

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 35 de 2012

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

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

En Zaragoza, a cuatro de enero 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 número 35/2012 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 124/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 242/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Luis M. S., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco y dirigido por la Letrada D^a. M^a Pilar Español Bardaji, y como parte recurrida

D^a. Belén M. M., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Pilar Artero Fernando y dirigida por el letrado D. Esteban León Jiménez, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco, actuando en nombre y representación de D. José Luis M. S., presentó demanda de Guarda y custodia compartida contra D^a. Ana Belén M. M. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución por la que se acordasen las siguientes medidas definitivas: “A).- Que tanto la autoridad familiar como la guarda y custodia de los tres hijos, Carlota, Guillermo y Adriana sea otorgada de forma compartida a ambos progenitores, Doña Belén M. M. y Don José Luis M. S., según Plan de Relaciones Familiares relacionada en el apartado Quinto de los hechos de la presente demanda y que se adjunta en documento aparte.- B).- Que se proceda a la extinción del uso del domicilio familiar otorgado a favor del progenitor custodio e hijos.- Se deberá acordar la venta inmediata del domicilio, previo inventario completo y detallado del mobiliario y ajuar familiar; ello por ser lo más conveniente para las relaciones familiares, sito en ... (Zaragoza), ..., mediante la fijación de un precio mínimo de venta que habrá de ser determinado por acuerdo de ambas partes o en su defecto por tasación pericial, acordándose el uso del domicilio por la demandada en tanto se procede a materializar dicha venta y en todo caso por un tiempo máximo de 12 meses, solicitando asimismo para asegurar la puesta en el mercado de la casa que se lleve a cabo la misma a través de agencia inmobiliaria.- El préstamo hipotecario que grava el domicilio familiar debe continuar siendo abonado al 50% entre los titulares del inmueble hasta su venta.- C) Gastos de asistencia a los hijos.- Que se acuerde que ambos progenitores Don José Luis M. S. y Doña Belén M. M. deberán ingresar mensualmente en una cuenta

abierta a tal efecto a nombre de padres e hijos la cantidad de 400 euros y 200 euros, respectivamente, cuenta a cuyo cargo correrán los gastos ordinarios de los tres hijos.-Que se establezca asimismo que cada progenitor correrá con los gastos ordinarios de vestido y manutención de los hijos mientras los tenga bajo su guarda.- Además los progenitores abonarán al 50% los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, y todos aquéllos gastos extras que de mutuo acuerdo, y de forma fehaciente acuerden ambos progenitores, mediante el oportuno ingreso en la cuenta antes referida. En caso de desacuerdo se someterá a la autorización judicial.- D) Que se declare extinguido el derecho a cualquier tipo de asignación compensatoria a favor de la demandada, Doña Ana Belén M. M..”

Acompañó a la demanda Plan de Relaciones familiares y solicitó por otrosí medidas provisionales que se sustanciaron en pieza separada con el número 62/2011.

Propuso prueba anticipada, consistente en informe psicosocial de los hijos menores y testifical para el día del señalamiento.

SEGUNDO.- Una vez tramitada la abstención del Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis, se designó para el procedimiento al titular del Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco. Se acordó admitir a trámite la demanda, dando traslado a la parte contraria, y al Ministerio Fiscal y emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, admitiéndose en ese momento, la prueba pericial psicológica solicitada; comparecidas las otras partes dentro de plazo, contestaron a la demanda solicitando la demandada se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta, y, por otrosí la práctica de prueba documental anticipada y prueba testifical.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. José Luis M. S. contra D^a. Ana Belén M. M. sobre modificación de medidas definitivas de divorcio, acordadas en la

precedente Sentencia, de fecha 14 de junio de 2010, dictada en procedimiento de divorcio contencioso Autos núm. 95/2010-D, seguidos en este Juzgado, y revocada parcialmente por Sentencia, de fecha 1 de febrero de 2011, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, declaro el mantenimiento de las mismas, sin otra variación que limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar sita en, atribuido a la Sra. M. M., por un plazo de nueve años, a contar desde el siguiente al día en que la menor de los tres hijos comunes cumpla la edad de catorce años, transcurrido el cual cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino dar a la misma.- Sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.”

