

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal núm. 31/2014

S E N T E N C I A NUM. TREINTA Y TRES

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Javier Seoane Prado	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a veintiuno de octubre de dos mil catorce.

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 31/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 15 de abril de 2014, recaída en el rollo de apelación número 24/2014, dimanante de autos de Divorcio núm. 224/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera núm. 16 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Isidoro G. B. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca y dirigido por la Letrada D^a. M^a Olga Antón Molina, frente a D^a. M^a Jesús B. G. representada por la Procuradora de

los Tribunales D. M^a Carmen Redondo Martínez y dirigida por el Letrado D. Ramón Javier Alfaro Navarro.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia num. 16 de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca, actuando en nombre y representación de D. Isidoro G. B., presentó demanda de Divorcio contra D^a. M^a Jesús B. G. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia por la que se decrete:

“1º) La disolución por divorcio del matrimonio contraído por D. Isidoro G.B. y Dña. M^a Jesús B. G..

2º) Se adopten como efectos definitivos del divorcio los siguientes:

- Pensión de alimentos para las hijas.- Se solicita la fijación de una pensión ascendente a la cantidad de 225 mensuales para cada una de las hijas.

Asimismo se solicita el abono por mitades e iguales partes de los gastos necesarios; y con respecto a los gastos extraordinarios se solicita sean abonados por mitades e iguales partes, previa comunicación fehaciente y consenso con anterioridad a efectuarse el gasto.

- Atribución del uso y disfrute del domicilio que fue conyugal.- Se solicita la extinción del uso de la vivienda y la autorización judicial de venta de la misma; y subsidiariamente, se solicita se atribuya el uso de la vivienda familiar por un plazo de 2 años a favor de la Sra. B. G..

3º) Se dicte Mandamiento por el que se inscriba en el Registro Civil el divorcio decretado”.

Por otrosí se solicita prueba anticipada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y

forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose en parte a la misma, solicitó que se dictara sentencia por la que estime la demanda en cuanto al divorcio y la desestime en cuanto a las medidas solicitadas.

Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

Admitida la contestación y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo.- Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora D^a. Nuria Ayerra Duesca, en nombre y representación de D. Isidoro G. B., contra D^a. María Jesús B. G., representada por el Procurador D. Juan Manuel Andrés Alamán, debo declarar la disolución por divorcio del matrimonio canónico contraído en Zaragoza el siete de abril de mil novecientos noventa entre D. Isidoro G. B. y D^a. María Jesús B. G., adoptando como medidas reguladoras del divorcio las que se han dejado establecidas en los párrafos quinto y sexto del FD tercero de esta resolución.

No se hace imposición de las costas procesales de esta instancia a ninguna de las partes.”

TERCERO.- Previa designación apud-acta por parte de D^a. M^a Jesús B. G. a favor de la Procuradora de los Tribunales D^a. María Pilar García Fuente, ésta interpuso, en nombre de su representada, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, de la que se dio traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, con fecha 15 de abril de 2014 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a María Jesús B. G. contra D. Isidoro G. B. y la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16, de los de Zaragoza, a la que el presente rollo se contrae, debemos revocar como revocamos en parte la citada resolución, que lo es en el sentido de elevar a 300

€ a favor de cada una de las hijas, y en el de dejar sin efecto la limitación que esa resolución introduce en lo que se refiere al uso del domicilio familiar, manteniéndose a la demandada e hijas en el mismo según los términos contenidos en la cláusula primera A del convenio regulador de la separación. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.”

CUARTO.- La representación legal de D. Isidoro G. B. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, siendo los motivos por infracción del precepto contenido en el artículo 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en concordancia con el artículo 24 de la Constitución Española, y al amparo de los artículos 79.5, 81.3 y 4 y 82 del CDFR.

Una vez se tuvo por interpuestos ambos recursos por la Sección Segunda, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente a quién pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de fecha 18 de julio de 2014 la Sala acordó: declarar la competencia de la Sala, admitir a trámite el recurso presentado y dar traslado a las partes por 20 días para oposición.

Habiendo renunciado la Procuradora Sra. García Fuente a la representación de D^a. M^a Jesús B. G., ésta designó apud-acta a la Procuradora de los Tribunales D^a. Carmen Redondo Martínez, quién aceptó la designación y, dentro de plazo, presentó escrito formalizando la oposición en apoyo de sus pretensiones.

No se solicitó la celebración de vista y no considerándola necesaria la Sala se señaló para votación y fallo el día 24 de septiembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada contrajeron matrimonio en Zaragoza el 7 de abril de 1.990, del que nacieron dos hijas, Marta el 22 de diciembre de 1990, y Lorena el 24 de octubre de 1993.

