

A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2010, 2011 Y 2012)

1

NÚM. 1

S. TSJA 1/2010, de 4 de enero

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA ADMINISTRATIVA: *Desamparo: En la situación de desamparo derivada del «imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes» (104 LDp.) se pueden evaluar previsibles situaciones de imposible cumplimiento de tales deberes, incluso hacia el futuro, derivadas de circunstancias previas al nacimiento del niño. La declaración del desamparo lleva de forma preventiva, incluso antes del nacimiento del niño, a las consecuencias de tutela administrativa y acogimiento preadoptivo, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelven las consecuencias legales que llevan a separación del niño del medio familiar.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 104 LDp., 59 Ley 12/2001, 28 Decreto 198/2008.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martí-nez Lasierra.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 11/2009, interpuesto contra

la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 23 de junio de 2009, recaída en el rollo de apelación número 800/2008 dimanante de autos de oposición a resolución administrativa número 310/08, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña Felisa C. D., representada por el Procurador de los Tribunales don Pablo Luis Marín Nebra y dirigida por la Letrada doña Carmen Biel Ibáñez, ambos del turno de oficio, y teniendo reconocido la recurrente el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y como parte recurrida, el Ministerio Fiscal y el I.A.S.S. representado por la Letrada de la Diputación General de Aragón doña Carmen Lahoz Pomar.

[...]

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 11/2009, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Pablo Luis Marín Nebra, en nombre y representación de doña Felisa C. D., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección Segunda, de fecha de 23 de junio de 2009, sin imposición de costas.

2

NÚM. 2

S. TSJA 1/2011, de 26 de enero

51: FUENTES: «STANDUM EST CHARTAE»: **Interpretación del principio:** *El principio «standum est chartae» tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos.*

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: **DISPOSICIONES GENERALES:** **Interpretación de testamento:** *Los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y estas. Por lo tanto, en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de prevalecer la intención sobre las palabras, intención que ha de deducirse de los llamados usualmente elementos interpretativos lógico y sistemático. La interpretación realizada por la Audiencia está motivada, y es racional y no arbitraria, por lo que no puede ser revisada en casación.*

73: SUCESIÓN PACCIONADA: **FIDUCIA SUCESORIA:** **Adquisición de los bienes objeto de fiducia por usucapión:** *Nombramiento de heredero por la fiduciaria en los bienes propios del comitente. Nombramiento de heredero también en los bienes propios de la fiduciaria (bienes consorciales): nombramiento sujeto al posible ejercicio de la acción de defensa de la legítima, si bien el plazo para su ejercicio ya ha transcurrido, y en todo caso se ha producido la adquisición por usucapión. En cuanto a los bienes que constituían la casa o patrimonio familiar atribuido en 1909 a la primera esposa del padre del nombrado heredero, la*

segunda esposa de su padre no estaba facultada para nombrarle heredero también de ellos, pero como la Audiencia aprecia la existencia de una posesión en concepto de dueño, pública y pacífica que se prolongó más de 30 años, los adquirió por usucapión extraordinaria. Sin que el usufructo que mantuvo la segunda esposa hasta su muerte en 1985 sea obstáculo para esta usucapión. Debe estarse a los hechos que se consideraron probados en la sentencia impugnada.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 432, 1960.1ª Cc.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.*

Capitulaciones matrimoniales de 1909 con institución de heredera universal a favor de la hija que se casa, con reserva del señorío mayor y del derecho de conceder al forastero derecho a casamiento en casa. Los contrayentes establecen la fiducia sucesoria a favor del sobreviviente de ellos y, en caso de no uso, a favor de un pariente de cada uno. La designada heredera fallece en 1918, dejando tres hijos de su matrimonio.

En 1919 el viudo se casa con la hermana de su primera mujer, otorgándose nuevas capitulaciones con intervención de los señores mayores, que conceden al binubo el casamiento en casa y recuerdan que la casa es para los hijos del primer matrimonio según lo ordenado en 1909; los contrayentes en cuanto a sus bienes propios se conceden fiducia sucesoria. Del segundo matrimonio nacen dos hijos. En 1957 muere el binubo y desde entonces el hijo mayor del primer matrimonio se queda en casa y trabaja el patrimonio familiar.

En 1969 la segunda esposa otorga escritura en la que instituye heredero universal de los bienes de su esposo, y de la primera esposa de éste, al hijo común de éstos que se ha quedado en casa; entre los bienes que se incluyen en la institución de herederos están las 5 fincas compradas durante el segundo matrimonio. La instituyente se reserva el usufructo de los bienes de la herencia y el instituido heredero ha de pagar a cada uno de sus cuatro hermanos las cantidades que

se fijan en pago de sus legítimas paterna y materna. La instituyente fallece en 1985 y el instituido en 2004.

En 2008 los hijos del instituido heredero interponen demanda en solicitud de sentencia que declare que ellos, en cuanto herederos de su padre, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, así como de los bienes de la que fue segunda esposa del padre de su padre. La sentencia del Juzgado desestima la demanda, mientras que la Audiencia la estima íntegramente. El TSJA desestima el recurso de casación.

En Zaragoza a veintiséis de enero de dos mil once.

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 núm. 16/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 6 de julio de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 341/2009, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 347/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Huesca, en el que son partes, como recurrentes doña R L G y don F L G representados por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Borobia Lorente y dirigidos por el Letrado don Jorge Loste Herce, así como doña A y doña M L G, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Mayor Tejero y dirigidas por la Letrada doña M^a Nieves Mañas Susín, y como recurridos doña M^a F, doña F y don J F L F, representados por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y dirigidos por el Letrado don Lorenzo Torrente Ríos.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Manuel Bonilla Sauras, actuando en nombre y representación de doña F, don J F y doña M^a F L F, presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar

los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare que los actores, «en cuanto herederos de A L G, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, llamados H L E y F G A, así como de los bienes de F G A, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas procesales».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a los demandados, quienes comparecieron en tiempo y forma y contestaron a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca dictó sentencia en fecha de 15 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que debo desestimar y por ello desestimo en su integridad la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Bonilla Sauras, ostentando la representación procesal de doña F, don J F y doña M^a F L F frente a doña R, doña A y doña M L G y don F L G, por lo cual debo realizar los siguientes pronunciamientos: Primero: Declaro que no ha lugar a declarar a don A L G (y por sustitución de éste, sus tres hijos F, F y J F L F) heredero universal de los bienes de los finados don H L E, doña F G A y doña F G A. Segundo: No se realiza imposición de costas, cada parte soportará las devengadas a su instancia y las comunes por mitad».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a las partes contrarias, quienes se opusieron al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha de 6 de julio de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Estimamos el recurso de apelación formulado por los demandantes, F L F, M F L F y J F L F, contra la sentencia referida, que revocamos. En su lugar, estimamos la demanda y declaramos que los actores, en cuanto herederos de A L G, son propietarios de to-

dos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, H L E y F G A, así como de los bienes de F G A. Condenamos a los demandados, A L G, M L G, R L G y F L G, a estar y pasar por dicha declaración. Imponemos a los demandados las costas de primera instancia y no hacemos especial pronunciamiento sobre las de esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales Sra. María Pilar Gracia Gracia, actuando en nombre y representación de doña R L G y don M F L G, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: Primero: Infracción del principio «standum est chartae». Segundo: Infracción de los artículos 48, 55, 53 y 54 del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1.925, sobre la sociedad conyugal. Tercero: Infracción de los artículos 23, 25 y 34 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, sobre el régimen económico matrimonial paccionado. Cuarto: Infracción del artículo 89 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, sobre los modos de delación hereditaria. Quinto: Infracción de los artículos 1940, 1941, 1942, 1943, 1944 y 1959 del Código Civil, sobre la prescripción adquisitiva.

La mentada Procuradora, doña M P G G, interpuso asimismo recurso de casación en nombre y representación de doña A y doña M L G, que basó en los siguientes motivos: Primero: Infracción del principio «standum est chartae». Segundo: Infracción de los artículos 48, 55, 53 y 54 del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1.925, sobre la sociedad conyugal. Tercero: Infracción de los artículos 23, 25 y 34 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, sobre el régimen económico matrimonial paccionado. Cuarto: Infracción del artículo 89 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967,

sobre los modos de delación hereditaria. Quinto: Infracción de los artículos 1940, 1941, 1942, 1943, 1944 y 1959 del Código Civil, sobre la prescripción adquisitiva.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 8 de noviembre de 2010 auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 12 de enero de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de los hechos que se declaran probados en la instancia y de las actuaciones:

— Mediante escritura pública de fecha 15 de octubre de 1909, autorizada por el Notario de Huesca don Félix Marquínez bajo el núm. 423 de su protocolo, se otorgaron capitulaciones para el matrimonio concertado entre don H L E y doña F G A. Entre sus pactos, son de destacar los siguientes:

«Segundo: El contrayente don H L E llevará al matrimonio proyectado su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará dos mil pesetas en metálico que, en pago de sus legítimas paterna y materna, le asignan o señalan sus padres, don R L A y doña A E E, en unión de su hermano, el heredero de la casa, don L L E, junto con su esposa (...).».

Tercero: Del mismo modo y a igual objeto, la contrayente doña F G A llevará al matrimonio proyectado con don H L E también su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará todos los bienes muebles e inmuebles, acciones, pensiones, créditos y derechos que queden como de su pertenencia a la muerte de sus señores padres, don M G B y doña R A S, los cuales, de un modo irrevocable pero para después de la muerte de ambos, y con

las reservas, limitaciones y obligaciones que en adelante se harán constar, instituyen y nombran por universal heredera a su referida hija doña F G A. Los bienes inmuebles que constituyen o forman las herencias de los instituyentes son las fincas urbana y rústicas que a continuación se describen (sigue una relación de 21 fincas).

El nombramiento de heredero que precede, como ya se ha expresado (sigue diciendo la escritura en su pacto tercero), se hará de un modo irrevocable, pero para después de la muerte de ambos [instituyentes], reservándose entre tanto para los dos y por muerte de uno para el sobreviviente, en todos los bienes de ambas herencias y de un modo más especial en los inmuebles descritos, el señorío mayor, administración y usufructo.

Quinto: Por muerte de cualquiera de los contrayentes con sucesión y sin testar o de algún modo de disponer, el sobreviviente queda desde ahora facultado para hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para nombrar heredero a quien considere más apto e idóneo o útil y conveniente, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca en unión, caso de discordia, del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas.

Séptimo: Don M G B y doña R A S, por muerte de su hija la heredera F G A, se reservan el derecho y facultad ambos juntos, y por muerte de uno el sobreviviente, de conceder o no casamiento al contrayente H L E en la casa y sobre los bienes de la repetida contrayente F, pero ésta no podrá hacerlo mientras vivan sus padres caso de fallecer y disponer de sus bienes, pero sí en el de haber muerto ya sus referidos padres».

— Doña F G A falleció intestada en Tabernas de Isuela el día 9 de noviembre

de 1918, en estado de casada con don H L E, dejando de su matrimonio tres hijos menores, A, M y R L G, que en aquel momento contaban con 9, 7 y 4 años de edad, respectivamente.

— Viudo don H, se concertaron segundas nupcias con doña F G A, hermana de su premuerta esposa, otorgándose el 14 de octubre de 1919 nuevas capitulaciones matrimoniales ante el mismo notario de Huesca por los contrayentes, don H L E y doña F G A, y los padres de ésta, don M G B y doña R A S. De sus pactos aquí interesan los siguientes:

«Tercero: Que los comparecientes don M G B y doña R A S, haciendo uso de la facultad y derecho que al nombrar heredera a su difunta hija F se reservaron en el pacto séptimo copiado en la anterior cláusula, conceden al contrayente H L E casamiento en la casa y sobre los bienes de su primera mujer, la repetida F G A, y le autorizan para que contraiga nuevo matrimonio con su otra hija hermana de aquella, la compareciente F G A, en cuya virtud se entenderá prorrogado a favor del mismo el usufructo, caso de enviudar nuevamente, sobre todos los bienes que comprendía aquel nombramiento de heredero, y entre los que se encuentran las fincas urbanas y rústicas sitas en Tabernas y su término que a continuación se describen (sigue la misma relación de las 21 fincas reseñadas en la escritura de 1909).

Cuarto: Con arreglo a la anterior cláusula, el contrayente don H L E, cuando se extinga el usufructo que en los bienes descritos se reservaron los instituyentes y padres de su repetida esposa, don M G B y doña R A S, lo aportará al nuevo matrimonio proyectado con la compareciente F G A, aportando además como bienes propios las mismas dos mil pesetas que ya aportó entonces al primero, según consta de la repetida capitulación matrimonial.

Sexto: Como quiera que, con arreglo a lo pactado en la capitulación citada [la del año 1909] para el primer matrimonio del contrayente H L E con la finada F G A, los

hijos de estos llamados A, M y R L G son herederos de su difunta madre y, por consiguiente, dueños de la mera propiedad de los descritos, a elección del sobreviviente y en defecto de este de un pariente el más cercano de cada parte residente en la provincia de Huesca y caso de discordia del señor Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas; los contrayentes en cuanto a sus bienes propios podrán hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos y en cuanto a los del contrayente incluyendo los que ya tiene de su primer matrimonio y se han expresado o que entonces sobrevivan, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para que puedan nombrar heredero al que consideren más apto e idóneo, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca, en unión del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas todos juntos o en su mayor número.

Séptimo: (...)

Los derechos y obligaciones de los contrayentes H L E y F G A en la casa de la difunta F G A y los derechos y obligaciones también de los padres de dicha finada, don M G B y doña R A S, así como los de los hijos de la repetida finada llamados A, M y R L G se regirán y regularán en lo que al casamiento concedido al contrayente H L E se refiere por lo consignado en esta escritura y en todo lo demás a lo expresado en la capitulación para el matrimonio de aquella finada con el contrayente H L E, cual consta en la escritura al principio citado otorgada que fue por mi testimonio el quince de octubre de mil novecientos nueve, haciendo constar los repetidos don M G B y doña R A S su voluntad y deseo que si los repetidos tres nietos fallecen antes de llegar a la mayor edad o tomar estado sea heredera de todos los bienes de sus respectivas herencias y especialmente de las fincas descritas que entonces existan en primera lugar la con-

trayente F G A y por muerte de esta los hijos que le sobrevivan».

— De este segundo matrimonio nacieron dos hijas, llamadas M y A L G.

— Don H L E falleció, sin haber otorgado testamento, el 25 de enero de 1957. Previamente habían fallecido sus suegros, don M G B y doña R A S.

— El hijo mayor del primer matrimonio, don A L G, fue el que quedó en la casa y trabajó las tierras que constituían el patrimonio familiar.

— Doña F G A, en estado de viuda, otorgó en fecha 4 de junio de 1969 escritura pública de nombramiento de heredero autorizada por el Notario de Huesca don Francisco del Hoyo Villameriel bajo el núm. 528 de su protocolo. En ella doña F, como instituyente, y don A L G (el primero de los hijos de don H y doña F) como instituido heredero, expusieron el contenido del pacto sexto de las capitulaciones matrimoniales de 14 de octubre de 1919, y haciendo uso de la facultad allí concedida, doña F dispuso lo siguiente:

«... instituye heredero universal de los bienes de su esposo don H L E, y de la primera esposa de éste, doña F G A, al hijo común de éstos A L G, si bien con las reservas y obligaciones que luego se dirán».

«Los bienes que comprende esta institución hereditaria, consisten más especialmente en las siguientes fincas:» ... (sigue una relación de 26 inmuebles. De ellos 21 pertenecían a la causante doña F G A, por herencia de sus padres, y las otras 5 fueron compradas durante el matrimonio entre don H L E y doña F G A —su segunda esposa—).

Las «reservas y condiciones de la institución» son dos: —«La instituyente, doña F G A, se reserva el usufructo de todos los bienes que comprende esta herencia». (...). —«Será obligación del instituido heredero, la de entregar en pago de sus legítimas paterna y materna a sus nombrados hermanos [la instituyente manifiesta previamente los cinco hijos habidos en los dos enlaces con-

yugales], a saber: A M [hijo del primer matrimonio], 5.000 pesetas, a R [hija también del primer matrimonio] 5.000 pesetas, a M [hija del segundo matrimonio], 30.000 pesetas, y a A [hija del también del segundo matrimonio], 25.000 pesetas».

— Doña F G A falleció el 10 de febrero de 1985, y don A L G, el 1 de abril de 2004.

— En fecha de 2 de septiembre de 2008 don J F, doña F y doña M F L F (hijos de don A L G) interpusieron demanda de juicio ordinario frente a doña R L G (hermana de doble vínculo del padre de los actores), don F L G (uno de los hijos de don M L G –fallecido en 2005–, hermano de doble vínculo de don A L G), doña A L G y doña M L G (hermanas de vínculo sencillo del padre de los actores), en la que pedían se dictase en su día sentencia por la que se declare que ellos, «en cuando herederos de A L G, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, llamados H L E y F G A, así como de los bienes de F G A, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas procesales».

— El conocimiento de dicha demanda correspondió, por turno de reparto, al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca, y tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó en fecha 15 de septiembre de 2009 sentencia desestimatoria en la que se dispone «que no ha lugar a declarar a don A L G (y por sustitución de éste, a sus tres hijos F, F y J F L F) heredero universal de los bienes de los finados don H L E, doña F G A y doña F G A», debiendo cada parte soportar las costas devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

— Interpuesto recurso de apelación por los actores, los codemandados se opusieron al mismo, dictándose el 6 de julio de 2010 sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca por la que, estimando íntegramente la demanda, se declara «que los actores, en cuanto herederos de A L G, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este

último, H L G y F G A, así como de los bienes de F G A», condenando «a los demandados, A L G, M L G, R L G y F L G a estar y pasar por dicha declaración», con imposición a éstos de las costas de la primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento respecto de las de la alzada.

— Contra dicha resolución se formuló recurso de casación por doña A y doña M L G, y también por doña R L G y don F L G (unos y otros bajo su respectiva representación y dirección letrada), quienes pidieron se case la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca y se confirme la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de esta Ciudad.

Segundo: Según el suplico de la demanda, lo que pretenden los actores es que se declare que, en cuanto herederos de don A L G (su padre), son propietarios de los bienes que previamente pertenecieron a don H L E (su abuelo), a doña F G A (su abuela y primera esposa de don H) y a doña F G A (segunda esposa de don H y hermana de su primera mujer).

Con relación a la herencia de don H, nadie discute que doña F G A, de acuerdo con el pacto fiduciario recogido en la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 14 de octubre de 1919, estaba facultada como fiduciaria para nombrarle heredero, por lo que la escritura pública de designación de heredero otorgada el 4 de julio de 1969, ante el Notario de Huesca don Francisco del Hoyo Villameriel, es válida y eficaz respecto de los bienes de don H, tal como señala acertadamente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca.