Por la representación legal de D. José Luis M. S. se solicitó aclaración de la anterior sentencia, dictándose auto con fecha 23 de noviembre, cuyo único Fundamento de Derecho y parte dispositiva son del siguiente literal: “Único.- el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil después de establecer que los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, permite aclarar algún concepto oscuro y rectificar los errores materiales manifiestos o aritméticos de que adolezcan.- En el presente caso, solicitada por la parte demandante aclaración del Fundamento de Derecho Cuarto y el Fallo de la sentencia, de fecha 11 de noviembre de 2011, en el extremo relativo al cómputo del plazo de nueve años, por el que se ha limitado temporalmente el uso de la vivienda familiar atribuido a la parte demandada, se acuerda, a la vista de la interpretación errónea realizada por dicha parte, y a los efectos de proporcionar seguridad jurídica, haber lugar a la aclaración instada. Y, en consecuencia, se aclara que el derecho del uso limitado por plazo de nueve años se computa hasta el día siguiente a aquél en que la menor de los tres hijos comunes cumpla la edad de catorce años, transcurrido el cual, cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino dar a la misma.- Parte Dispositiva.- Se acuerda haber lugar a la aclaración del

Fundamento Jurídico Cuarto y del Fallo de la Sentencia, de fecha 11 de noviembre de 2011, dictado en el presente procedimiento de Modificación de Medidas Definitivas de Divorcio autos 242/10, interesada por la representación procesal de D. José Luis M. S., con los términos reseñados en el Único de los fundamentos de derecho de la presente resolución, que se dan aquí por reproducidos.- La presente resolución forma parte de la Sentencia objeto de aclaración.”

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Santacruz Blanco en nombre y representación de D. José Luis M. S., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, y al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en que manifestaba: “impugna la resolución recurrida interesando que se establezca las medidas solicitadas por el ministerio Fiscal en el acto de la vista oral, de ampliar el horario de retornos hasta las 20 horas y más adelante a las 21 horas y que dentro de 1 año se establezca los martes la correspondiente pernocta en relación de los menores”. Por su parte la apelada, impugnó y se opuso al recurso interpuesto.

La parte apelante se opuso a la impugnación del Ministerio Fiscal y a la de la otra parte, solicitando se acordasen las medidas solicitadas en su escrito de recurso.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas la partes, dictó Auto por el que se acordó: “1.- Denegar el recibimiento del pleito a prueba, para practicar la prueba testifical propuesta por José Luis M. S.. – 2.- Y para la práctica de la prueba de exploración judicial acordada de los menores Carlota y Guillermo, se señala a tal efecto el día 20 de marzo de 2012, a las 10,30 horas, en la Sede de esta Sección, cítese a los mismos a través de la representación procesal en autos de la madre, con quien vendrán acompañados, con entrega de la oportuna cédula de citación, a través del Colegio de Procuradores. Y cítese al Ministerio Fiscal.”

Practicada la prueba, en fecha 29 de mayo de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: “Fallamos.- Que desestimando

el recurso de apelación interpuesto por D. José Luis M. S. y desestimando la impugnación de la sentencia presentada por D^a. Ana Belén M. M., frente a la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2011, aclarada por Auto de fecha 23 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de Zaragoza, en autos de juicio de Modificación de Medidas Número 242/2011, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. Sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso.”

QUINTO.- La representación legal de D. José Luis M. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos: “1º.- Inaplicación, por interpretación errónea, del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón.- 2º.- Inaplicación del artículo 81.4 del Código Foral Aragonés. En todo caso, aplicación errónea de artículo 81.3.- 3º.- inaplicación del artículo 83.1. Falta total de resolución de la interpretación de dicho artículo preconizada por el demandante.”

