietaria de una vivienda en la calle..., así como de dos plazas de garaje en el mismo inmueble (documentos 28, 37 y 38 de la contestación a la demanda). . El importe que obtiene por el alquiler de la misma puede rondar los 800 euros (documentos 29 y ss de la contestación).

9.- D. JACINTO, tras la venta de la empresa, ha seguido teniendo su disposición distintos vehículos, algunos a nombre de su madre (Saab 900 y Mitshubishi Colt) o de terceros (Land Rover, Ford Galaxy), según informe de detective aportado en la vista.

Considera la sentencia que la situación económica de la familia es delicada y que se ha reducido notablemente la capacidad económica del alimentante, aunque afirma: *“No obstante, vive con su madre, conduce los vehículos de ésta y sus gastos ordinarios se encuentran cubiertos, a diferencia de los de la esposa e hijos”*. Por ello fija una pensión alimenticia muy inferior al importe inicialmente considerado en el auto de medidas, advirtiéndolo: *“pero no hay que olvidar, en último término, que D. JACINTO es un profesional con experiencia. Tampoco que la escritura de dación en pago (de una tercera parte de los locales donde se desarrollaba la actividad empresarial, para cancelar un préstamo de la madre) se otorga en plena crisis matrimonial y empresarial”*. La desaparición de la fuente de ingresos del esposo lleva también al juzgador de instancia a denegar la asignación compensatoria solicitada por la esposa considerando que el examen de los hechos probados impide reconocer el desequilibrio interesado por ella.

La sentencia de la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación pone de relieve el pormenorizado análisis que la sentencia de primera instancia hace de la situación económica del recurrente y el cambio de su situación patrimonial, apreciando también datos oscuros en la cesión de bienes inmuebles a su madre, y su nivel de vida y su entorno socio familiar. Por la prueba documental practicada en segunda instancia constata la presencia del demandado en otro domicilio, el cambio de los hijos comunes a otro colegio concertado, la extraña concertación a nombre de tercero de un contrato de seguro de vehículo conducido habitualmente por el demandado.

También afirma que obra en el rollo que la actora es copropietaria de otro piso y activos obtenidos por herencia de su padre.

Para completar la justificación de la confirmación de la sentencia de primera instancia en el apartado de la pensión alimenticia se refiere a la mala situación financiera del demandado, con dos préstamos hipotecarios asfixiantes, pero también a su valía profesional y al cese de la atribución de la vivienda familiar a partir de diciembre de 2.012.

Justifica la breve limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda contenida en la sentencia apelada, que también confirma en este aspecto, en que la misma es privativa del actor y está gravada con una hipoteca importante (que sufraga él exclusivamente), que la otra vivienda de la que es propietario está alquilada y también está gravada, y que la demandada también dispone de vivienda privativa.

TERCERO.- Se desprende de todo lo anterior que ambas sentencias han tenido en cuenta los distintos aspectos patrimoniales de la pareja para la atribución del uso de la vivienda. Así, la sentencia de apelación confirma el mantenimiento de la pensión alimenticia para los hijos, a pesar de la disminución de los ingresos del padre, entre otros extremos, por el cese del uso de la vivienda por parte de la madre en un plazo breve que, lógicamente, quedará a disposición del padre permitiéndole su uso o alquiler y, en consecuencia, mayor disponibilidad económica para el pago de la pensión alimenticia.

Igualmente ponen de relieve ambas sentencias que la vivienda, privativa del padre, se encuentra gravada con una hipoteca por un préstamo elevado, de cuyo pago se responsabiliza exclusivamente al mismo, lo que da a entender que, correlativamente, se le debe permitir su uso o disposición en plazo breve, añadiendo que la madre dispone de otra vivienda privativa suya. No ignoran las sentencias que el importe del alquiler que ella percibe de esa vivienda le supone una fuente de ingresos, pero también se citan otros medios económicos de los que dispone lo que, unido a la difícil situación de todos, ha aconsejado la medida indicada.

En definitiva, con cita del artículo 81 del CDFA, ambas sentencias han atendido a todas las circunstancias tanto de carácter personal como de

contenido económico que, conforme a su valoración, hacían aconsejable un uso limitado por breve plazo de la vivienda familiar a favor de la madre con los hijos.

CUARTO.- La parte recurrente hace su propia estimación de los recursos de ambos progenitores valorando también aspectos como la falta de pago de la pensión alimenticia por parte del padre, para llegar a la conclusión de que se ha infringido el artículo 81.2 del CDFA por no atender al interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda, que es el de los hijos.

En realidad, dado que la sentencia recurrida atribuye el uso de la vivienda a la madre con los hijos durante un tiempo limitado, no se habría infringido el apartado 2 del artículo 81 CDFA, pues se ha atribuido el uso a su favor, sino, en su caso, el apartado 3, conforme al cual dicha atribución será temporal y la fijará el Juez *“teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”*. No se puede decir que el Juzgado y la Audiencia Provincial no hayan tenido en cuenta tales circunstancias, como se ha detallado antes, sino que a la recurrente no le convence tal valoración. Pero, como hemos dicho reiteradamente, la misma es función exclusiva de los tribunales de instancia, no revisable en casación salvo que se revele como absolutamente infundada o arbitraria. A la vista de la concreta exposición de los múltiples datos tenidos en cuenta por ambas instancias, y de la valoración de los mismos, debe concluirse que han apreciado las circunstancias de la familia, como exige el artículo 81.3, y tal valoración no es infundada ni arbitraria.

El Ministerio Fiscal había defendido, como señala la recurrente, la atribución a la madre del uso de la vivienda sin límite temporal, y lo ha mantenido en el escrito de alegaciones al recurso de casación con el límite de la mayoría de edad de los hijos, atendiendo al perjuicio que se produciría a éstos por el cambio de domicilio, de barrio y de ambiente, sin haberles oído (artículo 6 del CDFA). Por ello propugna el Ministerio Fiscal, en interpretación armonizada del artículo 96 del Código civil con el artículo 6 del CDFA, el límite de la mayoría de edad de los hijos en el uso de la vivienda.

El artículo 6 del CDFA exige que se oiga al menor antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida *“que afecte a su persona o bienes”*. Pero la atribución del uso de la vivienda y su limitación temporal les afecta de modo indirecto, como les puede afectar la cuantía de la pensión alimenticia, pero no resulta indispensable oírles sobre tales extremos. No cabe duda de que cualquier decisión respecto a la vivienda afectará al modo de vida de los menores pero ello no significa que todo cambio en tal sentido haya de resultarles perjudicial, teniendo en cuenta todas las circunstancias familiares, ni que afecte de forma esencial a sus derechos ni al deber de audiencia pues no se trata, propiamente, de una decisión respecto a su persona o bienes.

Lo que el artículo 81.3 CDFA exige es que, para la fijación del límite temporal, se tengan en cuenta las circunstancias concretas de la familia, y no cabe duda, a la vista de todo lo expuesto, de que así se ha hecho en este concreto caso por lo que el recurso de casación debe ser rechazado y confirmada la sentencia recurrida.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de las costas del recurso dada la naturaleza de las cuestiones objeto del mismo y las dudas de derecho planteadas, como demuestra la posición del Ministerio Fiscal, así como la escasa doctrina de la Sala en relación con la limitación temporal del uso de la vivienda familiar.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Santacruz Blanco, en nombre y representación de D^a. M^a del Pilar , contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2012 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin imposición de las costas del recurso.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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