Se aduce que no cabe la adjudicación directa a don A L G de las cinco fincas adquiridas para el consorcio conyugal de don H L E y doña F G L. A este respecto, la Audiencia Provincial de Huesca entiende acertadamente (de esta cuestión se tratará a continuación) que don A L G también fue nombrado heredero de doña F G L en la mentada escritura de 4 de julio de 1969, por lo que devino propietario único de di-

chos inmuebles, sin perjuicio del usufructo que se había reservado doña F, y si no fuese así, la consecuencia no sería la nulidad de su nombramiento como heredero de don H, sino la existencia de una situación de indivisión con doña F respecto de los bienes adquiridos por ambos cónyuges durante el matrimonio (en vez de ser titular exclusivo de las mentadas fincas), pues para nombrar heredero de bienes que forman parte del consorcio no se requiere la previa liquidación del patrimonio conyugal, operación que puede hacerse posteriormente, en cuyo momento se determinarán los bienes concretos que se adjudiquen en la división al cesar la comunidad. En consecuencia, se desestima el motivo segundo de los articulados por los recurrentes.

Tercero: En cuanto a los bienes que fueron propiedad de doña F, la sentencia objeto de recurso señala que doña F no estaba facultada para nombrarle heredero, pero entiende que don A L G y sus herederos los adquirieron a través del instituto de la usucapción extraordinaria.

La Audiencia Provincial de Huesca, tras una valoración global y conjunta de la prueba practicada, documental, testifical e interrogatorio de las partes, llegó a las siguientes apreciaciones que constan literalmente en la sentencia dictada:

— «..., el padre de los demandantes, A L G, poseyó en concepto de dueño todas las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar provenientes de F, H y F, como resulta de los documentos unidos a los autos... y de las declaraciones emitidas en el juicio que constan en la grabación videográfica».

— «... A L G poseyó todos los bienes de la casa en concepto de dueño, no solo de un modo exclusivo, sino además excluyente o de forma única, a partir de la escritura de institución de heredero de 1969. En realidad, con esta escritura se creó la apariencia de que había cesado la pendencia de la fiducia, de manera que, desde ese momento, A comenzó a poseer en concepto de dueño...».

— «... ninguno de los interesados reclamó nada a A, al que todos en el pueblo le consideraban el heredero de la casa y el dueño del patrimonio familiar, lo que es extensible a los llamados a la herencia».

— «La primera oposición formal a la situación posesoria en concepto de dueño desde julio de 1969 se produce por los ahora cuatro demandados ... casi treinta y ocho años después, en febrero de 2007, ...».

— «... dos de los tres hijos [de] don M L G, su heredero, M L G, y M C L G, manifestaron, en el acto de conciliación celebrado el 26 de mayo de 2008, que nada han reclamado respecto a las herencias de H, F y F y que no piensan reclamar nada».

— «... que F ostentara el usufructo viudal sobre todas las fincas...no supone obstáculo jurídico para computar el plazo de la usucapción desde 1969 a 1985 (año en que fallece F) a favor de A, puesto que ningún inconveniente hay para usucapir la nuda propiedad y que luego el pleno dominio quede consolidado con la extinción del usufructo, en este caso, por muerte de Francisca, al menos teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos».

Llegados a este punto, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión» (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002,

13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2009, entre otras muchas).

Sentado lo anterior, es obvio que aquí debe estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada, es decir, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatación en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria en que se basa la sentencia recurrida.

En consecuencia, como la Audiencia Provincial de Huesca aprecia la existencia de una posesión en concepto de dueño, pública y pacífica que se prolongó más de treinta años y los recurrentes, en puridad, pretenden se realice una nueva valoración probatoria, lo que está vedado en casación, ya que no es una tercera instancia, se llega a la conclusión de que los demandantes son dueños de las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar perteneciente a doña F, dado que su padre, don A, las adquirió por usucapión extraordinaria.

Se aduce que don A L G no empezó a poseer en concepto de dueño hasta el fallecimiento de doña F L G, quien mantuvo el usufructo hasta su muerte en 1985, mas tal postura no puede acogerse, pues «la posesión de los bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona» (art. 432 del Código Civil).

Por lo tanto, cuando existe un usufructo no es el usufructuario, sino el propietario (llamado así y no nudo propietario en las normas del Código Civil sobre el usufructo –por ejemplo artículos 489, 490 y 491–), quien sigue poseyendo la cosa como titular del dominio, ya que la posesión del usufructuario, a los hipotéticos efectos de una adquisición por usucapión, lo sería del propio derecho real de usufructo, destina-

do por ende a extinguirse con la muerte del usufructuario y a reunirse con la propiedad en una misma persona.

Doña Francisca poseía como usufructuaria, como tenedora de la cosa en virtud de un derecho de disfrute, lo que implica reconocer que el dominio pertenecía a otra persona: el propietario (llamado nudo propietario por estar desprovisto del disfrute de la cosa), que era quien poseía la cosa mediatamente a título de dueño, y tras la escritura de institución de heredero de 1969, otorgada por doña F a favor de don A, aquélla poseía el patrimonio familiar reconociendo que la propiedad pertenecía al padre de los aquí actores, que era quien poseía como titular del dominio.

Se alega, asimismo, que la posesión de don A L finalizaría en 1995, cuando marchó a vivir a Huesca, pero el hecho de que en dicho año se trasladase a Huesca con su hija en nada afectó al señorío de hecho que la posesión supone, pues continuó teniéndolo, si bien, dada su edad, pasó a trabajar las tierras su hijo, el codemandante don J F L F, que en vida de su padre las cultivaba por encargo suyo (servidor de la posesión), y a la muerte de don A continuaron poseyendo los bienes que constituían el patrimonio familiar sus hijos, quienes, si lo precisasen –no es este el caso– podían «completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante» (art. 1960, regla 1ª, del Código Civil), debiendo señalarse, que en la demanda se alude expresamente a esa continuidad posesoria de los hijos: «han sido mis principales y su padre don A L G quienes han poseído los bienes...», si bien los actores consideran (y los han probado) que su padre consumó la usucapión.

De lo antedicho se desprende la procedencia de desestimar también los otros cuatro motivos articulados por la representación de doña R L G y don F L G.

Cuarto: Respecto de los bienes de doña F G A, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca señala en su fundamento jurídico quinto lo siguiente:

«La escritura de nombramiento de heredero de 1969 no se refiere expresamente a los bienes de la propia F, sino solo a los de H y a los de F. Sin embargo, entendemos que la voluntad real de la fiduciaria era la de extender el nombramiento de heredero a sus propios bienes, puesto que regula la legítima de sus dos hijas y no solo la correspondiente a los hijos propios de su esposo, y, además, entre las fincas relacionadas en la escritura de 1969 se incluyen no solo las prevenientes de F, sino también otras cinco adquiridas a título oneroso constante el segundo matrimonio del que hablamos».

Ciertamente, en la escritura pública de fecha 4 de julio de 1969 no se hizo designación formal expresa de don A L G como heredero de doña F, pero dicha omisión no impide el que se pueda apreciar que la voluntad de la instituyente era nombrarle heredero tanto de su esposo y de su premuerta hermana, como de ella misma, si realmente esa fue su intención.

Sabido es que los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y éstas (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1984, 29 de enero de 1985, 1 de febrero de 1988, 18 de julio de 1998, 9 de octubre de 2003, 18 de julio de 2005, etc.).

Por lo tanto, en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de prevalecer la intención sobre las palabras, intención que ha de deducirse de los llamados usualmente elementos interpretativos lógico y sistemático.

En el caso que nos ocupa la Audiencia Provincial de Huesca ha buscado la voluntad real de doña F G A, y como entre los bienes comprendidos en la institución he-

reditaria había cinco fincas que eran del consorcio conyugal de don H y doña F, las cuales fueron en su totalidad objeto de transmisión hereditaria, reservándose doña F el usufructo, y por otro lado se impuso a don A L G (precisamente porque era el heredero) la obligación de entregar a las hijas de doña F, es decir a doña M y doña A, la cantidad de 30.000 y 25.000 pesetas, respectivamente, en pago de sus legítimas paterna y materna, llega a la convicción, en uso de los elementos interpretativo lógico y sistemático, de que la escritura de nombramiento de heredero de 4 de julio de 1969 también se extendía a los bienes propios de la instituyente.

La mentada interpretación de la voluntad de doña F está motivada, y es racional y no arbitraria, por lo que ha de mantenerse. A este respecto, debe recordarse que según doctrina reiterada del Tribunal Supremo la «cognitio» en relación con la interpretación contractual o testamentaria no supone una revisión total de la labor hermenéutica realizada sino que se limita a controlar si la misma es ilógica, arbitraria o irrazonable, algo que en absoluto acontece en el caso que nos ocupa, sin que quepa entrar a discutir acerca de cuál es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias, porque tal examen supondría exceder de la función encomendada a un recurso extraordinario e injerirse en la función soberana del Juzgado y la Audiencia, convirtiendo a la casación en una tercera instancia (véanse las sentencias de 30 de enero de 1997, 16 de julio de 2002, 21 de enero, 11 de marzo y 23 de diciembre de 2003, 29 de enero, 20 de mayo, 25 de octubre y 12 de noviembre de 2004, 24 de enero y 5 de junio de 2006, 21 y 27 de septiembre de 2007, 12 de mayo de 2008, entre otras muchas).

Se alega que el pacto sexto de la escritura de capitulaciones matrimoniales no facultaba a doña F para disponer de sus bienes en favor de uno de los hijos del primer matrimonio de don H. Pues bien, aquí no nos hallamos ante un uso de las facultades propias del fiduciario, pues doña F está disponiendo en vida de sus

bienes propios, por lo que la designación de heredero que efectúa a favor de don A L G no es anulable, y si bien estaba sujeta al posible ejercicio de la acción de defensa de la legítima, resulta que el plazo para su ejercicio ya ha transcurrido, y en todo caso se ha producido la adquisición de los bienes de doña F por usucapión.

En consecuencia, también son de desestimar los otros cuatro motivos formulados por la representación de doña A y doña M L G. Por último, dada la referencia que ambos recurrentes hacen al principio «*standum est chartae*», debe señalarse que dicho principio tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos.

Quinto: Como se desestiman los recursos interpuestos, no procede entrar a examinar la cuestión que suscitan los actores-recurridos, quienes sostienen que concurren los requisitos de la usucapión ordinaria. En todo caso, debe aclararse, a la vista de lo que se alega, que cabe recurrir en casación frente a una sentencia favorable, a condición de que los motivos que se articulen operen en el caso de que, por estimar el recurso de la parte contraria, se asuman por esta Sala funciones de Tribunal de instancia y de que dicho recurso se formule oportunamente.

Sexto: Las costas del presente recurso serán abonadas por las partes recurrentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 16/2010, interpuesto por la Procuradora

doña M^a Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación de doña R L G y don M F L G, así como de doña A y doña M L G, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 6 de julio de 2010, con imposición de las costas del mismo a las partes recurrentes.

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.

NÚM. 3

A. TSJA de 31 de enero de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Interés del menor: Inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. Los motivos del recurso de casación incurren en petición de principio, lo que no es aceptable en rigurosa técnica casacional. La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, debiendo ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, y desde el punto de vista de acceso a la casación, «la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determine en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá» (STS 614/2009, de 28 de septiembre).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 217, 469, 473.2-2^o Lec.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

4

NÚM. 4

S. TSJA 2/2011, de 29 de marzo

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO: *Se recuerda la doctrina del levantamiento del velo elaborada por el Tribunal Supremo. La aplicación de esta doctrina y la acreditación del fraude son inseparables. No basta para obtener un levantamiento del velo que quien lo insta haya sufrido un perjuicio o se sienta lesionado en su interés. Tampoco bastaría la consideración de que se está ante una sociedad patrimonial. Hace falta que artificialmente se haya usado (abusado de) una forma societaria con el fin de defraudar a otro; que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento fraudatorio o con un fin fraudulento. La prueba practicada no es arbitraria o ilógica y el fraude no ha quedado demostrado por lo que se deniega el levantamiento del velo. El motivo de infracción procesal no prospera y, en consecuencia, los motivos de casación se desestiman.*

PONENTE: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 18/2010 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 9 de marzo de 2009, recaída en el rollo de apelación número 83/2009, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario número 272/2008, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. Once de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, doña P C T y C S A, representados por el Procurador de los Tribunales don Luis Gallego Coiduras y dirigidos por el Letrado don Luis Muñoz García, y como parte recurrida R S L representada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Martínez Velasco y dirigida por el Letrado don Julio Beltrán Fernández.

[...]

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 18 de 2010 interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Gallego Coiduras en nombre y representación de doña P C y C S A, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha de 9 de marzo de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

5

NÚM. 5

A. TSJA de 26 de abril de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: *Inadmisión del recurso porque el artículo 75 de la Ley de Montes de Aragón, conforme al cual las servidumbres en montes de titularidad privada se regirán por la legislación foral, ha sido traído a colación de forma artificiosa, como justificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral con menos de cinco años de vigencia, pues ninguna referencia consta en el pleito sobre los montes de titularidad privada ni puede invocarse el artículo 148 Comp. pues la servidumbre no ha nacido por ninguna clase de prescripción adquisitiva, como la reglada por dicho precepto, sino que nació por pacto entre los propietarios de los predios dominante y sirviente.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 75 de la Ley de Montes de Aragón y 148 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

6

NÚM. 6

A. TSJA de 28 de junio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS

MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: *La competencia para el conocimiento del recurso por el TSJA le viene atribuida por haber sido fundado en infracción de norma de Derecho civil aragonés. Pero incurre en causa de inadmisibilidad por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos declarados probados por la sentencia que se impugna. Y sucede que, en el presente caso, lo que se pretende es la modificación de los hechos probados.*

PONENTE: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: *Falta de legitimación para recurrir: la ahora recurrente, al no sostener su recurso de apelación, se conformó con los pronunciamientos de la SJPI, que fue íntegramente confirmada (no siendo aplicable, por tanto, el artículo 448.1 Lec.), por lo que carece de legitimación para recurrir en casación (art. 483.2.1º Lec.).*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

7

NÚM. 7

A. TSJA de 12 de julio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL. Inadmisión: *La razón exclusiva de este motivo de recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado. Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación previsto para tales casos es el del recurso de infracción procesal, como resulta de lo establecido en los artículos 469 y 477 Lec.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

8

NÚM. 8

A. TSJA de 20 de julio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

9

NÚM. 9

A. TSJA de 10 de octubre de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: *La competencia corresponde al TSJA por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés, pero los motivos incurren en causa de inadmisión del artículo 483.2.2º Lec. en relación con los artículos 481.1 y 477.1, es decir, por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, pero no permite revisar la prueba practicada para tratar de alcanzar conclusiones distintas.*

PONENTE: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

10

NÚM. 10

A. TSJA de 8 de noviembre de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: *La razón exclusiva del motivo del recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede*

del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado, y cuyo fundamento sólo puede ser la infracción de normas sustantivas (art. 477.1 Lec.). El medio de impugnación de las cuestiones de carácter procesal es el recurso de infracción procesal (arts. 469 y 477 Lec.). De modo que siendo la valoración de los medios probatorios de carácter adjetivo, que no sustantivo, debe ser en este caso rechazado el motivo del recurso que pretendía su conocimiento a través de la vía casacional. La posible oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial no constituye motivo de casación, sino sólo un presupuesto para poder considerar recurrible la sentencia impugnada por razón de interés casacional.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 69 CDF.A.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

En Zaragoza, a treinta de noviembre dos mil once.

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 20/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 19 de abril de 2011, recaída en el rollo de apelación número 103/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas Definitivas número 324/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros, siendo parte, como recurrente, don R L M, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Fabiola Badal Barrachina y dirigido por el Letrado don José Antonio Leciñena Martínez, y como parte recurrida doña I M P T, representada por la Procuradora de los Tribunales doña M^ª Carmen Galán Carrillo y dirigida por la Letrada doña Amaya Betore Murillo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 28 de abril del 2010 el Procurador Sr. Bericat Nogué, en representación de don R L M, presentó ante el Juzgado decano de los de Ejea de los Caballeros demanda de Modificación de Medidas Definitivas frente a doña I M P T y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «A: Que se suprima la pensión por alimentos a pagar por mi mandante para sus hijas. B: Subsidiariamente, se fije un límite temporal para la finalización de la obligación de mi mandante de satisfacer las pensiones por alimentos para sus hijas que no deberá ser superior a nueve meses contados desde la fecha de interposición de la

NÚM. 11

*S. TSJA 11/2011,
de 30 de noviembre*

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Excepcionalidad de la previsión legal: El Derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, y el artículo 69 prevé la pervivencia de tal obligación de los progenitores, y correlativo derecho de los descendientes, aun cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación, siempre que concurran las circunstancias indicadas en el inciso final de la regla. La excepcionalidad de la previsión se evidencia porque requiere que se den las circunstancias en ella previstas y que no se superen sus límites, además se extingue a los 26 años. En la necesidad de formación que permite mantener la pensión a los hijos mayores de edad no se incluye la preparación de oposiciones ni la obtención de especialización remunerada.

presente demanda. C: Se impongan las costas a la demanda».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó oponiéndose a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros dictó sentencia en fecha 11 de octubre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta el 28 de abril de 2010 por el Procurador José Ignacio Bericat Nogue, en nombre y representación de R L M, contra M P T y, en consecuencia, se modifican las medidas acordadas en el divorcio de los litigantes, en sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 1 de julio de 2008, en el sentido de establecer un límite temporal de un año a la pensión alimenticia a favor de la hija N L P, de forma que la última mensualidad a abonar será la de octubre de 2011, manteniéndose inalteradas el resto de las medidas».

Tercero: La representación procesal de la parte demandante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 19 de abril de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallo: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don R L M, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros el 11 de octubre de 2010, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a dicho recurrente de las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña F B B, actuando en nombre y representación de don R L M presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito

de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero: Infracción del artículo 66 de la Ley Aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona en relación con los artículos 142 y 152 CC. Segundo: Respecto a las costas procesales, estamos ante una cuestión sobre la que no existe doctrina jurisprudencial consolidada y se concluye la existencia de interés casacional en la forma prevista por el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 15 de julio del presente año auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 9 de noviembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Según resulta de los hechos considerados probados en la sentencia recurrida y, por su referencia, de los incluidos como tales en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros, los antecedentes de interés a valorar en la presente se remontan a la sentencia de separación del matrimonio formado por los ahora litigantes don R L M y doña I M^a P T, dictada el día 9 de septiembre de 1997 por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros, que acordaba, en lo que ahora interesa, el pago por parte del Sr. L de la cantidad de 80.000 pts. como contribución a las cargas del matrimonio.