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 de 2012 la Sala dictó Auto en el que acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, confiriendo traslado a las otras partes por plazo de 20 días para que pudieran formalizar oposición, lo que hicieron dentro de plazo, manifestando el Ministerio Fiscal: “...en conclusión y de conformidad con lo anteriormente expuesto se considera que procede desestimar los motivos primero y segundo del recurso de casación interpuesto en este procedimiento.” Y la otra parte demandada solicitó que, “...previos los demás trámites legales oportunos, se proceda en su día a dictar nueva Sentencia por la que desestimando en su integridad el Recurso formulado de contrario se declare no haber lugar a casar la resolución de la que trae causa confirmando ésta en su integridad con expresa imposición a la Parte Demandante/Apelante de las costas causadas en ambas instancias por su temeridad y mala fe procesal.”

En fecha 18 de octubre se señaló para Votación y Fallo el día 5 de diciembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D. José Luis M. S. interpuso demanda de modificación de medidas en la que, en síntesis, se solicitaba la guarda y custodia compartida de los tres hijos comunes, la extinción del derecho al uso de la vivienda atribuido judicialmente a la esposa, y la extinción del derecho, igualmente reconocido a ésta, al percibo de una asignación compensatoria. La sentencia de primera instancia –después confirmada- estimó la demanda en el único extremo de fijar un límite temporal al derecho de uso, tal como ha quedado recogido en los antecedentes de la presente sentencia.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de casación se denuncia inaplicación, por interpretación errónea, del artículo 80 del CDFA.

La sentencia recurrida, en relación con el régimen de guarda y custodia pretendido, expuso: *El informe psicosocial indica expresamente que Carlota y Guillermo manifiestan su preferencia y deseos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la cual se encuentran muy unidos, siendo ésta la principal figura de su mundo afectivo y quien les ha aportado la seguridad y estabilidad que han requerido a lo largo de su desarrollo evolutivo. Cabe señalar que se han visto inmiscuidos tanto en los diferentes procedimientos judiciales de sus progenitores, como en la continua conflictividad y tensión existente entre ellos, habiéndoles hecho partícipes del mismo. También refleja el informe una elevada conflictividad parental y una falta de colaboración mutua que está influyendo negativamente en los menores (...). En la exploración judicial, los menores Guillermo y Carlota manifiestan que se encuentran bien en su actual situación, si bien se percibe en ellos una cierta preocupación por el resultado del conflicto judicial, lo que hace que de manera inconsciente se involucren excesivamente en la conflictividad de sus progenitores, ello podría perjudicar su adecuado desarrollo psico-emocional. (...). En el presente supuesto, el informe social se decanta por la custodia individual y la opinión de los menores, con juicio y*

madurez suficientes, es favorable a mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad, sin cambios, todo ello unido al amplio régimen de visitas, permite concluir que en el presente supuesto la custodia individual a favor de la madre es más beneficiosa para los menores que la compartida...

Arguye la recurrente que la preferencia legal del régimen de custodia compartida comporta una inversión de la carga de la prueba, de modo que es la parte que se opone a aquél la que ha de acreditar que la custodia individual es lo más conveniente para el menor. Y que, teniendo en cuenta dicha inversión de la carga probatoria, la sentencia que establezca la individual deberá justificar de forma fehaciente los motivos de aplicación de ese régimen excepcional. En el desarrollo del motivo se emplea la parte en dar un repaso a cada uno de los factores que el artículo 80 establece en orden a decidir el régimen de custodia, refiriéndose, al hilo de cada uno de ellos, a las alusiones (o a la falta de alusiones) que en relación con los mismos se hacen en la sentencia, y ofreciendo la valoración que, en su opinión, hubieran debido merecer. Con ello la recurrente viene a incurrir en el defecto de “hacer supuesto de la cuestión”, contrario a una adecuada técnica casacional como tantas veces hemos indicado y sin que se razone por qué, a partir de los hechos que la sentencia considera probados, se infringe el precepto del art. 80.