En autos de procedimiento de separación de mutuo acuerdo 428/2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza había recaído sentencia de 26 de mayo de 2.005 aprobando el convenio regulador presentado por las partes. Las hijas quedaban bajo la custodia de la madre, a la que se atribuía el uso del domicilio familiar. El padre se obligaba a pagar una pensión de alimentos de 710 euros mensuales para las hijas y el 50% de los gastos extraordinarios de los servicios médicos no cubiertos por la Seguridad Social, y el 50% de los gastos extraordinarios como viajes de estudio, gastos de estudio de idiomas oficiales, matrículas universitarias, superiores o equivalentes.

Interpuso el esposo demanda de divorcio y modificación de medidas por variación sustancial de las circunstancias, solicitando la disminución de la pensión de alimentos de las hijas, la extinción del uso de la vivienda y autorización de venta de la misma o, subsidiariamente, su atribución a la Sra. B. por plazo de dos años. Recayó sentencia del Juzgado que, estimando parcialmente la demanda, declaró la disolución por divorcio del matrimonio, fijó una pensión de 250 euros mensuales para cada hija y el abono de los gastos ordinarios y extraordinarios por mitad, así como la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la Sra. B. por plazo de dos años desde el 1 de enero de 2014, a partir de cuyo momento se procederá a su venta.

Interpuso recurso de apelación la Sra. B. y la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 15 de abril de 2.014 estimó parcialmente el recurso, señaló una pensión de 300 euros para cada hija y, en cuanto al uso de la vivienda, mantuvo lo acordado por las partes en la cláusula primera del convenio regulador de su separación en el que se atribuía a la esposa *“hasta que por resolución judicial no se estipule la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna”*.

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

Como único motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), alega la infracción del artículo 218.1 y 2 LEC en concordancia con el artículo 24 de la Constitución Española, produciéndole indefensión.

No cabe la alegación en un mismo motivo de infracción del apartado 1 y, simultáneamente, del apartado 2 del artículo 218 LEC, pues se refieren a dos aspectos bien distintos, el apartado 1 a la claridad, precisión y congruencia de la sentencia con la demanda y con las demás pretensiones de las partes, y el apartado 2 a la motivación de las sentencias.

El motivo del recurso se centra, para combatir el aumento de la pensión de las hijas de los 250 euros mensuales para cada una señalados en la primera instancia a los 300 euros fijados en apelación, en la modificación sustancial de las circunstancias en los ingresos de la madre, por el aumento de los mismos en relación a los que percibía en 2005. Y tacha de incongruente los argumentos de la sentencia de apelación porque con la misma argumentación que la de instancia llega a la conclusión de aumentar el importe de la pensión.

Tal alegación no supone incongruencia que, como se desprende de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 218 LEC y ha reiterado la jurisprudencia (por todas, STS de 23 de marzo de 2012), solo se produce por el desajuste entre lo pedido por las partes y lo concedido en sentencia. En el presente caso el importe de la pensión fijado para las hijas se encuentra entre lo solicitado por el actor, 225 euros mensuales para cada hija, y lo pedido por la demandada con la desestimación de la demanda, que supone el mantenimiento de las pensiones. Y la sentencia recurrida expone ampliamente en el fundamento segundo las circunstancias económicas de ambos progenitores, sin variación reseñable las del padre y muy mejoradas las de la madre, llegando a la conclusión de aumentar ligeramente las pensiones, de 250 euros mensuales para cada hija en primera instancia a los 300 que ahora se señalan. No hay, pues, incongruencia alguna.

En realidad el recurrente se queja de que en ambas sentencias se tiene por acreditada la variación de las circunstancias en los ingresos de la Sra. B., pero con iguales puntos de partida la sentencia recurrida aumenta en 50

euros la pensión para cada hija. Debe precisarse que ello implicaría, en los términos planteados en el recurso, falta de motivación pero no incongruencia.

Especialmente lo justifica la sentencia recurrida en el último párrafo de su fundamento segundo por la falta de precisión numérica (en la sentencia de primera instancia) del incremento de los rendimientos profesionales de la Sra. B., lo que lleva a concretar la pensión en 300 euros mensuales para cada hija. Podrá ser una diferente valoración de las circunstancias de hecho que llevan a una modificación, no muy relevante, de la cuantía de la pensión, pero no hay falta de motivación tras la amplia exposición de la modificación en los ingresos profesionales de la madre.