Posteriormente, el día 9 de enero de 2008, se dictó sentencia por el mismo Juzgado de Primera Instancia en la que se señaló la pensión alimenticia de 240€ mensuales a favor de cada una de las hijas del matrimonio disuelto (doña N y doña C L P), obligación que cesaría transcurridos seis meses desde la finalización de los estudios universitarios de una u otra de las hijas.

En resolución del recurso interpuesto contra la anterior resolución, la sentencia dictada el día 1 de julio de 2008 por la Audiencia Provincial de Zaragoza acordó que la pensión alimenticia no tendría la limitación temporal fijada por el Juzgado.

El día 28 de abril de 2010 se presentó por el Sr. L solicitud de la modificación de las medidas establecidas en la última sentencia citada, de uno de julio de 2008, por entender el demandante que concurría una alteración de las circunstancias fácticas valoradas cuando se estableció la pensión, de modo que procedía su supresión o bien, subsidiariamente, la fijación de un límite temporal en su pago.

Segundo: La sentencia que resolvió la anterior petición de modificación de medidas, dictada el día 11 de octubre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros recogió como fundamentos principales, sintéticamente expuestos, que, respecto de la hija doña Nuria, que cumplía los 26 años de edad en diciembre de 2010, y que estaba realizando el Máster necesario para ser profesora, había que atender a asegurar el adecuado aprovechamiento de sus estudios, por lo que mantenía la pensión establecida, pero con el límite del mes de octubre de 2011. Y respecto de doña Carmen, consideró que había acabado la carrera universitaria y que estaba preparando el examen (FIR) para obtener una plaza de farmacia, por lo que era razonable que los progenitores costearan la oposición, de modo que mantuvo lo acordado en la sentencia de divorcio, esto es, la exclusión de limitación temporal del pago de la pensión.

Apelada la anterior resolución, la sentencia que ahora es objeto del recurso de casación, dictada el día 19 de abril de 2011 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, consideró como fundamento principal a valorar que ambas hijas carecían de independencia económica en la época actual, y que habían mostrado un magnífico aprovechamiento académico, por lo que entendió contrario a la previ-

sión normativa suprimir el deber del padre de contribuir a la satisfacción de los gastos de formación de las hijas, poniendo así en peligro la correcta culminación de su preparación académica. En consecuencia, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado el día 11 de octubre de 2010.

Contra la anterior sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone ahora el presente recurso de casación por interés casacional, por motivo de considerar el recurrente que la referida sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido la previsión normativa contenida en el artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, ya que entiende el recurrente que, en contra de lo razonado y resuelto por la resolución recurrida, su obligación de costear los gastos de crianza y educación de sus dos hijas cesó por cuanto ambas han terminado su formación. Y que, además, respecto de doña Nuria, terminó su obligación por contar la hija con 26 años de edad cuando se presentó la demanda. Y en cuanto a doña Carmen, de 24 años de edad, se añade que, caso de mantenerse la pensión, debe ser reducida por haber conseguido una beca por importe de 5.298 euros y debe fijarse un plazo límite de mantenimiento de la pensión. En consecuencia, se interesa la extinción de la obligación de prestar alimentos respecto de doña Nuria y doña Carmen, y subsidiariamente se mantenga la obligación sólo respecto de doña Carmen hasta junio de 2011.

Tercero: Como ya se indicó en sentencia dictada por esta Sala el día 2 de septiembre de 2009, aun cuando el Derecho Aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, en sede del deber general de crianza y autoridad familiar respecto de los hijos. Y, al respecto, el artículo 66 de la citada Ley de Aragón 13/2006, de aplicación al presente caso, prevé la pervivencia de tal obligación de los progenitores, y correlativo derecho de los descendientes, aun cuando el hijo haya

alcanzado la mayoría de edad o emancipación, siempre que concurren las circunstancias indicadas en el inciso final de la regla.

En concreto, literalmente, el mencionado artículo 66 establece:

«Gastos de los hijos mayores o emancipados. 1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

Como indica el Preámbulo de la propia Ley 13/2006, este artículo 66, al regular el deber de los padres de sufragar los gastos de los hijos propios de su enseñanza y educación, «aclara que se mantiene cuando alcanza el hijo la mayoría de edad, aunque valorado de distinto modo que en situación de minoría de edad y con término de extinción, salvo que judicial o convencionalmente se hubiera establecido otra cosa, al cumplir el hijo los veintiséis años, más allá del cual subsistirá, naturalmente, el derecho de alimentos en caso de necesidad (art. 66)». Aclaración, en expresión del Preámbulo, que evidencia la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66, y que luego, ya en el texto de tal precepto, se concreta en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos más allá de la mayoría de edad: que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios. Y, aun concurriendo tales circunstancias, existe todavía una doble limitación: que sea razonable mantener la exigencia

del cumplimiento de la obligación, y que, temporalmente, sea normal el tiempo empleado para llegar a obtener la formación.

Por último, el artículo 66, en su párrafo segundo, establece todavía una nueva restricción a la posibilidad de continuar la prestación de alimentos una vez alcanzada la mayoría de edad, como lo es fijar la extinción a la edad de 26 años, salvo que convencional o judicialmente se haya fijado una edad distinta.

Regulación que, como ya se consideró en sentencia de esta Sala de fecha 12 de mayo de 2010, al tratar sobre aplicación del repetido artículo 66, conduce a la conclusión del carácter excepcional de las previsiones en él contenidas, porque la regla general en Aragón, conforme a lo previsto en sede de emancipación y mayoría de edad, no es otra que la de considerar que «el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley. Mayoría de edad que conlleva, en los términos que emplea la misma Ley al tratar de la emancipación en el artículo 30 que, a partir de los 18 años, la persona rige su persona y bienes, aunque existan casos especiales en que se exceptiona a tal norma general». Y entre tales casos especiales se encuentra el recogido en el artículo 66, porque, como en la misma sentencia se concluyó: «El carácter excepcional de esta previsión, respecto de la general de cese de la obligación parental cuando se alcanza la mayoría de edad lo reafirma la propia norma, cuando de modo expreso prevé que la carga sobre los padres solo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y solo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete. Además de que, salvo acuerdo expreso u orden judicial, en ningún caso se extenderá más allá de los 26 años, sin perjuicio del derecho a reclamar alimentos».

Cuarto: En aplicación del precepto y doctrina indicada al caso concreto ahora estudiado, procede el estudio de la primera cuestión esencial planteada en este recurso: si no se respeta tal normativa cuan-

do se ordena por la sentencia recurrida el mantenimiento de la pensión a favor de ambas hijas, a pesar de haber terminado su formación universitaria. Al respecto, la sentencia recurrida, después de considerar que «(...) nada más puede exigirse (a ambas) en orden a su formación ni a su incorporación a la vida profesional, acorde con su preparación (...)», razona en el sentido de que «(...) Resultaría contrario a la norma, artículo 66 de la Ley del Derecho de la Persona, suprimir el deber del padre de contribuir a la satisfacción de los gastos de formación de sus hijas. (...)».

Sin embargo de tal mención en la sentencia sobre que las hijas continúan su formación, lo cierto es que los antecedentes de que parte la propia sentencia recurrida evidencian una situación que no tiene encuadre en la necesidad de formación que, según el artículo 66 de la Ley 13/2006, permitirá mantener el sostenimiento de la pensión. Tanto una como otra de las hermanas han terminado, con buen resultado académico, las licenciaturas universitarias que cada una estudió, además de otros cursos de formación añadida a la universitaria, bien de idiomas, bien de complemento de la carrera terminada. De hecho, doña Nuria pretende su integración en el mercado laboral por la vía de superación de oposiciones de Enseñanza Secundaria, y doña Carmen, a su vez, ha optado por comenzar a trabajar mediante la preparación de especialización relacionada con la carrera ya superada.

De manera que la formación académica, y la complementaria que decidieron conseguir, ha quedado terminada en el caso de ambas hermanas. Ciertamente, una y otra continúan sus estudios, pero ya no en el ámbito de la previsión del repetido artículo 66.1 de la Ley 13/2009, de su formación profesional, sino en el propio de la búsqueda de puesto de trabajo en el mercado laboral. Entender, como hace la sentencia recurrida, que la preparación de oposiciones o de obtención de especialización remunerada debe comprenderse dentro de la formación profesional de la persona supone una extensiva interpretación

de la previsión normativa, y la consecuencia, contraria a la doctrina expuesta en el anterior Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia, de mantener la pensión de alimentos, no ya hasta que tengan una correcta y terminada formación, sino hasta que puedan encontrar el trabajo por el que el alimentista haya optado, si esta opción requiere nuevos estudios.

En consecuencia, es contrario a la previsión normativa el pronunciamiento recurrido de mantener la pensión respecto de las dos hijas, por lo que procede casar la sentencia recurrida y en lugar de lo acordado en la sentencia recurrida, procede denegar el mantenimiento de la pensión a favor de doña Nuria y doña Carmen. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad expresamente recogida en el repetido artículo 66 de que cada una de las descendientes reclame alimentos por título y vías distintas de la que ahora se trata.

Quinto: El resto de cuestiones que fundamentan el recurso de casación, esto es, si procedía mantener la asignación a favor de doña Nuria, aun a pesar de haber cumplido 26 años; si debían tenerse en cuenta en la fijación de la señalada a doña Carmen las becas de que había sido beneficiaria; o si el límite debía fijarse en una u otra fecha, fueron argumentadas subsidiariamente, para el caso de entenderse que procedía el mantenimiento de la pensión que ha sido rechazado. Por ello, y dado que se ha estimado el recurso en su pretensión principal de declarar no haber lugar a mantener la asignación, no procede entrar en su estudio y valoración.

Sexto: Por presentar la cuestión planteada cuestiones jurídicas que planteaban razonables dudas de aplicación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en las dos instancias ni en este recurso de casación, conforme autoriza el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos legalmente citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ramón L M contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 19 de abril de 2011 que casamos, dejándola sin efecto.

2: En su lugar acordamos que queda extinguida la pensión de alimentos que venía obligado a abonar el recurrente a sus hijas doña Nuria y doña Carmen L P.

3: Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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

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

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

Servidumbre forzosa de paso: Necesidad: La aplicación del artículo 564 Cc. (de contenido semejante al del 577.1 CDFa) debe ser estricta, no son atendibles, a los fines de constituir servidumbre forzosa, razones de comodidad. La acción ha de fundarse siempre en la necesidad de establecimiento de la servidumbre como único medio de obtener la salida o comunicación, ha de ser una necesidad real y no ficticia o artificiosa, que no responda al capricho o simple conveniencia. Excede del concepto de necesidad propio de una servidumbre legal pretender construir una cochera donde nunca la ha habido.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 Comp., 564 Cc., 577 CDFa.

PONENTE: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 14/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha de 22 de marzo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 64/2011, dimanante de autos de juicio ordinario número 339/2009, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), en el que son partes, como recurrentes doña F y doña A A M, don P G A, doña N D L y don J M P A, representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Ruiz Ramírez y dirigidos por el Letrado don Juan Pablo Ortiz de Zarate y como recurridos don J, don Q y doña R G M, representados por el Procurador de los Tribunales don José Andrés Isiegas Gerner y dirigidos por el Letrado don David Arbués Aísa.

[...]

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña F y doña A A M, don P G A, doña N D L y don J M P A, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda

NÚM. 12

*S. TSJA 12/2011,
de 14 de diciembre*

84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN: Inexistencia: Para entender infringido el artículo 147 Comp. sería preciso que se hubiesen tenido por probados los hechos base para su aplicación, lo que no ha sucedido, y en casación ha de estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada. Negada la existencia de servidumbre, considerarla a continuación extinguida por no uso es innecesario y viene a entrañar una cierta incoherencia, porque la declaración de la extinción de una servidumbre (por no uso o por otra causa) presupone que se parte de su previa existencia.

de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha de 22 de marzo de 2011 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo a la parte recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

13

NÚM. 13

S. TSJA 13/2011,
de 15 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *El legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida (art. 80.2 CDFA), al presumir que es el más conveniente para el menor, por lo que debe aplicarse siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual. La adopción de la custodia individual, como excepción a la regla, exige una atenta valoración de la prueba que la acredite como el régimen más conveniente para el menor. Las razones de esta preferencia las explica el Preámbulo de la Ley 2/2010. La preferencia resulta también de los artículos 79.5 y 80.5 CDFA. La prueba de la falta de aptitud, capacidad y disposición de un progenitor (su capacidad se presume), será la que podrá determinar la custodia individual del otro, sin que quepa presumir la incapacidad de un padre para el futuro por su pasada dedicación a la familia o al trabajo. Carga de la prueba: El principio dispositivo propio del proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia e intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2 Lec.), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y el Ministerio Fiscal*

(art 752.1 Lec.). Así que no se aplican rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 Lec.), y en la valoración de la misma hay que partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia compartida de sus hijos.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 76.2, 79.5, 80 CDFA, 749, 751, 752.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

Se estima el motivo que denuncia infracción del artículo 80.2 CDFA sobre la adopción del régimen de custodia compartida como criterio preferente. La Sala dicta sentencia en cuanto al fondo y acuerda para el hijo menor el régimen de custodia compartida por semestres, y a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres. En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores, en su defecto se fija el régimen de visitas del progenitor no custodio y la distribución de las vacaciones escolares. Se atribuye el uso del domicilio familiar a la madre hasta el 2020 como máximo. No se fija pensión de alimentos para el hijo dado que cada progenitor atenderá a los gastos ordinarios durante el período que le corresponda. Los gastos extraordinarios se pagarán por mitad.

14

NÚM. 14

A. TSJA de 15 de diciembre de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Invocación artificiosa del standum: *En el escrito de interposición del recurso de casación se denuncia infracción del artículo 3 Comp., por lo que la competencia para conocer del mismo corresponde al TSJA (478.1.2º Lec.). El principio standum est chartae tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa. Pero en el*

caso presente no se ha planteado la prevalencia de norma no imperativa sobre lo contenido en la carta. Se aprecia, por eso, que la invocación del referido principio se lleva a cabo de forma artificiosa, como justificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral. En consecuencia, se declara la inadmisión del recurso (art. 483.2.2ª en relación con el artículo 477.1 Lec.).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 3 Comp., 478, 483, 484 Lec.

PONENTE: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

15

NÚM. 15

S. TSJA 15/2011,
de 30 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Límites legales: *La Sala recuerda el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación (Ss. 8/2009 de 2/9, 12/5/2010 y 11/2011, de 30/11). El límite legal de dicha obligación se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido y no en la independencia económica y, en todo caso, con un límite final en los 26 años de edad. La realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aún iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no entraña la obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, sino que dicha obligación se da dentro de los límites legales del artículo 69 CDFa.*

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Naturaleza: *La asignación compensatoria prevista en el artículo 83 CDFa no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad*

diferente a la señalada por el artículo 97 Cc. 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 compensatoria aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. La norma aragonesa no es diferente de la del artículo 97 Cc. pues 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. No es correcto interpretar que exige un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia. Carácter temporal o indefinido: El artículo 83.2 CDFa contrapone la naturaleza temporal de la asignación a la indefinida (en el art. 97 Cc. la compensación puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única), pero indefinido no es igual a vitalicio. El carácter indefinido es el que establece la ley para las pensiones o asignaciones que no tienen un límite temporal concreto, pero que puede serles fijado en un momento determinado, puesto que cabe la revisión o extinción por la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, lo cual se compagina mal con el carácter vitalicio, que admitiría con más dificultad la revisión o extinción.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 69 y 83 CDFa, 97 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 19/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 12 de abril de 2011, recaída en el rollo de apelación número 125/2011, dimanante de autos de divorcio número 1047/2010, seguidos ante el

Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Antonio Manogue Alfranca, representado por el Procurador de los Tribunales don Fernando Gutiérrez Andreu y dirigido por la Letrada doña Rafaela Poyato Gómez, y como parte recurrida, doña María Josefa Saiz Gracia, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Sonia García de Val y dirigida por el Letrado don Eduardo Corujo Quintero.

[...]

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales don Fernando Gutiérrez Andreu, actuando en nombre y representación de don Antonio M. A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha 12 de abril de 2011, que casamos en parte en el sentido de mantener la pensión para la hija Patricia en la suma de 340 euros mensuales hasta la finalización de los estudios de formación profesional de Educación Infantil, con el límite máximo de los veintiséis años de edad.

que los padres pacten la alternancia de períodos (que son de cinco meses más uno de vacaciones) o períodos de dos meses, u otros que ayuden a conjugar el interés del hijo y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés del hijo común.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

NÚM. 17

S. TSJA 1/2012, de 11 de enero

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Carácter temporal o indefinida: *Recuerda la Sala que la asignación compensatoria no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 Cc. a la pensión compensatoria (STSJA 15/2011, de 30 de diciembre). Para señalarla con carácter temporal o indefinido el artículo 83 CDFa provee al juez de unos criterios similares a los indicados en el Cc., y la invitación a la «ponderación equitativa» de los mismos no añade un modo de aplicar la norma distinto del que debe seguirse para el artículo 97 Cc. En la jurisprudencia del TS se afirma que para el señalamiento del plazo de la pensión compensatoria, que estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, «habrá de actuarse con prudencia y ponderación – como en realidad en todas las operaciones a realizar», lo que es equivalente a la ponderación equitativa de la norma aragonesa. Es perfectamente asumible la doctrina del TS. Ponderación equitativa de los criterios del artículo 83.2: La fijación de la pensión o asignación compensatoria de forma indefinida o temporal, así como su cuantía, depende de las específicas circunstancias de cada caso cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia y apelación que no puede ser revisada en esta vía casacional salvo cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequili-*

NÚM. 16

A. TSJA de 30 de diciembre de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Períodos de custodia compartida: *Auto aclaratorio de la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre. La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida (Preámbulo VII, Ley 2/2010). Además, lo que debe observarse primordialmente en el reparto de los períodos es el interés del menor y no el de los padres, a lo que no obsta que en alguno de los períodos se tenga la custodia de los hijos algún día más o menos. Cabe perfectamente*

brio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 83 CDFa y 97 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasiera.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 22/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 21 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 180/2011, dimanante de autos de Divorcio contencioso 1147/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente doña M B B, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Sonia García de Val y dirigida por el Letrado don Eduardo Corujo Quintero, y como parte recurrida don M R N, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana M^a Sanz Foix y dirigido por la Letrada doña Sagrario Valero Bielsa y el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 22/2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Sonia García de Val, en nombre y representación de doña M B B, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 21 de junio de 2011, sin imposición de costas.

18

NÚM. 18

S. TSJA 2/2012, de 11 de enero

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución

proporcionalidad: *La proporcionalidad en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, atendidas las necesidades de éstos y los recursos económicos disponibles por los progenitores, exige una disminución de la contribución del padre que ha visto alteradas sustancialmente sus circunstancias económicas (art. 775 Lec.); sin que proceda extinguir su obligación, ya que el deber de contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos no desaparece por la peor fortuna del progenitor. Gastos extraordinarios no necesarios: Se deja sin efecto la obligación del padre de contribuir al pago de la matrícula de la hija en la Universidad Privada «Antonio Nebrija» de Madrid, en la que cursa la triple licenciatura con diploma «Nebrija Lidera», cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros, porque ha de ser considerado como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, no puede ser de cargo del padre recurrente por aplicación del artículo 82.4 CDFa.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 82 CDFa y 775 Lec.