Y en absoluto ha ocurrido tal cosa, pues, como se advierte con la lectura de los párrafos que han quedado transcritos, la sentencia recurrida acuerda la custodia individual tras una precisa valoración de la prueba – incluida la exploración de los niños- que le conduce a la convicción de que ello es lo más conveniente para el interés de éstos, acomodándose así a la jurisprudencia de esta Sala plasmada, entre otras, en sentencia de 1 de febrero de 2012 y donde se precisó: *En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que*

el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos.

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c) CDFA-.

Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada.

Por lo expuesto, y tal como postulan la contraparte y el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- En el segundo motivo de casación se denuncia: *Inaplicación del artículo 81.4 del Código Foral Aragonés. En todo caso, aplicación errónea del artículo 81.3.*

El artículo 81 del CDFA establece:

Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.

3. *La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.*

4. *Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.*

(...).

En relación con la alegada inaplicación del artículo 81.4, se arguye en el recurso que, en el presente caso, concurren una serie de circunstancias que hacen necesaria para unas adecuadas relaciones familiares la venta de la vivienda.

Por lo que a continuación se dirá, considera la Sala que no es de apreciar infracción, por inaplicación, del citado artículo 81.4.

Frente a lo que se sostiene en el recurso, la previsión ahí contenida opera fundamentalmente en el caso de que se acuerde la custodia compartida. Y sólo en ese caso es posible acordar la venta de la vivienda inmediatamente o en fecha muy próxima a la sentencia (que es lo que pretende el aquí recurrente). Entenderlo de otro modo conduciría a la inaplicación del artículo 81.2, que ordena la atribución del uso (temporalmente, art. 81.3) al que tenga la custodia individual. En cualquier caso, lo que dispone la norma es que la venta se ordenará si el juez considera que *es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares*. Pero la apreciación de esta necesidad entra dentro de los pronunciamientos discrecionales o de equidad, ámbito que corresponde al tribunal de instancia, de manera que no puede prosperar un recurso de casación basado en la alegación de que, en el caso, las circunstancias concurrentes hacen la venta necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

Lo mismo cabe señalar en lo tocante a la alegada interpretación errónea del 81.3: la determinación del lapso temporal concreto incumbe al juzgador de instancia, que lo fijará discrecionalmente. No tiene ningún fundamento afirmar, como se hace en el recurso, que todo lo que exceda de 5 años constituye un fraude de ley, ya que la ley no pone límite máximo. Y el fijado no aparece como irracional o arbitrario, por más que la recurrente -

que, por otro lado, no ha formulado motivo alguno de infracción procesal- no lo encuentre correcto.

CUARTO.- Aplicando el artículo 81.3, en la sentencia de primera instancia (confirmada íntegramente como ha quedado expuesto) tras precisar que, desestimado el régimen de custodia compartida, procede mantener la atribución del uso de la vivienda a la esposa como detentadora en exclusiva de la custodia de los hijos, se indica que, por imperativo legal, el uso ha de limitarse, lo que hace (si bien este punto hubo de ser aclarado en auto de 23 de noviembre de 2011) estableciéndolo hasta que la hija menor cumpla catorce años. Pero en el fallo se añade que *...transcurrido el cual (plazo) cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma.*

A propósito de tal expresión se razona en el recurso que se contraviene el tenor literal de la ley, ya que la limitación temporal a que aquélla obliga se convierte así en una limitación condicionada a que las partes acudan a un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

Lo que la ley ordena en este particular es que el Juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes: por un lado al favorecido con la atribución del uso, quien de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones para cuando llegue ese momento, tales como búsqueda de otro alojamiento, o evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si, como en el caso que nos ocupa, ambos son cotitulares del inmueble, etc. Y, por otro lado, conviene también al que se ve privado del uso del bien, que no sólo podrá también ponderar esas posibilidades, sino que sabrá que podrá venderse libre de esa carga a partir de una determinada fecha. Esto no se consigue con el pronunciamiento de la sentencia recurrida (que confirmó íntegramente la de primera instancia que a su vez incluyó el inciso del que la parte disiente) ya que deja en la indefinición el límite temporal con ese añadido tan innecesario como perturbador.