Sobre la infracción del artículo 218.2 LEC, que pudiera basarse en la necesidad de que el tribunal superior motive suficientemente el cambio de criterio de la primera instancia, la STS de 1 de octubre de 2.012 (recurso 29/2010) dice en su apartado 63: *“1) que la segunda instancia atribuye al tribunal de apelación plena libertad para la valoración de la prueba; 2) que no es precisa una motivación específica polemizando con la sentencia de la primera instancia, sino la propia de toda valoración probatoria; y 3) que no se ajusta a la verdad la pretendida falta de motivación, ya que, como se ha indicado, la sentencia expuso de forma clara y precisa los indicios que condujeron a las conclusiones de hecho sobre las que asienta su decisión.”*

Trasladando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, no será precisa, por lo tanto, una justificación -en los términos que pretende el recurrente- sobre la específica motivación que lleva a variar la pensión de cada hija en 50 euros mensuales, dado que razona su propia decisión en lo que estima una falta de precisión numérica en la sentencia del Juzgado, tratándose además de decisiones de carácter discrecional, no revisables en casación salvo que resulten arbitrarias o irrazonables.

A lo largo del motivo del recurso realiza la parte sus propias valoraciones sobre las circunstancias económicas de los progenitores para obtener su propia conclusión, lo que implica disconformidad con la valoración de la prueba que solo es susceptible de revisión casacional por la vía del artículo 469.1.4º LEC cuando se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente

para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, que no se aprecia en el presente supuesto.

Como consecuencia de todo lo anterior, ha de ser rechazado el motivo de infracción procesal alegado.

TERCERO.- El primer motivo del recurso de casación se funda en inaplicación del artículo 82 y del artículo 79.5 del CDEFA, con vulneración del principio de proporcionalidad.

Reitera el recurrente sus anteriores alegaciones subrayando la mejora de los ingresos de la demandada, e insiste en la incongruencia de la sentencia recurrida por aumentar el importe de la pensión con el mismo razonamiento de la de primera instancia.

Ya ha dicho la Sala, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia nº 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil, que *"corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 , de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"*.

El mismo criterio ha de seguirse en la interpretación del artículo 82.1 del CDFA, sin que pueda el recurrente sustituir el criterio judicial por el propio, por lo que el motivo debe ser igualmente rechazado.

CUARTO.- El motivo segundo del recurso de casación se basa en inaplicación del artículo 81.3 y 4 en relación con el artículo 79.5 del CDFA, y el motivo tercero en infracción de los mismos apartados del artículo 81 en relación con el artículo 3.1 del Código civil, con la misma finalidad de solicitar la fijación de un límite en el uso de la vivienda familiar por parte de la esposa en los términos que había señalado la sentencia del Juzgado. Por ello se estudiarán conjuntamente ambos motivos.

La sentencia recurrida considera que no se han cumplido ninguna de las circunstancias condicionantes que las partes estipularon para la finalización del uso de la vivienda por parte de la esposa por lo que mantiene dicho uso en los términos pactados. El uso se atribuía a la esposa en el convenio *“hasta que por resolución judicial no se estipule la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna”*.

El argumento del recurrente es que se ha producido una modificación de las circunstancias tenidas en cuenta en 2005, y que el convenio regulador aprobado por la sentencia de 26 de mayo de 2005 se suscribió con arreglo a las circunstancias existentes en dicha fecha, además de haberse producido la promulgación del CDFA que ahora debe ser tenido en cuenta.

La parte recurrida opone que debe estarse a lo pactado en el convenio regulador de la separación en el que, frente a lo alegado por el recurrente, ya hay establecido un límite temporal según los criterios pactados por las partes.

Partiendo de este dato, que es el pacto entre los cónyuges en aquel momento, homologado en sentencia de mayo de 2005, debe resolverse si el mismo puede ser modificado por concurrir causas o circunstancias relevantes, en los términos que se recogen en el artículo 79.5 del CDFA. Y las causas o circunstancias relevantes serían, según la parte recurrente, la sustancial mejora en los ingresos de la madre y la promulgación de la nueva normativa aragonesa (Ley 2/2010, de 26 de mayo, integrada en el CDFA).

La Ley aragonesa 2/2010 introdujo en esta materia una novedad relevante respecto a la norma aquí vigente en ese momento, que era el artículo 96 del Código civil. Este precepto, en caso de custodia individual, a falta de acuerdo, atribuye el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, y no habiendo hijos permite atribuir su uso al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije. Sin embargo, el artículo 7.2 de la Ley 2/2010 (hoy artículo 81.2 del CDFA) igualmente atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio en los casos de custodia individual, con la salvedad de atribución de uso al otro en el caso de que el mejor interés de las relaciones familiares así lo aconseje. Y en caso de atribución del uso a uno de los progenitores el artículo 81.3 impone una limitación temporal que se fijará mediante acuerdo, o por el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

En el presente caso las partes establecieron una limitación al uso de la vivienda por parte de la madre hasta la independencia económica de las hijas o su emancipación de la residencia materna, que habrían de ser apreciadas judicialmente.