PONENTE: Excmo. Dr. don Fernando Zubiri de Salinas.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 23/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 24 de mayo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 543/2010, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1/2010, seguidos ante el Juzgado de Instrucción núm. Once de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Julián C. F., representado por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Pilar Serrano Méndez y dirigido por el Letrado don Luis M^a López Mompeán, y como parte recurrida doña M^a Pilar A. P., representada por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Nieves Omella Gil y dirigida por la letrada doña Rosa M^a Fernández Hierro, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Primero: Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación legal de don Julián C. F. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de mayo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 543/2010, que anulamos; y dictando nueva sentencia, estimamos parcialmente la demanda deducida por la representación del recurrente y confirmamos el fallo recaído en primera instancia.

los factores concurrentes, no contraria a la lógica. La valoración de los distintos medios de prueba solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4º Lec., cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (STS 744/2011, de 10 de octubre, y las en ella citadas).

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDF.A.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

19

NÚM. 19

S. TSJA 4/2012, de 1 de febrero

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: Doctrina legal sobre el artículo 80.2 CDF.A: a) La custodia compartida es el régimen preferente y predeeterminado por el legislador aragonés... 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; b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor; 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 artículo 80.2 CDF.A; 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. Para adoptar la decisión será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales obrantes en autos, y la opinión de los menores, cuando tengan suficiente juicio. La decisión de acordar la custodia individual debe razonarse suficientemente. Valoración de la prueba practicada: La Sala aprecia que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de

En Zaragoza, a uno de febrero de dos mil doce.

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 24/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 14 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 157/2011, dimanante de autos de Divorcio número 878/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, don I B A, representado por la Procuradora de los Tribunales doña M^a José Ferrando Hernández y dirigido por el Letrado don Jesús Manuel Bueno Bellido y como partes recurridas el Ministerio Fiscal y doña S E P M, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Menor Pastor y dirigida por la Letrada doña Silvia Benedicto Aranda.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 28 de julio del 2010 la Procuradora Sra. Menor Pastor, en representación de doña Sara Esther Peiró Morata, presentó ante el Juzgado decano

de los de Zaragoza demanda de divorcio frente a don I B A y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «se declare haber lugar al divorcio determinándose: 1: Que la guarda y custodia de las dos hijas menores sea atribuida a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. 2: Que el régimen de visitas con el padre sea de fines de semana alternos desde el viernes a las 20 hs. hasta el domingo a las 20 hs. y dos tardes entre semana, los martes y jueves. Durante el periodo de vacaciones quedará interrumpido el régimen de visitas y custodia y se establecerá para las vacaciones de Navidad dos periodos; desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre corresponderá a la madre y desde el 30 de diciembre hasta el inicio de la actividad escolar al padre, en los años pares, estableciéndose los periodos inversos en los años impares. Durante la Semana Santa se dividirá el período en dos, correspondiendo el primero a la madre en los años pares y al padre en los impares. Durante las vacaciones de verano los progenitores disfrutarán de quince días consecutivos en el mes de julio y quince en agosto por acuerdo de los padres y en su defecto se establece que en los años pares las primeras quincenas corresponderán a la madre y en los años impares al padre. 3: Como pensión de alimentos a favor de cada una de las menores deberá fijarse la cantidad de 750€ mensuales por cada una de ellas, que el Sr. Barbero deberá satisfacer a la Sra. Peiró. 4: Se atribuirá a las hijas menores el uso y disfrute del domicilio familiar. 5: Ambos cónyuges deberán abonar el 50% del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. 6: Que el esposo satisfaga el 50% de los gastos extraordinarios de sus hijas. 7: Que se decrete la disolución de la sociedad de gananciales...».

Segundo: Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada, quien la contestó en forma oponiéndose a la misma y solicitando la práctica de prueba anticipada, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia

núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 27 de enero de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por S E P M contra I B A y decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio indicado con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes: 1: Los cónyuges pueden vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgados a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privados del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. 2: La guarda y custodia de las hijas menores de edad, entendida como atribución de la compañía de las hijas menores, se otorga de forma compartida a S E P M y a I B A, compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por los progenitores, el artículo 68 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, señala que éstos han de actuar según lo que lícitamente hayan pactado en documento público, y en defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. En los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de las hijas menores, para las decisiones de adoctrinamiento de los hijos menores en una confesión religiosa o similar, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio de los hijos menores y posteriores traslados, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia

que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entiende prestado éste tácitamente, si en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquél, no lo rechaza. En caso de discrepancia será necesaria la previa autorización judicial para poder llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre los hijos, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes de las hijas menores y como receptor de toda la información educativa y de otro tipo de las hijas menores, está en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. Así, el custodio debe informar al otro progenitor inmediatamente que tenga lugar algún hecho relevante en el cuidado del hijo menor y de su patrimonio, que solo él conozca. Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefóni-

cas se establece que no es necesario que la resolución judicial establezca una forma concreta de comunicación para que ésta pueda exigirse de la parte si se estima razonable y comprendida en el marco propio de las relaciones entre progenitor no custodio e hijas menores. Entendida la guarda y custodia de las hijas menores de edad, como atribución de la compañía de las hijas menores, es evidente que el progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, de los hijos menores, durante los períodos de visitas. 3: Siendo compartida la custodia se fija un sistema de alternancia de convivencia de ambas hijas con cada progenitor de tal forma que lo sea por años alternos. Así las hijas quedarán en la compañía de la madre desde el 1 de febrero de 2011 al 1 de febrero de 2012 en que pasarán a estar en la compañía del padre otro año completo y luego ya de forma alterna por años sucesivamente. En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que las hijas menores puedan estar en compañía del progenitor con el que no convivan en el año en que estén con el otro, consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, a las 21 horas del domingo y dos tardes entre semana que, a falta de acuerdo entre las partes, lo serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio por la tarde, ya lo sea a las 13, a las 17, o a otra hora de la tarde, donde los recogerá el progenitor no custodio, hasta las 20,30 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano. Las vacaciones escolares de verano por mitad, se dividen en dos períodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 17 horas, y el segundo período del 31 de julio por la tarde, 17 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Navidad por mitad, se dividen en dos períodos, es primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, y el segundo período de 31 diciembre por la

mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración, corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre y los años impares corresponden la Semana Santa al padre y las Fiestas del Pilar a la madre. Fuera de los casos ya fijados de Semana Santa y Fiestas del Pilar, en caso de falta de acuerdo, la madre elegirá período en los años pares y el padre en los impares. Siempre que exista un derecho de opción, deberá mediar comunicación fehaciente del mismo a la otra parte con al menos quince días de antelación a la fecha elegida, bajo sanción de pérdida del derecho de opción en otro caso. La entrega y recogida de las hijas menores se realizará en el domicilio del progenitor custodio. Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. Así, tras cada período de vacaciones las visitas se han de reanudar en la forma en que quedaron antes del comienzo del último período de vacaciones y el progenitor que disfrutó del último fin de semana antes de las vacaciones no disfrutará del primer fin de semana tras las vacaciones. Los llamados «puentes escolares» se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a sus hijos durante la totalidad de dicho «puente». Durante los cumpleaños de las hijas, el progenitor que no las tenga en su compañía tal día podrá pasar con ellas dos horas que a falta de acuerdo lo serán de 17 a 19 horas. 4: Respecto al domicilio familiar sito en calle... junto con el ajuar doméstico y anexos que le corresponda se acuerda que sean las hijas las que residan en el mismo de forma permanente y sean los progenitores los que se alternen en su uso por años alternos que han de coincidir con los períodos en que se les concede a cada uno el derecho a permanecer conviviendo con las hijas de forma continuada en cada caso, pudiendo cada parte retirar en su momento las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si

así se interesa, tanto de lo que se extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo caso de no haberlo efectuado ya. Los gastos de la propiedad, caso de derramas extraordinarias, vigilancia, seguro de la casa, hipoteca, IBI y similares, los abonarán las partes al 50% y los de consumos ordinarios, asistenta y comunidad ordinaria serán a cargo del progenitor que cada año ocupe la vivienda con las hijas. 5: Los gastos extraordinarios necesarios de las hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. Los gastos extraordinarios no necesarios son, en principio aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que, hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque ciertamente no incluyen los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión. 6: No se fija pensión de alimentos a cargo de ningún progenitor y ambos están obligados a abrir una cuenta conjunta donde deberán ingresar cada uno 700€ al mes por doce meses al año para cubrir los gastos educativos de las hijas menores, o suma superior a partes siempre iguales si ello fuera necesario y con la debida acreditación, y en la que domiciliarán todos los gastos de educación de las hijas. Al margen de tales gastos y de la forma de abono ya prevista de los extraordinarios, el resto de gastos de alimentación en sentido amplio de las hijas es a cargo cada año del progenitor con el que convivan».

Tercero: Interpuesto por la representación de doña S E P M, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, se tuvo por

preparado y se emplazó y se dio traslado del escrito de interposición a las partes contrarias, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ésta dictó sentencia de fecha de 14 de junio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña S E P M frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza de fecha 27 de enero de 2011, en autos de Divorcio Contencioso núm. 878/2010, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el siguiente sentido: La guarda y custodia de las menores P y S se otorga a doña S E P M. En cuanto a la autoridad familiar será compartida tal como indica la Sentencia apelada. Se fija como régimen de visitas a favor de don I A, fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, hasta la mañana del lunes a la entrada del colegio y dos tardes entre semana que, a falta de acuerdo entre las partes, lo serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio por la tarde, ya lo sea a las 13, a las 17, o a otra hora de la tarde, donde los recogerá el progenitor no custodio, hasta las 21 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano. Las vacaciones escolares del verano por mitad, se dividen en dos períodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 17 horas, y el segundo período del 31 de julio por la tarde, 17 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Navidad por mitad, se dividen en dos períodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 13 horas, y el segundo período del 31 diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración se dividirán por mitad, caso de falta de acuer-

do, la madre elegirá período en los años pares y el padre en los impares. La entrega y recogida de las hijas menores de edad, se realizará en el domicilio del progenitor custodio. Los llamados «puentes escolares» se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a sus hijas durante la totalidad de dicho «puente». Durante los cumpleaños de las hijas, el progenitor que no las tenga en su compañía tal día podrá pasar con ellas dos horas que a falta de acuerdo lo serán de 17 a 19 horas. Se fija como pensión alimenticia la cantidad de 600€ mensuales que se ingresará en los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora, siendo actualizables con carácter anual con arreglo a la evolución del IPC fijado por el INE. El préstamo hipotecario y los gastos extraordinarios se abonarán por mitad entre ambos progenitores. En este concepto se incluirán los gastos sanitarios no cubiertos con la educación, gastos de matrícula universitaria en su caso, actividades extraescolares, extra-deportivas, idiomas o viajes relacionados. Se atribuye a la progenitora custodia el uso del domicilio familiar teniendo una duración máxima salvo acuerdo hasta 5 años desde la fecha de la sentencia de 1ª Instancia. Todo ello sin hacer imposición expresa de las costas».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña M^a José Ferrando Hernández, actuando en nombre y representación de don A, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal, en los siguientes motivos: 1º) Vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de valoración adecuada de las pruebas y falta de motivación. 2º) Vulneración del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haberse valorado adecuadamente los dictámenes periciales. 3º) Vulneración del artículo 376 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil por no interpretar correctamente los testimonios vertidos en el procedimiento, que sí se hace en la sentencia de 1ª Instancia.

En cuanto al recurso de casación lo funda la parte en el artículo 477.3 de la LEC, al tratarse del interés casacional por infracción de una norma que lleva menos de 5 años en vigor, en concreto el contenido de los artículos 75 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, Código de Derecho Foral de Aragón, que contiene la regulación que antes tenía la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 13 de octubre de 2011 providencia dando traslado a las partes por diez días a fin de que formularan alegaciones sobre la posible concurrencia de una posible causa de inadmisión de los recursos interpuestos.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal: a) Porque, denunciada la falta de motivación, se discute realmente el contenido de la motivación, discrepando el recurrente de la valoración de la prueba; b) Porque, respecto de la prueba pericial, la parte recurrente pretende sustituir la valoración realizada por la Audiencia Provincial por su criterio valorativo; c) Porque, respecto de los testimonios, se expresa que la Audiencia Provincial se aparta de una valoración conforme a la sana crítica, pero no se indica la razón de esa irracionalidad.

En cuanto al recurso de casación: Porque no se hace constar el precepto sustantivo infringido.

Evacuado el trámite anterior se presentaron los oportunos escritos. La representación del recurrente alegó que ambos recursos debían admitirse, el de infracción procesal por la existencia de falta de motivación de la sentencia recurrida, por la

vulneración del art. 348 de la LEC en relación a la valoración de la prueba pericial y por interpretación errónea de los testimonios; y el de casación por haber sido infringido precepto contenido en el Código de Derecho Foral de Aragón y tener una antigüedad inferior a cinco años.

La representación de la parte recurrida alega conformidad con los motivos de inadmisión señalados por la Sala, interesando por ello la inadmisión de los recursos.

Por el Ministerio Fiscal, en relación con el recurso por infracción procesal se considera que carece manifiestamente de fundamento (art. 473.2.2.º LEC), porque los tres submotivos alegados no tienen razón de ser y deben inadmitirse. No hay infracción del artículo 218.2 LEC (motivación fáctica y jurídica de la sentencia a quo: SAPZ, Sección 2ª, 333/2011, 14 junio) sino todo lo contrario ya que la sentencia a quo basa su decisión de la custodia individual de la madre (rechazando la compartida) en dos parámetros primordiales del artículo 80 del CDEFA: El informe psicosocial y la opinión de la menor Patricia de 10 años y en nada se aprecia que sea arbitraria o ilógica o que haya incurrido en un error que contradiga la racionalidad más elemental o que la prueba pericial se haya tergiversado de forma ostensible. Tampoco hay infracción del artículo 348 LEC, ya que la valoración de la prueba pericial (informe psicosocial) no se ha tergiversado o se ha falseado de forma arbitraria ni tampoco con relación al aportado por la representación de la madre, ya que en ambos informes se rechaza la custodia compartida aconsejando la individual de la madre. Tampoco hay infracción del artículo 376 LEC: Las valoraciones testificales son criterio soberano del tribunal de instancia, en este caso de la sentencia a quo, y el TSJAr no puede volver a valorar la prueba testifical. El recurso extraordinario de infracción procesal lo que tiene que controlar al amparo del artículo 469.1.2º es la motivación suficiente, la racionalidad, la no arbitrariedad y la sentencia razona satisfactoriamente la exploración de la menor Patricia. Con relación al recurso de Casa-

ción considera el Fiscal que se debiera admitir para entrar en el fondo del asunto al existir interés casacional (art. 477.3 LEC; y art. 3.3 Ley 4/2005, 14 de junio que no lleva 5 años en vigor) en la institución de la custodia compartida que pretende el recurrente (padre de las menores).

Sexto: Por auto de 11 de noviembre de 2011 la Sala acordó: Primero: Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de los presentes recursos de casación y de infracción procesal, interpuestos por la representación procesal de don I B A, contra la Sentencia dictada por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 14 de junio de 2011. Segundo: Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal. Tercero: Admitir a trámite el recurso de casación. Cuarto: Dar el traslado establecido en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento civil a las partes recurridas, para que formalicen su oposición al recurso de casación por escrito, en el plazo de veinte días, y para los demás efectos legalmente prevenidos.

Presentados los escritos de oposición dentro de plazo, por providencia de 14 de diciembre se señaló para votación y fallo el día 11 de enero de 2012.

Séptimo: El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reposición contra la providencia de señalamiento argumentando que en su escrito de oposición al recurso se instaba vista del recurso de casación por «considerarla necesaria a efectos de poder enfatizar en trámite oral y con inmediatez de las partes materiales la conveniencia –como regla absolutamente general y salvo motivación en contra– que los procesos contenciosos matrimoniales y de ruptura de convivencia de los progenitores, los menores que tengan suficiente juicio sean oídos y se inste el correspondiente informe psicosocial, para poder calibrar lo más adecuado al interés de los hijos comunes».

Por Diligencia de Ordenación se tuvo por interpuesto el recurso de reposición

contra la providencia de 14 de diciembre y dándose el oportuno traslado a las otras partes por la Procuradora de la recurrida se presentó escrito de impugnación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, sin presentar escrito alguno la representación del recurrente.

La Sala, mediante Auto de 4 de enero de 2012, acordó desestimar el recurso interpuesto y mantener el señalamiento para la votación y fallo del recurso el día 11 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la de primera instancia, la parte demandada y apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero de ellos, fundado en la vulneración de los artículos 218.2, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue inadmitido por auto de esta Sala de 11 de noviembre de 2011, por las razones que en el mismo se exponen, y que sustancialmente sostienen que la sentencia recurrida está motivada, en cuanto a las cuestiones que han sido objeto del debate procesal, y que no existe vulneración de los preceptos invocados en segundo y tercer lugar, que ordenan la valoración de las pruebas pericial y testifical conforme a la sana crítica, de modo que dicha valoración es facultad de los tribunales de instancia, no revisable a través de los recursos extraordinarios, que no constituyen una tercera instancia.

Queda por examinar el recurso de casación, que se interpone al amparo de lo prevenido en el artículo 477.3 de la L.E.C., invocando la existencia de interés casacional, y en el que se denuncia la infracción de los artículos 75 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA). En particular, respecto a la interpretación del interés de los menores y a la mayor conveniencia de la custodia compartida para éstos.

Segundo: Interpuesta la demanda de divorcio contencioso por la representación de doña S E P M contra don I B A, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando la disolución del matrimonio por causa de divorcio y acordando, como medidas complementarias, entre otras, la guarda y custodia de las hijas de forma compartida para ambos progenitores, que compartirán la autoridad familiar, fijando un sistema de alternancia de la convivencia de las hijas con cada progenitor por años alternos, y estableciendo que sean las hijas las que residan en el domicilio familiar, situado en la localidad de..., y los progenitores los que se alternen en su uso.

La sentencia declara, como hechos relevantes para la resolución del litigio, que doña S E P M y don I B A contrajeron matrimonio canónico en Zaragoza el día 7 de septiembre de 1996, del que constan como descendientes las menores P y S, nacidas en Zaragoza el 10 de mayo de 2001 y el 7 de abril de 2005, respectivamente, estando fijado el domicilio familiar en la C/ ...