En consecuencia, en esa misma medida habrá de estimarse el motivo, con la consecuencia de suprimirse la expresión que sigue al señalamiento del plazo: *transcurrido el cual cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma.*

QUINTO.- En el tercero de los motivos de casación se denuncia infracción del art. 83.1 del CDFA.

Afirma la parte recurrente que el citado precepto introduce un importante cambio a la hora de determinar el punto de referencia que debe ser tenido en cuenta para valorar el desequilibrio económico, ya que se utiliza la expresión *que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia*, frente a la expresión del artículo 97 del Cc: *que implique un empeoramiento en su situación anterior en la convivencia* (en realidad, en el matrimonio). Por tanto –siempre en tesis de la recurrente– sólo la constatación fehaciente de que el matrimonio ha producido un perjuicio concreto a alguna de las partes respecto de la posición económica o laboral de la que gozaría en el caso de no haber contraído matrimonio justificaría el establecimiento de una asignación compensatoria.

No es esta la interpretación que respecto de tal cuestión ha sostenido esta Sala. En la sentencia de 13 de julio de 2012 dictada en el recurso de casación 10/2012 y con remisión a la anterior de 30 de diciembre de 2011 se expresó:

“ La asignación compensatoria prevista en el artículo 9 de la Ley aragonesa 2/2010 (artículo 83 CDFA) no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres.

Ya el Preámbulo de la ley (párrafo final de su apartado VII, que es ahora el penúltimo párrafo del apartado 10 del Preámbulo del Código de Derecho Foral de Aragón) prevé “la posibilidad de que uno de los padres

solicite al otro una asignación económica destinada a compensar la desigualdad económica que le produzca la ruptura de la convivencia”. Esta previsión se concreta en el artículo 9.1 del texto normativo: “El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria”.

Se trata de compensar la desigualdad que a uno de los padres pueda producir la ruptura de la convivencia, para lo que se han de tener en cuenta, a los efectos de determinar la cuantía y naturaleza temporal o indefinida de la asignación, los criterios señalados en el apartado 2 del mismo artículo. Y estos criterios, a salvo de los dos primeros más genéricos, se refieren a situaciones que tienen que ver con el tiempo de convivencia (edad de los hijos, atribución del uso de la vivienda familiar, funciones familiares desempeñadas por los padres y duración de la convivencia) y no con situaciones anteriores a la misma.

Por ello no es correcta la interpretación del recurrente de que la norma aragonesa resulta diferente de la contenida en el artículo 97 del Código civil, en el sentido de que aquélla exija, para señalar la asignación compensatoria, un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia pues, como se ha dicho, se trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.”

Por lo demás, y al margen de que, como señala la contraparte en su escrito de oposición, la demanda se interpuso sin invocar en este punto hechos nuevos en relación con los tenidos en cuenta en la sentencia de divorcio, resulta improcedente entrar en las consideraciones que, en relación con extremos de hecho que se dicen no acreditados (tales como la disminución de las expectativas profesionales de la esposa a resultas de su matrimonio y sus maternidades) se llevan a cabo en el recurso.

Todo ello comporta la desestimación del motivo.

SEXTO.- La estimación parcial del recurso, de acuerdo con lo que se ha expuesto en el fundamento cuarto, conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

PRIMERO.- Declaramos haber al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales D^a Ana Santacruz Blanco, actuando en nombre y representación de D. José Luis M. S., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha 29 de mayo de 2012, que casamos. Y dando lugar en parte, al recurso de apelación interpuesto contra la dictada en primer grado debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la vivienda, eliminando la expresión que se añade al señalamiento del plazo: *transcurrido el cual cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma.*

SEGUNDO.- No se hace condena en las costas de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

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

CUARTO.- Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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

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

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