Cabe deducir que en un momento (año 2005) en que la limitación temporal de uso de la vivienda, habiendo hijos, solo era posible mediante acuerdo, el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal.

La posibilidad de modificación de las medidas, tanto las pactadas por los cónyuges como las acordadas judicialmente, está prevista en el penúltimo párrafo del artículo 91 del Código civil, en los mismos términos que en el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alteren o varíen *sustancialmente* las circunstancias. El artículo 79.5 del CDFA permite tal modificación en el derecho aragonés a partir de la Ley 2/2010 cuando concurren causas o circunstancias *relevantes*.

La sentencia del Juzgado justificaba la fijación del plazo de dos años en el uso de la vivienda por parte de la Sra. B. en que el demandante, tras salir de la vivienda familiar, compró otra por la que pagaba una cuota mensual de 768 euros, a lo que se añadía el pago de la pensión y demás gastos a las hijas, y en la variación de las circunstancias económicas (en las percepciones de la madre) y familiares (las hijas ya mayores de edad). La sentencia de apelación recoge detalladamente la importante elevación de los ingresos de la madre, atribuyéndole relevancia para la modificación de la pensión de las hijas pero no para la limitación temporal del uso de la vivienda por entender que no concurrían las condiciones pactadas en el convenio regulador de la separación (*la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna*).

La atención que presta la sentencia del Juzgado a la alteración de las circunstancias económicas para justificar su incidencia en el pacto sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y su limitación temporal de uso, pone de manifiesto la necesidad de establecer la naturaleza y trascendencia del derecho de uso de la vivienda familiar.

En este caso, dado que las hijas del matrimonio son mayores de edad aunque dependientes económicamente de los padres, resulta de menor importancia la relevancia que debe darse a tal uso cuando se encuentra presente el interés del menor. No obstante, aun hallándose presente el interés del menor -con las limitaciones que ello impone-, el Tribunal Supremo engloba la atribución del uso de la vivienda en la prestación de alimentos a favor de los hijos. Dice la sentencia nº 304/2012, de 21 de mayo, recurso 1067/2011:

“Esta Sala ha formulado en la STS 221/2011, de 1 de abril, la siguiente doctrina que debe aplicarse a este caso concreto: “ la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ”, doctrina que se ha reiterado en las SSTs 236/2011, de 14 abril; 451/2011, de 21 junio y 642/2011, de 30 septiembre.

En ellas se argumenta que “El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat y art. 81.2 CDF Aragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios”. Este mismo argumento debe aplicarse en este recurso por lo que procede aplicar la doctrina antes reproducida.”

La cita de la regulación catalana y aragonesa debe matizarse en el sentido de que en la primera el componente económico es más evidente pues el artículo 233.20.1 de su Código Civil permite que los cónyuges acuerden la atribución de la vivienda familiar a uno de ellos *“a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de éste”,* y el artículo 233.21 señala que la autoridad judicial puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar *“a) si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”.*

No existe en el Código aragonés una previsión tan específica, pero dentro de los gastos de asistencia a los hijos, a los que han de contribuir los padres de forma proporcional con sus recursos económicos (artículo 82.1 y 82.2 del CDFA), se encuentra la habitación (artículo 65.1.b). También la

atribución del uso de la vivienda se ha de valorar para señalar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria (artículo 83.2.d). Y el artículo 81.3, para la fijación del límite temporal de atribución del uso de la vivienda, indica al juez que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada familia, entre ellas evidentemente las de contenido económico.

La sentencia de esta Sala nº 26/2012, de 13 de julio, recaída en recurso de casación 10/2012, explicaba la justificación del legislador aragonés para imponer una limitación temporal en el uso de la vivienda: *“Pero el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda.”* A continuación señala la sentencia la importancia de las circunstancias de la familia a tener en cuenta conforme al artículo 81.3, tanto las de relaciones personales y sociales que se ven afectadas por la asignación del uso de la vivienda, como las económicas, que necesariamente repercuten en ambas partes.