La decisión adoptada acerca de la custodia de las menores se funda en que, aunque la madre puede haber sido la figura principal respecto de las hijas y la que mayor dedicación les ha prestado, la situación cambia en un momento de ruptura, donde las hijas mantienen buenas relaciones con ambos polos parentales. En esta situación de ruptura hay que dar a ambas partes la oportunidad de establecer un contacto directo y permanente con ambas hijas y el sistema de custodia compartida parece el más adecuado. Por otra parte, considera que en este caso ambos progenitores son perfectamente capaces, tienen recursos económicos suficientes y las menores no presentan problemas añadidos, por lo que debe establecerse dicho sistema.

La sentencia de la Audiencia Provincial revoca el citado pronunciamiento y acuerda otorgar a doña S E P M, apelante en dicha instancia, la guarda y custodia de las menores, fijando un régimen de visitas a favor de don I y atribuyendo a la progenitora custodia el uso del domicilio familiar,

con duración máxima –salvo acuerdo– hasta cinco años desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

En dicha sentencia la Audiencia explica las razones que conducen a la modificación de la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia. En primer lugar, que la madre representa para las menores la principal figura de su mundo afectivo, y en particular P ha desarrollado una especial vinculación afectiva con su madre. Valora el informe psicosocial obrante en autos y el pericial aportado por la parte recurrente, de los que deduce que la permanencia de las niñas con su madre y un amplio régimen de visitas con el padre es el sistema más beneficioso. Además considera la prueba practicada en segunda instancia por exploración de la menor Patricia, de 10 años de edad. De ella deduce que se trata de una niña madura, reflexiva y sensible, que ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre, opinión que el Tribunal de segunda instancia considera como un dato a tener en cuenta, juntamente con el resto de las pruebas.

Tercero: El sistema establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los menores en supuestos de separación de sus progenitores, es el de estimar como preferente el de guarda compartida, si bien los Tribunales podrán establecer la guarda individual, cuando sea más favorable para el interés de los menores. Conforme al artículo 80.2 CDFA, El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente.

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 artículo 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 menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

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.

Cuarto: El Tribunal Supremo ha establecido en diversas sentencias parámetros para valorar las circunstancias concurrentes, a la hora de determinar la preferencia entre la custodia individual o la compartida, aplicando lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil: del examen del derecho comparado se desprenden criterios como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus actitudes personales; y los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en la convi-

venia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Así se expresa en sentencias de 10 y 11 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2011.

Criterios éstos que se traen a colación a efectos de conocimiento de la forma de resolver el conflicto en la comunidad jurídica, y que solo resultan aplicables en derecho aragonés conforme a los parámetros sustantivos y procesales antes expuestos.

Quinto: La aplicación de tales criterios al caso de autos, en concatenación con lo razonado en el primer fundamento de derecho, conduce a la desestimación del recurso de casación.

La Audiencia Provincial ha explicado pormenorizadamente las razones por las que revoca, en el punto concerniente a la guarda y custodia de las menores, la decisión del Juez de Primera Instancia. Y lo hace fundada en la valoración de las pruebas periciales practicadas en autos, que son coincidentes en rechazar la custodia compartida aconsejando la individual a favor de la madre. Además valora pormenorizadamente la prueba practicada en la segunda instancia, por exploración de la menor que ha alcanzado los diez años de edad, y que se muestra favorable a la estancia con su madre. Dichas consideraciones probatorias, ampliamente motivadas, no son revisables en casación, por cuanto el objeto de este recurso extraordinario no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a las instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos.

Resulta así que para el interés de las menores P y S, nacidas el 10 de mayo de 2001 y el 7 de abril de 2005, resulta más conveniente la custodia de la madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre, lo que permitirá el mantenimiento de la referencia paterna para las niñas. Este sistema ha tenido en cuenta, además, la mayor aptitud de la madre para resolver problemas, que se describen detalladamente en el fundamento de derecho terce-

ro, y la disposición de ayudas para gestionar el cuidado de las menores. Estos datos coadyuvan a la valoración, aunque ciertamente –como pone de relieve el recurrente– la cuestión no ha de resolverse como si se tratase de un concurso, en el que el mejor calificado obtenga como premio la custodia de las hijas. Son factores a atender, comprendidos en los apartados b), d), e) y f) del artículo 80.2 del CDFa, que en este caso coadyuvan a los resultados de las pruebas periciales y de audiencia de la menor Patricia.

En definitiva, esta Sala no aprecia infracción de los preceptos denunciados en la sentencia recurrida, sino que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005).

Sexto: La desestimación del motivo conlleva la del recurso de casación y la confirmación de la sentencia impugnada. Y dado que el caso de autos presenta serias dudas de derecho, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación, a tenor de lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña María José Ferrando Hernández, en nombre y representación de don I B A, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 14 de junio de 2011, que confirmamos, sin hacer imposición de 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.

NÚM. 20

S. TSJA 5/2012, de 8 de febrero

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el artículo 80.2 CDFa, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. Reitera los criterios exegéticos del artículo 80.2 resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. La sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada (informes periciales) teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto y de tal valoración se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores. Valoración de la prueba practicada: No cabe en el recurso de casación pretender una nueva valoración de la prueba, salvo en los casos específicos y por el cauce del recurso extraordinario*

de infracción procesal, habiéndose limitado el recurrente a hacer su propia estimación, que no puede prevalecer sobre la realizada por los tribunales de instancia y de apelación.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDF.A.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 27/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 28 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 254/2011, dimanante de autos de divorcio número 111/2010, seguidos ante el Juzgado de Violencia número 1-A de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Benito M. J., representado por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri y dirigido por la Letrada doña Yolanda Mompel Lasheras, y como parte recurrida, doña Esmeralda A. G., representada por el Procurador de los Tribunales don José M^a Angulo Sainz de Varanda y dirigida por el Letrado don José Ángel Urgel Escolan, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri, en nombre y representación de don Benito M. J., contra la sentencia de fecha de 28 de junio de 2011 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin hacer imposición de costas del recurso.

Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Opción legislativa distinta de la del Código civil: *No es la misma la idea que inspira la regulación del Código civil en la cuestión que nos ocupa y la que refleja la norma aragonesa. En aquella, sólo puede adoptarse la medida [de custodia compartida] si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el artículo 80.2 CDF.A se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en ausencia de pacto de relaciones familiares. Preferencia de la custodia compartida: Se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. Se reiteran los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80.2 CDF.A resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. No es cierto que deba optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y el artículo 80.5 le da un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Valoración de la prueba practicada: Recabar el informe técnico del artículo 80.3 CDF.A es algo facultativo para el juzgador y puede acordarse la custodia compartida aunque el informe técnico no lo aconseje. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo apartarse del criterio de los peritos justificándolo y motivándolo adecuadamente.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDF.A.

PONENTE: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

En Zaragoza, a nueve de febrero de dos mil doce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recur-

so de casación número 26/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 14 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 213/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 935/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrente doña M B, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Natividad Isabel Bonilla Paricio y dirigida por el Letrado don Santiago Palazón Valentín, y como parte recurrida don Juan Ignacio A G, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Manuel Andrés Alamán y dirigido por la Letrada doña Gloria Labarta Bertol y el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 30 de septiembre del 2010 el Procurador Sr. Andrés Alamán, en representación de don Juan Ignacio A G, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas de Divorcio frente a doña M^a P M B y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «dicte resolución por la que se modifiquen las medidas establecidas y se sustituyan por las contenidas en el siguiente pacto: 1: La autoridad familiar y la guarda y custodia sobre el menor será compartida por ambos progenitores, estableciéndose lo siguiente: El menor estará con su padre todos los miércoles desde la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el viernes por la mañana a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en la semana que no le corresponda fin de semana con el hijo, y desde el miércoles a la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el lunes a la entrada del colegio, o en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en las semanas que sí le corresponda fin de semana con el niño. El menor estará con su madre el resto de los días. Los puentes escolares no se ten-

drán en cuenta, los períodos vacacionales fijados por la DGA, serán repartidos en dos períodos: desde que finalizan las clases hasta el 31 de julio a las 20 horas y el segundo periodo que comprende desde el 31 de julio a las 20 horas hasta la entrada del colegio del primer día del nuevo curso escolar en el mes de septiembre. El padre estará con el hijo el primer período en los años pares y el segundo período en los impares. Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad y corresponderá la primera mitad a la madre en los impares y al padre la segunda, procediendo en los años pares de modo inverso. Durante las vacaciones de Semana Santa corresponderá a la madre la primera mitad y al padre la segunda, siendo así cada año. Las recogidas y entregas del hijo, salvo las que se produzcan en el centro escolar, se realizarán en el domicilio en el que esté el niño en cada momento. 2: Participación en los gastos: cada progenitor deberá satisfacer los gastos ordinarios que se generen cuando el menor se encuentre con ellos. Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por ambos progenitores. Para poder atender a los gastos que no sean estrictamente de alimentación o cuidado cuando esté el hijo con él o ella, se propone que se abra una cuenta corriente a nombre de los dos progenitores y del menor en la que los primeros ingresen mensualmente la cantidad de 100€ y donde se domicilien los gastos del menor. Si hubiera un gasto puntual o el saldo resultara insuficiente, cada uno de los progenitores ingresará el 50%».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal compareciendo y contestando ambos en tiempo y forma. Por la representación de doña M^a M B se contestó oponiéndose a la demanda y presentando demanda reconventional contra don Juan Ignacio A G en la que terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se adopten las medidas que deberán regir las relaciones familiares, de conformidad con las solicitadas por la parte. Por Auto de 11 de noviembre de 2010 se tuvo por contes-

tada la demanda y se inadmitió la reconvencción. Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Andrés Alamán en nombre y representación de don Juan Ignacio A G contra doña M^a Pilar M B debo declarar haber lugar a la modificación de la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 11 de julio de 2008 en autos 540/2008-B en lo relativo al régimen de visitas del Sr. A respecto del menor Jorge, y la contribución a los gastos extraordinarios, quedando establecidas ambas medidas de la siguiente manera: 1º: El Sr. A G tendrá en su compañía al menor Jorge fines de semana alternos desde la salida del colegio del viernes o jueves en caso de «puente» hasta las 20,30 horas del domingo o lunes igualmente en caso de «puente». Las semanas posteriores al fin de semana en el que Jorge no haya estado en compañía de su padre, tendrá derecho a tener al menor en su compañía los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta el inicio de la jornada escolar del día siguiente, con pernocta incluida así como los jueves desde la salida del colegio hasta las 20,15 horas, mientras que la semana posterior al fin de semana que Jorge haya estado con su padre, éste tendrá derecho a tener al menor en su compañía los lunes desde la salida del colegio hasta las 20,15 h y los miércoles y jueves desde la salida del colegio hasta el inicio de la jornada escolar del día siguiente, también con pernocta incluida. En todo caso, los días siguientes a la pernocta, el padre acompañará al menor por la mañana a la entrada de su colegio o de ser demasiado pronto lo acompañará al portal de la vivienda materna para que permanezca en esta hasta la entrada en clase. En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, estas se dividirán por mitades (desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12 horas del día 31 de diciembre, y desde este hasta las 20,15 h del día anterior al de reinicio de las clases) eligiendo el padre los años impares y la

madre los pares. Las vacaciones escolares de verano se dividirán igualmente en dos períodos (desde el día de finalización de las clases hasta las 12 h del día 31 de julio y desde este hasta las 20,15 del día anterior al inicio del curso escolar) si bien por la mayor flexibilidad en las condiciones laborales del Sr. A, será la madre quien elija períodos. Por la misma razón en las vacaciones de Semana Santa la madre elegirá períodos (desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12 h del miércoles siguientes y desde éste hasta las 20,15 h del día anterior al de reinicio de las clases). Las elecciones deberán notificarse al menos con un mes de antelación. Las vacaciones escolares comprenderán la totalidad de los días no lectivos establecidos cada año en el calendario escolar fijado por la DGA, incluyendo, en su caso los fines de semana de inicio o finalización, que no se computarán a efectos de alternancia. 2º: El Sr. A deberá sufragar en un 50% los gastos extraordinarios del menor Sergio tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, actividades extraescolares, colonias de verano y otros períodos vacacionales etc., debiendo ser consultado previamente a la realización de dicho gasto».

Tercero: La representación procesal de la parte demandante y de la demandada interpusieron, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación contra la citada sentencia, de los que se dio traslado a las partes contrarias, quienes presentaron escritos de oposición a los recursos presentados de contrario. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito oponiéndose a ambos recursos y solicitando la confirmación de la Sentencia.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 14 de junio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallo: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Juan Ignacio G y desestimando el deducido por doña M^a Pilar M P, frente a la sentencia de fecha de

23 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza en autos de Modificación de Medidas núm. 935/2010, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el siguiente sentido: 1) La guarda y custodia del hijo menor se otorga de forma compartida a ambos progenitores, llevándose a efecto la misma de la siguiente manera: El menor estará con su padre todos los miércoles desde la salida del colegio o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el viernes por la mañana a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en la semana que no le corresponda fin de semana con el hijo, y desde el miércoles a la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el lunes a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en las semanas que sí le corresponda fin de semana con el niño. El menor estará con su madre todos los lunes desde la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el miércoles a la entrada del colegio, o, en su defecto hasta la 10 horas de la mañana en la semana que el fin de semana anterior haya estado el menor con el padre, ampliándose desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto desde las 17,30 horas de la tarde, cuando el fin de semana le corresponda a la madre. 2) El período de vacaciones se distribuirá de la siguiente manera: un primer período que comprende los días de vacaciones del mes de junio desde que finalizan las clases escolares hasta el día 31 de julio a las 20 horas y un segundo período que comprende desde el día 31 de julio a las 20 horas hasta la entrada del colegio del primera día del nuevo curso escolar en el mes de septiembre, siendo la madre la que pueda elegir el período de vacaciones escolares siempre antes del uno de junio. Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se distribuyen tal como viene reflejado en la sentencia apelada, siendo la hora de entrega y recogida a las 20 horas. 3) Los gastos ordinarios se sufragarán por cada progenitor cuando el menor se encuentre a su cargo, los extraordinarios al 50%, a tal efecto ambos progenitores abrirán a su nombre y del menor cuenta co-

rriente o libreta en la que ingresarán 200€ mensuales cada uno para domiciliar dichos gastos, revisándose anualmente esta cantidad, o si el saldo es insuficiente se ingresará la mitad del mismo por cada uno, se consideran gastos extraordinarios los sanitarios no cubiertos por seguro alguno, actividades extraescolares, extradeportivas, viajes o actividades de verano relacionadas con la educación e idiomas y gastos de matrícula universitaria en su caso. Se confirma la sentencia en el resto de sus pronunciamientos».

De conformidad con la solicitud de aclaración de algunos términos de la sentencia, se dictó Auto de 21 de junio de 2011 aclarando y rectificando en el sentido de que: «la elección de los períodos de vacaciones escolares, referida en el fundamento jurídico cuarto y la parte dispositiva, se entenderá antes del día uno de junio. En cuanto a lo solicitado por la parte apelada, la alusión desde las 17,30 horas de la tarde debe entenderse desde las 10 horas de la mañana. En cuanto a la realización del ingreso de 200€ mensuales, esta cantidad es la total por lo que cada progenitor deberá ingresar 100€ en dicho período».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Natividad Isabel B P, actuando en nombre y representación de doña M^a Pilar M B presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «1º: Vulneración del artículo 290 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2º: Vulneración del artículo 6.2. de la Ley 2/2010 (actual art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por providencia de fecha 10 de octubre del pasado año, oír a las partes para que pudieran alegar lo que estimaran oportuno en relación a la posible causa de inadmisibilidad: «en cuanto al primero, y a pesar de que formalmente

denuncia falta de motivación, puede estar presente la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 483.2.2º en relación con el 477.1 LEC al pretender en realidad la parte recurrente una distinta valoración de la prueba pericial practicada en autos. Y otro tanto ocurre en cuanto al segundo de los motivos, no obstante denunciarse la infracción de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010 (actual art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón)».

Presentados los escritos de alegaciones, la parte recurrente se pronunció en defensa de la admisibilidad del recurso interpuesto, mientras que la representación de don Juan Ignacio A G solicitó la inadmisión del recurso y la firmeza de la sentencia dictada; por el Ministerio Fiscal se alegó que se debería admitir, entrando en el fondo del asunto, el recurso de casación por existir interés casacional del artículo 744.3.II LEC, en el ámbito de la custodia compartida-custodia individual del derecho aragonés (art. 3.3 ley 4/2005).

Por auto de once de noviembre de 2011 se acordó admitir a trámite el recurso de casación presentado en cuanto al segundo de los motivos, inadmitiéndolo en cuanto al primero y conferido traslado del escrito de interposición a las partes contrarias por plazo de veinte días, formalizaron oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 25 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que acordó la custodia compartida estimando en este particular el recurso de apelación interpuesto por el demandante, se interpone el presente recurso de casación basado en la alegada vulneración del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

La recurrente comienza el desarrollo del motivo aludiendo a una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza relati-

va a un supuesto de custodia compartida planteado con anterioridad a la vigencia de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Pero las afirmaciones que en ella se contienen en nada apoyan el recurso. Porque no es la misma la idea que inspira la regulación del Código Civil en la cuestión que nos ocupa y y la que refleja la norma aragonesa. En aquélla, sólo puede adoptarse la medida si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el precepto del artículo 80.2 del Código Foral, como se ha destacado en ocasiones anteriores (Sentencias de este Tribunal de 8 de febrero de 2011 (recurso de casación 27/2011), 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 17/2011), 13 de julio de 2011 (recurso de casación 8/2011) y 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 13/2011) se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional y de la que se da cuenta en el Preámbulo: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Y así lo recoge también en su Fundamento de Derecho segundo la sentencia objeto de recurso.

Segundo: Lo anterior no tiene un carácter absoluto sino que, como señala la recurrente, se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. La reciente sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), a la que se remite la de 8 de febrero (recurso 27/2011) resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«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 acer-

ca 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 artículo 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 menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)».

Tercero: No puede compartirse en modo alguno el parecer de la recurrente cuando afirma que debe optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y de hecho se contempla de forma expresa en el apartado quinto del repetido artículo 80 para darle un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Conforme a dicho precepto, La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés del menor.

Cuarto: En el caso que nos ocupa, se ha acordado la medida atendiendo a los factores que se relacionan en el precepto examinado, razonando la sentencia así: ...se trata de un menor de casi 11 años de edad, ambos progenitores disponen de domicilios cercanos al centro escolar donde estudia el mismo.

Éste en exploración judicial manifiesta querer vivir con ambos progenitores, los padres llevan separados más de ocho años y el progenitor no custodio han compartido muchas tardes con su hijo, igualmente, ambos tienen aptitud y voluntad para asegurar la estabilidad del hijo conciliando perfectamente su estancia con el menor con su trabajo...

Quinto: El informe técnico no se incluye entre los factores enumerados en el apartado segundo del artículo 80, sino que es objeto de regulación en el apartado siguiente, y recabarlo se configura como algo facultativo para el juzgador. En consecuencia, tampoco asiste la razón a la parte cuando viene a aseverar que la custodia compartida no es la mejor forma de velar por el interés del menor si los informes técnicos no lo aconsejan. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, lo que cabalmente se ha hecho también en el caso y de lo que da cuenta la sentencia impugnada: ... La psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la existencia del conflicto entre las partes y su mala relación.

No obstante, debe indicarse que no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de una ruptura, mas también lo es, que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad, para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar e su caso la implantación de la custodia compartida.

En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida...

Está pues, perfectamente justificado, y se razona adecuadamente, que el juzgador de instancia se haya apartado del criterio de los peritos.

En suma, ninguna vulneración del artículo 80.2 del Código Foral es de apreciar, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Sexto: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 26 de 2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Bonilla Paricio en nombre y representación de doña María Pilar M B, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha de 14 de junio de 2011, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Librese a la mencionada Audiencia la 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.

dad conyugal tácita disuelta en 1937 no es de aplicación el Apéndice sino las normas de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, especialmente los artículos 79 y 80, vigentes al tiempo de interposición de la demanda para la liquidación del régimen económico matrimonial (DT 1ª Lrem.).

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: Inecesariedad de liquidaciones separadas: El matrimonio contraído en 1923 se disolvió por la muerte del marido en 1937, posteriormente murió la viuda. En la liquidación del consorcio conyugal se ha incluido la liquidación de la herencia de la viuda, teniendo en consideración que dos de los litigantes, como hijos únicos de ella, son sus herederos. De este modo liquida el consorcio conyugal y la herencia de la madre, que comprendía, como haber partible, una cuarta parte de dichos bienes, como privativos de ella, además de su participación en el consorcio. La forma de llevar a efecto esta liquidación y adjudicación no afecta a los derechos de los restantes litigantes, de donde resulta la inecesariedad de liquidaciones separadas.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 57 Apéndice, 59 Comp., 79 y 80 Lrem., 806 a 810 Lec., 401, 404, 1061 y 1062 Cc.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

En Zaragoza a veintinueve de febrero de dos mil doce.

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 núm. 28/2012, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha 28 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación núm. 88/2011, dimanante de autos de formación y aprobación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial núm. 190/2007, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrentes, don F C P, don F C A y doña T C A, representa-

dos por la Procuradora de los Tribunales doña María Dolores Sanz Chandro y dirigidos por el Letrado don Luis Ignacio Lozano Cabañero, y como recurrido don B C P, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Celma Benages y dirigido por el letrado don José Paulino Esteban Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primer: La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de don B C P, presentó demanda en fecha 20 de abril de 2007 sobre liquidación de la sociedad conyugal con base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al juzgado que, previos los trámites legales, se señalara día y hora para la formación de inventario de los bienes del régimen económico matrimonial de don F C G y doña F P A y dicte resolución en la que declare liquidado el régimen matrimonial.

Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes a la formación de inventario, y ante el desacuerdo entre ellas, se celebró juicio verbal el día 27 de julio de 2007 y recayó sentencia de 12 de noviembre de 2007 que, desestimando íntegramente la oposición suscitada por don F C A, doña T C A y don F C P a la relación de bienes señalados en la demanda presentada por don B C P, declaró no haber lugar a la inclusión de los bienes alegados por los demandados, aprobando el inventario de la Comunidad conyugal de don F C G y doña F P A, y declaró disuelto el régimen económico matrimonial.

Interpuesto recurso de apelación, fue resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 24 de junio de 2008, que estimó en parte el recurso, revocando la sentencia apelada y acordó la inclusión en el activo de la sociedad conyugal de las tres cuartas partes de los bienes consistentes en un solar sito en C/ San Bernardo núm. 24 de la localidad de Gea de Albarracín, un solar sito en el núm. 31 de la misma calle y un bananal en el paraje denominado «La Hoya del Moro». Dicha sentencia fue aclarada por auto de 1 de

2008 (sic), en sentido de que el inmueble a que se refiere, sito en el núm. 31 de la C/ San Bernardo de Gea de Albarracín, es una vivienda y no un solar.

Por escrito presentado el 19 de septiembre de 2008, la Procuradora doña I P F, actuando en nombre y representación de don B C P, solicitó del juzgado que una vez determinado el inventario de bienes correspondientes al consorcio conyugal procede la prosecución del expediente judicial al objeto de llevar a término la correspondiente liquidación del mismo, instando tener por efectuada propuesta de adjudicación.

Formulada oposición por la representación de don F C P y otros, existiendo desacuerdo entre las partes, se acordó la designación del Letrado Contador Partidor y perito don Jorge Miguel Ochoa de la Red quien, tras realizar el inventario y avalúo de los bienes así como la liquidación y división, estimó la siguiente adjudicación:

«Al heredero B C P, en pago de sus haberes de las herencias de sus padres don F y doña F se le adjudican los bienes señalados con los números uno y dos del inventario, los cuales designan a la finca rústica en el término municipal de ..., partida de la... Polígono ... parcela ..., a, b, c, d, e, f, g, h, i, y Finca sita en casco de... ... con referencia catastral ... Los bienes asignados a este heredero ascienden a trece mil euros y siendo su haber hereditario de treinta y cuatro mil novecientos setenta y tres euros con setenta y cinco céntimos, se produce un defecto de adjudicación de veintiún mil novecientos setenta y tres euros con setenta y cinco céntimos, cantidad que deberá ser satisfecha en dinero por los herederos que tengan exceso de adjudicación. Al heredero don F C P, en pago de los haberes que le corresponden en las sucesiones de sus padres, don F y doña F, se le adjudica la parte proporcional de la casa que se indica en el número tres del inventario y avalúo, casa sita en casco de ... proindivisión con las participaciones que en el mismo inmueble se adjudican a sus sobrinos doña T y don F C A. El haber refundido de don F

asciende a la suma de treinta y cuatro mil novecientos sesenta y tres euros con setenta y cinco céntimos. Tras la valoración de la casa, se observa un exceso de adjudicación por lo que ese heredero deberá abonar a don B para compensar el exceso de adjudicación la cantidad de diecisiete mil noventa euros con sesenta y nueve céntimos. A la heredera doña T A en pago a su haber que le corresponde por la sucesión de su padre don F, se le adjudica la parte proporcional de la casa que se indica en el número tres del inventario y avalúo, Casa sita en casco de ..., proindivisión con las participaciones que en el mismo inmueble se adjudican a su tío don F y a su hermano don F C A. El haber de esta heredera, dice el Contador partididor asciende a cuatro mil novecientos noventa y seis euros con veinticinco céntimos. Al existir un nuevo exceso de adjudicación en el haber, esta heredera deberá abonar la cantidad de dos mil cuatrocientos cuarenta y un euros con cincuenta y tres céntimos a don B. Y por último, al heredero don F C A en pago al haber que le corresponde en la herencia de su padre don F pro-indiviso con su tío don F y su hermana doña T Casa sita en ... El haber de este heredero, al igual que se hermana T, asciende a cuatro mil novecientos noventa y seis euros con veinticinco céntimos. Al existir un nuevo exceso de adjudicación en el haber, este heredero deberá abonar la cantidad de dos mil cuatrocientos cuarenta y un euros con cincuenta y tres céntimos a don B. Por último, el Contador Partididor determina la participación que en la casa adjudicada tienen cada uno de los tres herederos, expresando que debe tenerse en cuenta además de sus haberes hereditarios lo satisfecho por cada uno de ellos a don Bonifacio, para completar el defecto de adjudicación producido. Así, los hermanos C A representarán cada uno de ellos un 11,111115 por ciento sobre el inmueble urbano que se le adjudica, correspondiéndole a don F C P el 77,77779 por ciento del mismo».

Tras la celebración de juicio verbal, que tuvo lugar con el resultado que obra en autos, se dictó sentencia en fecha 27 de

julio de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que debo aprobar y apruebo las operaciones de división de patrimonio de la sociedad conyugal formada por don F P A y don F C G realizadas por el contador partididor Sr. Ochoa de la Red».

Segundo: Interpuesto por la representación procesal de la demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte actora, quien se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Manuel Ángel Salvador Catalán en nombre y representación de don F C P, don F C A y doña T C A, contra la sentencia de veintisiete de julio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en autos procedimiento para la división judicial de patrimonios, seguidos con el número 454/2007, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mencionada resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada».

Tercero: El Procurador de los Tribunales Sr. Salvador Catalán, actuando en nombre y representación de don F C P, don F y doña T C A, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel y una vez admitido formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: Primero: A): Por infracción del artículo 15 de la Ley 3/1985 de 21 de mayo sobre Compilación del doña Civil de Aragón, que modifica entre otros el artículo 59 de la Ley 15/1967 de 8 de abril. B): Por infracción del artículo 57 del Apéndice aprobado por Decreto de 7-12-1925, vigente hasta la Compilación de 1967. C): Infracción del artículo 76 de la Ley 2/2003 de 12

de febrero de Régimen económico Matrimonial y viudedad. D): Infracción de los artículos 77, 87 y 80 del mismo texto legal. E): Infracción de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento civil. F): Infracción de los artículos 401 y 404 del Código Civil sobre indivisibilidad cuando la cosa resulte inservible y 1601 y 1602 del C.C. sobre partición e igualdad en lotes. Segundo: La sentencia es recurrible en casación por cuanto se ha dictado en proceso en el que la cuantía del asunto supera los 3000€.

Cuarto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó auto en fecha de 5 de diciembre de 2011 por el que se admitía el recurso a trámite, confiríéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2012.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Hechos relevantes

De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

1. Don F C G contrajo matrimonio con doña T J G, en fecha no determinada pero anterior al año 1923. De dicha unión nacieron dos hijos, llamados A C J y F C J.

2. Doña A C J falleció en estado de soltera y sin descendientes.

3. Doña T J G falleció, antes de 1923, sin que conste que otorgase disposición testamentaria ni que se haya obtenido declaración de herederos abintestato.

4. Don F C G contrajo segundas nupcias, el día 7 de septiembre de 1923, casando con doña F P A. De dicha unión nacieron dos hijos, llamados don F C P y don B C P.

5. Don F C G falleció el 9 de junio de 1937, durante la guerra civil española.

6. Doña F P A falleció el 31 de mayo de 1986. Por acta de notoriedad de 1 de diciembre de 2003 se declaró herederos abintestato a sus hijos don B y don F F C P, por iguales partes entre ellos.

7. Don F C J contrajo matrimonio el 31 de enero de 1948 con doña C A M, de cuya unión nacieron dos hijos, llamados don F C A y doña T C A.

8. Don F C J falleció el 29 de enero de 2000.

9. Doña C A M falleció el 21 de mayo de 1971.

Segundo: Actos procesales relevantes.

La representación procesal de don B C P interpuso demanda en petición de división y adjudicación de la herencia de doña F P A, su madre, que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Teruel, bajo el número 229/2003. En dicho proceso recayó sentencia de fecha de 2 de noviembre de 2004, desestimatoria de la pretensión ejercitada. Dicha sentencia fue confirmada por otra de la Audiencia Provincial de Teruel de 3 de marzo de 2005, fundando la desestimación de la demanda y, por tanto, la confirmación de la sentencia de primera instancia, en que ha de determinarse el haber de la fallecida doña F liquidando su sociedad conyugal, previamente a la división y adjudicación de su herencia.

Posteriormente don B C P interpuso nueva demanda en solicitud de inventario para la liquidación del régimen económico conyugal de don F C G y doña F P A, sus padres. La parte actora proponía un inventario, en el que no incluía los bienes inmuebles urbanos y rústicos sitos en ..., por considerarlos privativos de doña F P A. En dichos autos recayó sentencia de primera instancia el 12 de noviembre de 2007, por la que se aprobó el inventario realizado, no incluyendo la adición de bienes solicitada por la parte demandada. Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia

Provincial de Teruel de 24 de junio de 2008 estimó parcialmente el recurso y acordó la inclusión en el activo de la sociedad conyugal de don F C y doña F P A las tres cuartas partes de los bienes consistentes en: Casa situada en ...; solar situado en ...; y bancal en paraje denominado ...».

Finalmente, el demandante don B C P, por escrito presentado en fecha de 19 de septiembre de 2009, insta del juzgado que una vez determinado el inventario de bienes correspondientes al consorcio conyugal, procede la prosecución del expediente judicial al objeto de llevar a término la liquidación del régimen económico matrimonial de don C G y doña F P A, sus padres, frente a los demandados don F C P, don F C A y doña T C A, hermano y sobrinos de vínculo sencillo del actor. Seguidos los autos por sus trámites, y al existir desacuerdo entre las partes, se designó contador-partidor, que elaboró su cuaderno particional, estableciendo el inventario y avalúo de los bienes, procediendo a la liquidación, división y adjudicación de los mismos, con las compensaciones necesarias por defectos o excesos de adjudicación. Formulada oposición, se celebró la oportuna vista, tras lo cual recayó la sentencia de primera instancia, de fecha de 27 de julio de 2010, aprobatoria de las operaciones realizadas por el contador-partidor para la división del patrimonio. Concretamente, la sentencia desestima la oposición formulada respecto a la adjudicación de la casa sita en ..., oposición que se fundaba en la indivisibilidad de dicho inmueble, y la relativa a la inclusión en el inventario de una cuarta parte de los bienes, que la parte demandada consideraba privativos de doña F P A.

Dicha resolución ha sido confirmada por la Audiencia Provincial de Teruel, en sentencia núm. 96, de 28 de junio de 2011, que es ahora objeto de recurso.

Tercero: Motivos del recurso.

El recurso de casación se interpone al amparo del artículo primero de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación

aragonesa, e invoca como infringidos los siguientes preceptos: artículo 15 de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre Compilación del derecho civil de Aragón; artículo 57 del Apéndice del Código Civil correspondiente al derecho foral de Aragón, aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1925; disposición transitoria segunda de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen económico matrimonial y viudedad; artículo 77 y 80 del mismo texto legal; y artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 15 de la Ley 3/1985, dictada para adaptar la Compilación del Derecho Civil de Aragón a la Constitución de 1978, modificó entre otros el artículo 59 de la Compilación, estableciendo que Cuando, extinguida la comunidad, contrae uno de los anteriores cónyuges posteriores nupcias sin previa división, se hará separadamente liquidación de cada comunidad, incluso de la continuada, si la hubiere. Entre ellas se verificarán los reintegros y reembolsos que procedan.

El artículo 57 del Apéndice del Código Civil correspondiente al derecho foral de Aragón establecía las reglas para dividir el neto haber remanente de la «sociedad conyugal tácita», siendo este precepto el que regía al tiempo de la disolución del régimen económico conyugal del matrimonio concertado entre don F C G y doña F P A, lo que acaeció por fallecimiento del marido el día 9 de junio de 1937. No obstante, para la liquidación no es de aplicación dicho precepto. Según la Disposición Transitoria Primera de la Ley aragonesa 2/2003, Aplicación inmediata: Las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo vital, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes. No existiendo excepción aplicable al caso, las normas de la Ley 2/2003, especialmente los artículos 79 y 80, vigentes al tiempo de interposición de la demanda y hoy incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, son las aplicables al caso, en cuanto a la realización del inventario del patri-

monio consorcial que se disuelve y a los bienes y derechos que integran el activo.

Los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se integran en el Capítulo II, Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, y establecen la forma de proceder para llevar a efecto esa liquidación, especialmente en lo relativo a la formación del inventario y ulterior liquidación.

Todos estos preceptos se refieren, sustantiva o procesalmente, a la liquidación de la comunidad consorcial y a la inclusión de bienes en su activo, y por ello serán objeto de examen conjunto. No obstante, la Sala no va a entrar en el examen de la cuestión procesal, puesto que en el motivo de recurso no se invoca vulneración de las garantías procesales, previstas en dichos preceptos.

Por otra parte, el recurso invoca la infracción de los artículos 401 y 404 del Código Civil, relativos a la indivisibilidad de los bienes comunes, en relación con los artículos 1061 y 1062 del Código Civil, sobre el modo de realizar la partición que ha de guardar la posible igualdad en los lotes y la indivisibilidad de la cosa.

Cuarto: Determinación del alcance del debate procesal. La Audiencia Provincial tiene presente la complejidad de las cuestiones debatidas en el proceso y examina las pretensiones formuladas en el mismo. En el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida expresa, tras valorar la situación planteada en los escritos de formalización de recurso y su impugnación, que «el tribunal no alberga duda alguna de cuál es el objeto de la impugnación, que no es otro que la desaprobación del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor con fundamento en el indivisibilidad de la vivienda de la c/ ... y la inclusión en la partición de la parte correspondiente a los bienes privativos de doña F».

En los siguientes apartados, expone las razones que conducen a la desestimación de los dos motivos de impugnación, para concluir rechazando el recurso de apela-

ción deducido contra la sentencia de primera instancia.

Quinto: Inventario de los bienes objeto de liquidación.

Se trata de la liquidación del régimen económico matrimonial correspondiente a los cónyuges don F C G y doña F P A, disuelto por fallecimiento del marido.

El inventario quedó fijado en sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 24 de junio de 2008, conforme se ha expuesto supra. Por tanto, las tres cuartas partes de los bienes consistentes en casa situada en c/ ...; solar situado en ...; y bancal en paraje denominado ...», integran el haber de la sociedad conyugal. Este pronunciamiento produce, en esta fase del proceso, efecto de cosa juzgada material, en su función positiva o prejudicial.

Realmente el alcance de las operaciones realizadas por el contador-partidor para la división del patrimonio, y su aprobación judicial en este proceso, debía extenderse solamente a tales bienes. Así se desprende del contenido de los artículos 76 y siguientes de la Ley aragonesa 2/2003. Expresamente, el artículo 87 prevé la división de varias comunidades, y ordena que se lleven a cabo separadamente.

En el caso de autos el matrimonio contraído entre don F C G y doña F P A, el día 7 de septiembre de 1923, se disolvió por muerte del marido, acaecida el 9 de junio de 1937. Quedó entonces constituida la comunidad conyugal continuada conforme al artículo 53 del Apéndice foral, entonces vigente. El contador-partidor ha tenido en cuenta las circunstancias acaecidas respecto del consorcio cuya liquidación se insta, especialmente la muerte posterior de la viuda, y ha realizado la propuesta de partición y adjudicación de bienes incluyendo el total de los bienes, no sólo las tres cuartas partes. Pero lo hace teniendo en consideración que dos de los litigantes son herederos de doña F, como hijos únicos de ella. Así, establece una hijuela para don B C P, en pago de sus haberes de las herencias de

sus padres don F y doña F, y lo mismo hace para don F C P. De este modo liquida el consorcio conyugal y la herencia de la madre, que comprendía, como haber partible, una cuarta parte de dichos bienes, como privativos de ella, además de su participación en el consorcio.