Nuestra sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso 35/2012), citada por la parte recurrente, señala también la justificación de la limitación temporal del uso de la vivienda y el señalamiento de plazo concreto en la certeza que proporciona a ambas partes, lo que no se consigue si hay indefinición en el límite temporal al condicionar en aquel caso el momento concreto a que las partes acudan a un nuevo procedimiento de modificación de medidas, inciso que se suprimió en la sentencia de casación. En tal sentido debe recordarse que en el caso que nos ocupa la cláusula pactada en el convenio condiciona el cese del uso de la vivienda de la madre *“hasta que por resolución judicial se estipule la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna”*, lo que obliga al seguimiento de un nuevo procedimiento judicial que resuelva el cumplimiento de tales circunstancias, por lo demás bastante indefinidas e inciertas en tal redacción.

En la sentencia de 7 de febrero de 2013, recurso 36/2012, exponíamos la interdependencia entre los aspectos personales y los patrimoniales tenidos en cuenta para la fijación de un límite temporal en el uso de la vivienda familiar, que en aquel caso habían hecho aconsejable a la sentencia recurrida señalar un uso limitado por breve plazo.

Las anteriores consideraciones conducen a apreciar que la importante variación en los ingresos de la Sra. B. debe llevar a la limitación concreta en el uso de la vivienda familiar, una vez que las hijas han alcanzado la mayoría de edad (la mayor cumplirá 24 años el próximo mes de diciembre y la menor 21 años el 24 de octubre), y subsisten el resto de las cargas económicas para el padre, no solo las que derivan de la privación del uso de la vivienda desde 2005 sino las alimenticias para las hijas corriendo con importantes gastos derivados de sus estudios superiores.

Y ello porque se han producido las circunstancias relevantes que exige el artículo 79.5 del CDFA, que no pudieron ser tenidas en cuenta en el convenio de separación. Se tuvo en consideración entonces el crecimiento de las hijas y su necesidad de permanecer en la vivienda hasta su independencia económica, aun con gran indefinición y en función del resultado de un nuevo procedimiento judicial, lo que debe ser evitado. Pero lo que además ha variado sustancialmente es que, dados los muy inferiores ingresos de la madre en aquel momento, asumían ambos que la mayor carga económica la soportara el padre, pero ahora puede la madre atender a la necesidad de vivienda con sus mayores ingresos sin que tal carga siga recayendo fundamentalmente sobre el padre, dado que ambos deben contribuir a los gastos de asistencia de las hijas proporcionalmente a sus ingresos.

Es ésta la variación de las circunstancias inicialmente pactadas que obliga a que sea tenida en cuenta no solo en la modificación de la pensión alimenticia, aumentada por la sentencia de apelación respecto a la de primera instancia, sino en la contribución a los gastos que representa proveer a los hijos de habitación, pues no resultaría proporcional a los ingresos de los progenitores si se ignorara el aumento relevante de los de la madre, que permite aliviar en igual medida la carga del padre en cuanto podrá así en un tiempo determinado disponer de su copropiedad en la vivienda familiar.

Por todo ello, procede estimar infringido el artículo 81.3, en relación con el artículo 79.5 del CDFA, en lo relativo a la modificación del plazo de uso de la vivienda familiar, por lo que los dos indicados motivos del recurso deben ser estimados, y casada la sentencia en este punto.

QUINTO.- Como consecuencia de la casación de la sentencia recurrida debe esta Sala asumir la instancia y decidir el plazo a señalar en el uso de la vivienda por parte de la madre con las hijas, atendiendo a las circunstancias de la familia.

La sentencia de primera instancia tuvo en cuenta las circunstancias ya señaladas para dar lugar a la modificación del plazo de uso de la vivienda y considera esta Sala adecuado el plazo señalado, de dos años a partir del 1 de enero de 2014, pudiendo en este tiempo la madre preparar lo necesario para proveerse de vivienda, o llegar a los acuerdos que las partes estimen convenientes respecto a la que ocupa actualmente, una vez venza el plazo señalado.

SEXTO.- Casada la sentencia en los términos expuestos, resulta innecesario cualquier pronunciamiento sobre la alegada infracción del artículo 81.4 del CDFA pues, una vez extinguido el derecho de uso de la vivienda, los copropietarios decidirán el destino de la vivienda en la forma que mejor convenga a sus intereses (en parecidos términos la citada sentencia de la Sala de 13 de julio de 2012, recurso 10/2012).

SEPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación parcial del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

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

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca, en nombre y representación de D. Isidoro G. B., contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2014 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que casamos parcialmente en el sentido de limitar a dos años desde el 1 de enero de 2014 el uso de la vivienda adjudicada a D^a. M^a Jesús B. G., con sus hijas Marta y Lorena.

Sin imposición de las costas del recurso.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

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.