La forma de llevar a efecto esta liquidación y adjudicación no afecta a los derechos de los restantes litigantes, ni perjudica las pretensiones de los recurrentes.

Resulta así la innecesaridad de liquidaciones separadas en supuestos en que no existe complejidad respecto a los bienes y derechos que determinan el haber partible, ni deudas que puedan afectar a su fijación. Aunque varias sentencias del Tribunal Supremo han mantenido que la nulidad de la partición de herencia por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable –STS de 2 de noviembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 15 de junio de 2006 y 7 de noviembre de 2006–, esa doctrina no es aplicable al caso, pues aquí se incluye la partición de la herencia en la liquidación del consorcio, sin que queden afectados los derechos hereditarios. Como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial, el contador partididor ha tenido en cuenta dicha circunstancia al elaborar el cuaderno particional adjudicando esa porción de bienes privativos entre sus dos hijos declarados herederos abintestato de la misma, no teniendo sentido abocar a las partes a un nuevo procedimiento de división para llevar a efecto la adjudicación de aquellos bienes.

Por todo lo expuesto, el motivo de recurso respecto a esta cuestión ha de ser desestimado.

Sexto: Indivisibilidad de la casa

El motivo relativo a la indivisibilidad de la casa, sita en calle ..., tampoco ha de gozar de favorable acogida. Esta pretensión fue desestimada en la primera instancia porque la representación en el proceso de los demandados expresó en el escrito de oposición de fecha de 7 de enero de 2008

(realmente, presentado el 7 de enero de 2009) que «... resulta que mis representantes tienen mayor porcentaje total que el demandante por lo que para evitar divisiones lo procedente es que a estos se les adjudique la vivienda del número ... y el solar de la calle ...». Se remite la sentencia a la doctrina de los actos propios, entiende que existe una contradicción por parte de la representación de los demandados, y concluye aprobando las operaciones de división del patrimonio realizadas por el contador-partididor.

La Audiencia de Teruel confirma este pronunciamiento, entendiendo que si la parte demandada, en ese momento apelante, solicitaba explícitamente la adjudicación de la vivienda proindiviso entre los demandados, es porque consideraba aquella esencialmente divisible.

El motivo de recurso de casación se desestima. No por aplicación de la doctrina civil de los actos propios, que requiere un acto de la propia persona «cuya realización vaya encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho... y ha de ser concluyente e indubitado y de carácter inequívoco» –STS 529/2011, de 1 de julio–, y en este caso se trata de escrito de la representación procesal. Pero sí porque el debate en el proceso quedó configurado por las posiciones de las partes respecto de la controversia que era objeto de la litis. Como afirma la STS 691/2011, de 18 de octubre, ese criterio según el cual nadie puede ir contra sus propios actos, aplicado al proceso, constituye una manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 del Código Civil, de tal forma que protege la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables.

En este caso, al afirmar la representación de los demandados que les fuera adjudicada la casa, juntamente con el solar, fijaron su posición, estimando que la vivienda sita en calle ... era susceptible de aprovechamiento por ellos. El hecho de que su

pretensión contemplase, también, el solar sito en el número 24, no modifica el punto de partida, al que atendió el contador-partidor: la casa se consideraba por la parte como posible objeto de comunidad. Así se realizó la propuesta, aprobada judicialmente, que no vulnera los artículos 401 y 404 del Código Civil, ni los artículos 1601 y 1602 del mismo cuerpo legal.

La desestimación del motivo no obsta, en modo alguno, a la aplicación en el futuro de lo preceptuado en el artículo 400 del Código Civil, respecto a los adjudicatarios de la casa de referencia, que no están obligados a permanecer en la comunidad.

Séptimo: Costas.

La desestimación de todos los motivos conduce al rechazo del recurso de casación interpuesto, sin que proceda hacer imposición de las costas de este recurso extraordinario, dada la complejidad de las cuestiones planteadas, respecto de las que existen fundadas dudas de derecho, conforme a lo establecido en el artículo 398, en relación con el 394, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don F C P, don F C A y doña T C A, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha de 28 de junio de 2011, que confirmamos, sin hacer imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

NÚM. 23

S. TSJA 10/2012, de 21 de marzo

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Formación profesional completada: *El hijo, cumplidos los 18 años, se incorporó al mercado laboral, dando por concluida su formación profesional, y no parece que no hubiera completado su formación profesional. Por ello no se ha producido una aplicación indebida del artículo 69 CDFFA, ni tampoco interpretación errónea del mismo. Y, por supuesto, no existe infracción por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal a quo. Cosa distinta es que se deban alimentos legales al hijo mayor de edad. En el proceso de divorcio, según el artículo 93.2, el Juez puede fijar los alimentos que sean debidos al hijo mayor de edad. Producido el divorcio con anterioridad a la mayoría de edad del hijo, si se mantiene la convivencia con uno de los padres, la norma habilita para decidir, en la modificación de medidas de divorcio, la citada pensión alimenticia, que sólo se extinguirá en los términos prevenidos en el artículo 152 Cc. Alimentos legales: Cuando se produce el divorcio de los cónyuges, y surge una nueva familia monoparental en la que uno de los progenitores queda en el domicilio antes familiar conviviendo con los hijos, puede el Juez fijar los alimentos que sean debidos para los mayores de edad (art. 93.2 Cc.). Aunque en la fecha del divorcio el hijo sea todavía menor, al mantenerse la situación de convivencia con posterioridad y el uso del domicilio, la norma habilita para decidir, en el propio proceso de divorcio (modificación de medidas), la citada pensión alimenticia. Ese derecho de alimentos del hijo se extingue en los términos prevenidos en el artículo 152 Cc. A partir de ese momento, si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y ss. del Cc. Alimentos legales: Voto particular: En Aragón, en los casos previstos en el artículo 69 CDFFA, las*

obligaciones de contribución a los gastos de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar se mantienen plenamente vigentes aunque el hijo alcance la mayoría de edad o esté emancipado, sin necesidad de acudir al régimen general de prestación de alimentos, y sin que cambie tal régimen en el supuesto, regulado en el artículo 82, de que exista ruptura de la convivencia de los padres. En consecuencia, cualquier progenitor está directa y legalmente legitimado, para reclamar del otro los gastos propios de sostenimiento de los hijos, en su condición de titular de la autoridad familiar mantenida. Y sólo cuando esta prórroga no exista, no proceda, o se extinga, y, por tanto, ya al margen de la relación de autoridad familiar; es cuando deberá acudirse al derecho general de alimentos regulado en el Cc., y sólo al hijo correspondiente de la legitimación para la reclamación de alimentos legales, no siendo de aplicación el artículo 93.2 Cc. No existe norma de contenido semejante al artículo 69 CDFa en el Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 69 CDFa, 93, 142, 152 Cc.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

En Zaragoza, a veintiuno de marzo de dos mil doce.

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 32/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 26 de julio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 99/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 581/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, siendo parte recurrente don N S M, representado por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Lourdes Oña Llanos y dirigido por la Letrada doña Rafaela Poyato Gómez y como parte recurrida doña S M R y don D y don R S M, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Hernández Hernández y dirigidos por el Letrado don Javier Hernández Hernández.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 7 de mayo del 2010 la Procuradora Sra. Oña Llanos, en representación de don N S M, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas de Divorcio frente a doña M^a S M R, don D y don R S M y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «dicte resolución por la que se modifiquen las medidas establecidas y se dejen sin efecto las siguientes: a): Las relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos, dada la edad de los mismos. b): la pensión de alimentos fijada en su día a favor de los mismos. c): el uso del domicilio familiar atribuido a la esposa e hijos, limitándolo en todo caso a la solicitud de la liquidación del régimen económico de comunidad consorcial que rigió su matrimonio. Otrosí: se solicita la práctica de prueba y la adopción de medidas provisionales».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado al cónyuge contrario y se emplazó a los demandados quienes comparecieron en tiempo y forma y contestaron, interesando se dictase sentencia estimándose únicamente el pedimento relativo a la guarda y custodia y régimen de visitas. Por auto de 28 de junio se desestimó la petición de modificación provisional de medidas interesadas por el demandante.

Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas instada por don N S M contra doña M^a S M R. Por tanto: 1: don N seguirá obligado a satisfacer la pensión alimenticia del hijo Rubén. 1.1. No obstante, mientras el hijo continúe realizando actividad laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario

mínimo interprofesional (o prestación por desempleo en las mismas condiciones), quedará en suspenso el pago de la pensión. 1.2. Cuando R deje de realizar una actividad remunerada o no perciba prestación por desempleo o, los ingresos sean inferiores al salario mínimo, se reactivará la obligación de pago de la pensión en la cantidad actualizada que corresponda a la fijada en su día y por la pensión completa del mes en que se produzca alguna de las situaciones mencionadas. 1.3: El hijo deberá comunicar al alimentante las circunstancias que determinen el pago o el cese en el abono de la pensión. 1.4: La pensión de R no será exigible desde la pasada mensualidad de julio. 2: don Nemesio seguirá abonando la pensión alimenticia del hijo D, en los términos acordados en su día. 3: La atribución del uso del domicilio familiar quedará sin efecto el día 1 de diciembre de 2014. En defecto de acuerdo, será puesto a la venta a partir de dicha fecha. 4. No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Tercero: La representación procesal de la parte demandada interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso presentado de contrario e impugnación de la resolución recurrida. Por Diligencia de ordenación de 22 de febrero de 2011 se tuvo por presentado el escrito de la demandada contestando a la impugnación de contrario y se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña María S M R, don D y don R S M y desestimando la impugnación de don N S M, uno y otra contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de los de Zaragoza, a la que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos en parte la citada resolución, en el único sentido de suprimir la retroacción al mes de julio de 2010 de la obligación de don N de

abonar la pensión de alimentos de su hijo R, contenida en el apartado 1.4 del fallo dictado, manteniéndose dicha obligación hasta la fecha de la sentencia recurrida. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña M^a Lourdes Oña Llanos, actuando en nombre y representación de don N S M presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en la infracción de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Aragonesa 2/2020 de 26 de Mayo, de igualdad de relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (actual artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de tres de noviembre de 2011 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para la celebración de la vista el día 25 de enero de 2012. El señalamiento anterior fue suspendido a petición de la parte recurrida, señalándose de nuevo para la vista el día 29 de febrero de 2012 a las 9,30 horas, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Resulta acreditado en las instancias procesales que don N S M y doña M^a S M R contrajeron matrimonio canónico en el Consulado de España en Düsseldorf (Alemania) el 18 de diciembre de 1976. De dicha unión nacieron y viven dos hijos, D S M, nacido en 1980, y R S M, nacido en 1989.

En fecha de 20 de mayo de 1998, el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza, con competencia en mate-

ria de familia, dictó sentencia en Autos de Divorcio 95/98, por la que declaró la disolución por divorcio del citado matrimonio, manteniendo los efectos fijados en la sentencia de separación de fecha 1 de marzo de 1996. Entre dichos acuerdos se atribuyó a la Sra. M R la guarda y custodia de los hijos y el uso del piso que fue domicilio familiar, fijándose un régimen de visitas a favor del padre. Se estableció que éste deberá entregar a su esposa 75.000 pesetas mensuales en concepto de pensión por alimentos para los hijos. Estas medidas fueron modificadas por sentencia de 6 de septiembre de 2000, recaída en Autos de Modificación de Medidas 190/2000, aumentándose la pensión de alimentos para cada hijo.

La representación de don N S M ha instado en los presentes autos la modificación de medidas de divorcio, invocando el tiempo transcurrido y la mayoría de edad de los hijos, que han finalizado sus estudios y han tenido acceso al mercado laboral, y solicita se dejen sin efecto las medidas relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos, la pensión de alimentos fijada en su día a favor de éstos, y la atribución a la esposa e hijos del uso del domicilio familiar.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda de modificación de medidas. Respecto del hijo R, acuerda que el actor seguirá obligado a satisfacer la pensión alimenticia, la cual quedará en suspenso «mientras el hijo continúe realizando actividad laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario mínimo interprofesional (o prestación por desempleo en las mismas condiciones)». Funda esta decisión en lo siguiente:

Rubén está trabajando con ingresos no desdeñables, si bien con un contrato temporal que vencerá el próximo diciembre. Una interpretación actual y conjunta de los artículos 143, 146 y 152.3 del Código Civil y 66 de la Ley de Derecho de la Persona, que ampare todos los intereses en juego, permite concluir que no concurre

causa de extinción de la pensión. El hijo cuenta con 21 años y su trabajo es temporal; está consolidando su incorporación al mercado laboral en un periodo ciertamente convulso y complicado. Por tanto, se va a fijar un sistema flexible y leal de suspensión del pago de la pensión.

Recurrida dicha sentencia en apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de julio de 2011 estima parcialmente el recurso interpuesto por los demandados y desestima la impugnación de don N S M. Respecto a su solicitud de que fuera suprimida la pensión respecto del hijo R, la fundamentación jurídica señala lo siguiente:

Debe rechazarse la supresión de la pensión de R pretendida por el actor impugnante pretende (sic), pues sus contratos han sido temporales, tiene 21 años y su ingreso en el mercado laboral no puede entenderse consolidada, situación en la que resulta más adecuada la suspensión acordada en la instancia.

Segundo: El recurso de casación se funda en un único motivo, que invoca la infracción de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, actualmente artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo C DFA), y 93, 142 y 152.3 del Código Civil, así como la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los mismos, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 8/2009 de 2 de septiembre. El indicado precepto del C DFA proviene realmente de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona, y expresa que 1: Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2: El deber a que se refiere el apartado anterior se extinguirá

al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiere fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

En el desarrollo del motivo la parte recurrente expresa que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido los preceptos legales citados y la doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre el artículo 69 antes referenciado. Explica que el hijo R –al que se contrae el objeto del recurso– ha completado su formación, accediendo al mundo laboral, con contratos de trabajo sucesivos, aunque de carácter temporal. Concluye sosteniendo que con el mantenimiento de la pensión se vulneran los preceptos legales referidos y se favorece la pasividad vital del hijo.

Tercero: Es de significar que la sentencia impugnada, al rechazar el recurso del demandante respecto a su pretensión de que fuera suprimida la pensión reconocida a favor del hijo R, no expresa la razón jurídica en que apoya el mantenimiento de dicha prestación. La sucinta argumentación que ofrece, y que ha sido transcrita precedentemente, no cita precepto legal en el que fundar la obligación de que el demandante continúe siendo deudor de la prestación económica. Puede entenderse que, al confirmar la de primera instancia, acoge el apoyo normativo de ésta aunque, según se ha expuesto, la decisión adoptada por el juzgado se funda en la «interpretación actual y conjunta» de varios preceptos del Código Civil y del artículo 66 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona.

Ante ello, para la decisión del recurso resulta necesario determinar: a) si resulta de aplicación al caso el artículo 69 del CDFa; b) caso de que se estime no ser de aplicación, si otros preceptos legales habilitan la obligación de pago de la pensión, que pesa sobre el actor; y c) si el hijo mayor de edad está obligado a ejercitar la pretensión de alimentos frente a su progenitor, en procedimiento judicial independiente del juicio de divorcio en cuya sede nos hallamos.

Cuarto: El artículo 69 del CDFa procede, según hemos visto, del articulado de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

Dentro del capítulo destinado a regular el deber de crianza y autoridad familiar respecto de los hijos, el artículo 66 de dicha Ley fijaba los gastos de los hijos mayores o emancipados, en los términos que se han transcrito en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia. En aplicación de dicha norma, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse a través de distintas resoluciones.

La sentencia núm. 8/2009, de 2 de septiembre, afirma: El derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos. No obstante, el referido artículo 66.1, en sede del deber de crianza y autoridad familiar, contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación y siempre que concorra la circunstancia indicada en el inciso final de la regla: que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. Y el supuesto de hecho allí previsto es, en efecto, que dicho hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos. El precepto pretende así, dar respuesta a los problemas que en la práctica plantea la situación de los hijos ya mayores de edad pero que carecen de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla.

Por tanto, la obligación de alimentos que la sentencia dictada en el proceso de separación impuso al padre, aun cuando no se extinga automáticamente por el hecho de haber alcanzado la hija la mayoría de edad, no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurren las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación. Otra cosa sería favorecer una situación vital pasiva que puede devenir –utilizando una expresión del Tri-

bunal Supremo— en un «parasitismo social». Por eso, esa duración hasta los 26 años que menciona el párrafo segundo de la norma cuya infracción se denuncia (y en el que se apoya la parte recurrida en su escrito de oposición) sólo tendrá lugar cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos. En el caso allí contemplado se trataba de una joven que optó a los 16 años por dar por completada su formación, con lo que voluntariamente se colocaba en disposición de poder trabajar en aquellas ocupaciones a las que puede accederse desde dicha preparación. Y según apreció la juzgadora de primera instancia, desaprovechó las oportunidades que tuvo de hacerlo. Así las cosas, por un lado no estaba en la situación de tener que completar su formación; por otro lado la falta de recursos le era imputable. En consecuencia, esta Sala estimó el recurso de casación y, anulando la sentencia de la Audiencia, confirmó el fallo recaído en primera instancia, que había estimado la demanda del padre.

La sentencia núm. 11/2011, de 30 de noviembre, citando la de 2 de septiembre de 2009, expresó que aun cuando el derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, en sede del deber general de crianza y autoridad familiar respecto de los hijos. Tras invocar el contenido del Preámbulo de la propia Ley 13/2006, afirmaba que la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66... se concreta en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos más allá de la mayoría de edad: Que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios. En el caso allí examinado, dado que las dos hijas mayores de edad habían terminado, con buen resultado académico, las licenciaturas universitarias, se desestimaba la pretensión de exigir a uno de los progenitores el pago de los

gastos de preparación de oposiciones o de especialización.

La sentencia 15/2011, de 30 de diciembre, aborda igualmente la problemática de aplicación de este precepto, indicando que esta Sala ya ha señalado (Sentencias de 2 de septiembre de 2009, 12 de mayo de 2010 y 30 de noviembre de 2011), conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 13/2006 (art. 69 CDFR), el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación. En atención a esta excepcionalidad, la realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aún iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no había de significar una obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, de modo que no se imponía al recurrente más allá del límite de su finalización en el tiempo razonablemente requerido o, como límite final, en la edad de los veintiséis años.

Quinto: En el caso de autos es hecho declarado probado en las instancias que el hijo R, nacido en 1989, se incorporó al mercado de trabajo en julio de 2007. En el año 2008 tuvo un contrato de trabajo cuyos efectos se extendieron en un total de 152 días (de abril a septiembre de ese año). Realizó trabajos remunerados durante el año 2009 que le aportaron unos ingresos brutos de 931€. Durante el año 2010, con siete contratos suscritos con una empresa de trabajo temporal, trabajó 71 días entre los meses de enero y mayo.

No se trata, por lo tanto, de persona que esté completando su formación profesional, ya que ésta se dio por concluida cuando, cumplidos los dieciocho años, se incorporó al mercado laboral. Aunque las normas han de ser aplicadas conforme a la realidad social del momento, ni siquiera una interpretación extensiva del precepto puede llevarnos a considerar que el caso de R se integra en el supuesto de hecho de la norma. Su formación profesional se dio

por concluida en el momento de incorporarse al mundo del trabajo, y no aparece –ni se invoca como razón para sustentar la continuidad de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio– que el referido joven no hubiera completado su formación profesional.

De los diversos conceptos en que la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 estimaba que podía producirse una infracción legal –por inaplicación, interpretación errónea o aplicación indebida–, y que actualmente deben considerarse implícitamente recogidos en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ninguno de ellos puede incluirse la infracción denunciada. Lo cierto es que, como antes hemos expuesto, la Audiencia Provincial no expresa en su fundamentación jurídica relativa a este punto, que se contiene en el segundo párrafo del segundo fundamento de derecho, cuál sea la norma que habilita el mantenimiento de la prestación. Pero no se ha producido una aplicación indebida del citado artículo 69 del CDA, ni tampoco interpretación errónea del mismo. Y, por supuesto, no existe infracción por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal a quo.

Sexto: La Sala debe examinar si existe otro título legal, distinto del comprendido en el precepto antes citado, que permita atribuir al progenitor recurrente la obligación de continuar abonando la cantidad en concepto de pensión de alimentos para el hijo R, único al que se contrae el recurso.

Esta obligación fue establecida por la sentencia de separación matrimonial, de 1 de marzo de 1996, posteriormente confirmada en la de divorcio de 20 de mayo de 1998, y modificada por la sentencia de la Audiencia Provincial de 6 de noviembre de 2001, en autos de modificación de medidas. La resolución tiene apoyo legal en el artículo 93 del Código Civil, conforme al cual El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y

acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

El artículo 152 del Código Civil, cuando prevé las causas de extinción de la obligación de dar alimentos, establece que este débito se extingue 3º) Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

En el caso de autos no puede sostenerse que la obligación del padre de satisfacer alimentos al hijo R se haya extinguido. La sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, mantiene una obligación de alimentos flexible y atemperada a las circunstancias concurrentes, de modo que don N sigue estando obligado al pago de la pensión alimenticia a R, pero cuya efectividad se suspende mientras el hijo continúe realizando una actividad laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario mínimo interprofesional, o prestación por desempleo en las mismas condiciones. Los hechos que se estiman probados no evidencian falta de diligencia en la búsqueda de trabajo por parte del hijo, sino más bien al contrario. Si las cosas fueran de otro modo, siempre podría el padre alimentante pedir que se declarase la extinción de su obligación por ser imputable al alimentista la situación de necesidad.

Séptimo: La medida de fijación de la pensión alimenticia en favor del hijo tiene cabida procesal en la sentencia de divorcio, conforme al artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil.

La STS 411/2000, de 24 de abril, al abordar la interpretación de este precepto, establece que: Por consecuencia de la rup-

tura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2 del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

En expresión de la STS 1222/2007, de 28 de noviembre, esta norma permite al juez fijar o a los cónyuges acordar en el convenio regulador, las cantidades que se deberían a los mayores que convivieran y carezcan de ingresos propios. Esta es una norma que evita litigios posteriores.

Aunque en este último caso la Sentencia estimó no aplicable dicho precepto, en atención a los hechos de aquellos autos, es lo cierto que de dicha doctrina jurisprudencial puede desprenderse una doctrina, aplicable al caso presente: Cuando se produce el divorcio de los cónyuges, y surge una nueva familia monoparental en la que uno de los progenitores queda en el domicilio antes familiar conviviendo con los hijos, puede el Juez fijar los alimentos que sean debidos para los hijos mayores de edad. Aunque en este caso en la fecha de la disolución del vínculo matrimonial el

hijo Rubén todavía era menor, al mantenerse la situación de convivencia con posterioridad y uso del domicilio –que en este caso se ha acordado prolongar hasta el 1 de diciembre de 2014– la norma habilita para decidir, en el propio proceso de divorcio, la citada pensión alimenticia.

Sólo en el caso en que proceda la extinción del derecho de alimentos, en los términos prevenidos en el artículo 152 del Código Civil antes examinado, cesará la efectividad de ese derecho del hijo. A partir de ese momento, si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

Pero como ese supuesto no se ha producido en el caso de autos, por las razones ya expresadas en el anterior fundamento jurídico, el recurso de casación ha de ser desestimado.

Octavo: En cuanto a costas, dada la materia de la que se trata y la complejidad jurídica del caso, no procede su imposición a ninguna de las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 32/2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Lourdes Oña Llanos, en nombre y representación de don N S M, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 26 de julio de 2011; sin hacer imposición de costas devengadas en este recurso.

Contra la presente resolución 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, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, sin perjuicio del pleno respeto a la decisión mayoritaria de la Sala, respecto de la sentencia dictada el día 21 de marzo de 2012 en recurso de casación número 32/2011, y al amparo de lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No existe disconformidad alguna con lo recogido en los Antecedentes de Hecho y los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la citada resolución. Se discrepa, sin embargo del resto, así como del fallo, que se considera debió ser íntegramente estimatorio del recurso interpuesto, por los fundamentos jurídicos que a continuación se exponen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurso de casación presentado por don Nemesio Sabina Moya plantea de nuevo ante esta Sala la cuestión jurídica del alcance que, por aplicación de la normativa propia de Aragón, debe atribuirse a la regulación contenida en el artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, luego traspuesto con idéntica regulación al artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo del Gobierno de Aragón 1/2011, de 22 de marzo, sobre obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos cuanto éstos alcanzan la mayoría de edad o están emancipados por otra causa.

El artículo 69 del Código citado (CDFA en adelante), específicamente respecto de las obligaciones de los titulares de la autoridad familiar de continuar el sostenimien-

to de sus hijos mayores de edad o emancipados, prevé literalmente:

«Artículo 69.—*Gastos de los hijos mayores o emancipados.*—1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional o no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

En caso de situaciones de crisis del matrimonio o ruptura de convivencia de los progenitores, el artículo 82 del CDFA (cuyo antecedente de contenido idéntico es el artículo 8 de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres) no establece especialidad alguna respecto del artículo 69, pues reafirma la obligación de contribución de los padres a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos que estén a su cargo. En los siguientes términos:

«Artículo 82.—*Gastos de asistencia a los hijos.* 1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.

2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres.

3. El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.

4. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto».

Estas normas aplicables en Aragón (a las que en adelante se hará referencia por su numeración en el CDFA), difieren de las establecidas para semejantes materias en el Código Civil (CC en lo sucesivo).

Segundo: En Aragón, en los casos previstos en el artículo 69 CDFA, las obligaciones de contribución a los gastos de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar se mantienen plenamente vigentes aunque el hijo alcance la mayoría de edad o esté emancipado, sin necesidad de acudir al régimen general de prestación de alimentos, y sin que cambie tal régimen en el supuesto regulado en el artículo 82, de que exista ruptura de la convivencia de los padres. En consecuencia, bien se mantenga la convivencia entre los padres, bien se produzca su término, cualquier progenitor está directa y legalmente legitimado, para reclamar del otro los gastos propios de sostenimiento de los hijos, en su condición de titular de la autoridad familiar mantenida.

Como sucede en otras instituciones de gran relevancia (mayoría de edad, facultades del menor de edad, resolución de conflictos familiares, usufructo viudal, derecho sucesorio familiar,... etc.) también en las previsiones relativas a posible mantenimiento de la autoridad familiar o patria potestad el CDFA y el CC difieren, históricamente y en su regulación actual: no existe norma de contenido semejante al artículo 69 del CDFA en el CC. La prórroga de la patria potestad en el CC sólo se prevé en el artículo 171, y exclusivamente para los casos de declaración de incapacidad de los hijos. Norma muy alejada y no parangonable con el artículo 69 CDFA, que, cuando concurren las circunstancias en él previstas, mantiene los deberes de

sostenimiento propios de la autoridad familiar en Aragón respecto de todos los hijos, aun cuando sean capaces y, por tanto, hayan adquirido todos los derechos y deberes propios de haber alcanzado la mayoría de edad o la emancipación.

A salvo de este supuesto de prórroga de la patria potestad del artículo 171, en el CC (arts. 110, 154, 159, 169) la mayoría de edad o emancipación del hijo no declarado incapaz comporta el cese del derecho de alimentos inherente a la patria potestad, lo que supone la necesidad, en tal caso de mayor de edad o emancipado, de acudir para su fijación a la regulación más exigente y rigurosa general de alimentos recogida en los artículos 142 y siguientes del CC. Con la particularidad, para el caso de crisis de la convivencia de los padres, de darse la posibilidad jurisprudencialmente reconocida por el Tribunal Supremo ante la ausencia de previsión legal (así por ejemplo, en la sentencia de 24 de abril de 2000 que se menciona en la sentencia de la que ahora se discrepa) de que al progenitor que debe contribuir a sostener a los hijos y conviva con ellos se le reconozca legitimación, como interesado, para reclamar tales alimentos con base en la previsión del artículo 93 del Código Civil.

De modo que, en coherencia con las diversas regulaciones, es diferente a la del CC la remisión en Aragón a la reclamación por el título de alimentos en general previsto en el artículo 142 del Código Civil. Mientras en el CC la referencia del artículo 93 a este título de reclamación es directa en el caso de hijos mayores convivientes y a cargo del progenitor con el que convivan, en el artículo 69 CDFA la vía de reclamación del artículo 142 del CC pasa a segundo plano, pues, primero, se estará al mantenimiento de las obligaciones derivadas de la autoridad familiar. Y sólo cuando esta prórroga no exista, no proceda, o se extinga, y, por tanto, ya al margen de la relación de autoridad familiar, es cuando deberá acudirse al derecho general de alimentos regulado en el CC. Lo que, en el ámbito procesal conllevará, como literalmente recoge el artículo 69.2 CDFA, que sólo al hijo

corresponde la reclamación de alimentos, pues una vez extinguido su derecho como proveniente de la autoridad familiar, y por término de ésta, sus progenitores carecen ya de legitimación como titulares de la autoridad familiar extinta.

Tercero: Con independencia de la valoración que pueda recibir la distinta regulación de uno y otro cuerpo legal respecto de las instituciones que tratan, lo que resulta indudable es que, en todo caso, en Aragón, la regulación vigente y de aplicación es la recogida en el CDFa. La cual, debe reseñarse, recoge las obligaciones derivadas de los principios propios de la autoridad familiar de modo coherente y completo, sin lagunas que deban integrarse por aplicación supletoria del CC. Ciertamente, conforme a la previsión general del artículo 13, párrafo primero del CC, el artículo 93 CC es de aplicación directa y general en toda España. Pero ello no es óbice, como resulta del apartado 2 del mismo artículo 13, para que exista pleno respeto a las normas civiles propias de las Comunidades Autónomas que tengan competencia constitucionalmente reconocida en la materia, como ocurre en Aragón en el caso de las leyes antes citadas y en el CDFa, emanados de las instituciones aragonesas, en ejercicio de su exclusiva competencia en la materia, como recuerda la Exposición de Motivos de la citada Ley 2/2010, de 26 de mayo y la del CDFa, y que son normas vigentes posteriores al artículo 93 CC, y sin tacha de inconstitucionalidad. Por tanto, debe estarse a las previsiones contenidas en los artículos 69 y 82 del CDFa, con exclusión de la posible aplicación del CC, fuera del caso en que la propia normativa de Aragón lo invoca de modo expreso.

Cuarto: Las anteriores consideraciones y conclusiones sobre legislación aplicable han sido entendidas de igual modo al expuesto en varias ocasiones en sentencia de esta Sala, al resolver sobre reclamaciones de casos de crianza y alimentación por parte de hijos que convivían con uno de los progenitores. En ellas se resolvió la cuestión litigiosa conforme a las previsiones del CDFa, y no del CC.

Y en aplicación del CDFa, se consideró, respecto del fondo de la cuestión, que conforme al artículo 69 del vigente Código Aragonés, tanto en situaciones de convivencia de los padres, como en las de su cese a que se refiere el actual artículo 82 CDFa, el referente para entender terminado el mantenimiento de las obligaciones de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar es que el hijo haya terminado su formación y, por tanto, esté en condiciones de acceder al puesto de trabajo, y no que el hijo que estuviera a cargo de uno de los progenitores tuviera recursos propios o hubiera obtenido trabajo estable.

Así, desde sentencia de esta Sala de 2 de septiembre de 2009 se ha considerado que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación siempre que «no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos (...) por tanto, la obligación de alimentos (...) no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurren las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación».

Interpretación que se reafirma en sentencia de 12 de mayo de 2010, en la que, literalmente, se recoge «(...) para que se mantenga la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, aun habiendo alcanzado el descendiente la mayoría de edad, es preciso que el hijo no haya completado su formación profesional y, además, que no tenga recursos propios para sufragar, él mismo, tales gastos. El carácter excepcional de esta previsión, respecto de la general de cese de la obligación parental cuando se alcanza la mayoría de edad lo reafirma la propia norma cuando de modo expreso prevé que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y sólo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete (...)».

En semejante sentido, sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2011, con refe-

rencia a sentencias anteriores, recogió que «(...) la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66 y que luego, ya en el texto de tal precepto, se concreta en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos más allá de la mayoría de edad: que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios (...)».

O, en fin, sentencia de 30 de diciembre de 2011: «(...) no resulta ajustado a la previsión de la norma señalar el momento de la independencia económica de los hijos mayores de edad como límite a la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, pues dicho límite legal se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido, y no en la independencia económica (...)».

Quinto: Por tanto, esta Sala resolvió las cuestiones planteadas similares a la actual conforme al derecho aragonés aplicable y, en cuanto a la cuestión sustantiva, la interpretación hecha reiteradamente del artículo 69 del CDFA se compendia, en lo que ahora interesa, en la consideración de que la extinción de la obligación de los padres de contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad o emancipados no tiene como referente el hecho de que éstos tengan independencia económica, sino que la norma fija como momento del término de la obligación el logro por parte de los descendientes de su adecuada formación para el ejercicio de actividad laboral. Mientras la educación se completa, los progenitores deben subvenir al pago de los gastos por la vía de la prórroga de la obligación derivada de la autoridad familiar. Pero una vez que el hijo mayor de edad ha adquirido la necesaria formación cesa esta situación de mantenimiento de las obligaciones de la autoridad familiar, aun cuando no tenga recursos propios.

Y como también resulta de las sentencias citadas, tal interpretación jurisprudencial

se ha considerado por esta Sala de aplicación a toda relación entre progenitores e hijos, independientemente de que exista o no ruptura de la convivencia de los padres. De hecho, todas las sentencias referenciadas partían de una situación de crisis matrimonial.

En el caso de autos, sin embargo, la Sala modifica esta doctrina sin explicación específica del cambio de criterio, entendiendo en sus Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto que «(...) no existe infracción (del citado artículo 69 CDFA) por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal a quo». Para luego considerar que «La Sala debe examinar si existe otro título legal distinto del comprendido en el precepto antes citado (el artículo 69 CDFA), que permita atribuir al progenitor recurrente la obligación de continuar abonando la cantidad en concepto de pensión de alimentos (...)». Y termina con la conclusión de ser de aplicación el artículo 93 del Código Civil y, por su referencia, el artículo 142 y 152 del mismo CC, con base en los cuales, finalmente, resuelve la cuestión.

Como cabe deducir de lo considerado hasta ahora, es esta aplicación del CC la que considera incorrecta quien suscribe, porque no debe excluirse en este caso la aplicación del artículo 69 CDFA, sino que, por el contrario, es esta la norma directamente aplicable al caso presente. Y con los efectos sustantivos derivados de su literalidad.

Quinto: Según recoge la resolución de la que se discrepa, la sentencia de divorcio de los cónyuges que son parte en el procedimiento fue dictada el día 20 de mayo de 1998, y mantuvo los efectos de la sentencia de separación dictada el 1 de marzo de 1966. El matrimonio tuvo dos hijos, D, nacido en 1980, y R, nacido en 1989.

Dado que en el presente recurso no se formula petición alguna respecto del hijo don D, afectado por discapacidad, respecto de la pensión señalada a su favor en la sen-

tencia recurrida queda conformado el recurrente y ningún pronunciamiento procede efectuar.

El segundo hijo, don R, terminó sus estudios y comenzó a trabajar en julio de 2007, y desde entonces ha tenido varios trabajos remunerados, en 2008, 2009 y 2010. Por tanto, como la propia sentencia indica, no se trata de persona que esté completando su formación profesional, pues ésta se dio por concluida en el momento de incorporarse al mundo del trabajo (año 2007, con 18 años), y no aparece, según recoge la propia sentencia, que el referido joven no hubiera completado su formación profesional.

Partiendo de tales premisas, recogidas en la propia sentencia de que se disiente, la normativa aplicable en Aragón respecto de la posibilidad de continuar las obligaciones derivadas de la autoridad familiar no es el CC, sino, como se expuso, el artículo 69 CDFA y la jurisprudencia sentada en su interpretación por esta Sala de modo reiterado. Y, conforme a ella, como también resulta de lo ya considerado, debe declararse extinguida la obligación de contribución de los padres al sostenimiento del hijo: el hijo, por su propia opción personal, optó por determinada formación profesional, que culminó con éxito y con posibilidades reales de acceder a la actividad laboral, como ha hecho y hace en la actualidad. Por tanto, falta el presupuesto de continuar su formación prevenido en el artículo 69 para mantener la obligación de los progenitores de pago de sus gastos de crianza y educación después de alcanzar la mayoría de edad, y se da sólo parcialmente el de carecer de recursos propios. No está presente así, la concurrencia simultánea de ambos requisitos ni, por tanto, cabe mantener, como hace la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida y la de esta Sala, la prórroga de la obligación del padre de subvenir a su sostenimiento por el título de mantenimiento ininterrumpido de la obligación derivada de la relación que la autoridad familiar establece entre padre e hijos.

No cabe excluir la previsión del artículo 69 CDFA y pasar a considerar de aplicación directa el artículo 93 del CC por el hecho de existir ruptura de la convivencia de los progenitores. Porque, en síntesis de lo ya expuesto, la prórroga de las obligaciones derivadas de la autoridad familiar del artículo 69 CDFA es aplicable en toda relación entre progenitores e hijos, sin distinción alguna derivada del hecho, en el que no intervienen los hijos, de ruptura de convivencia de los padres. Y porque, si se da situación de crisis de convivencia, la regulación de aplicación en Aragón para el supuesto presente, no es el artículo 93 CC, sino el artículo 82 del CDFA, en el que la mención «a su cargo» que recoge no cabe dotarla de contenido por referencia a normativa extraña al propio CDFA, sino por la que en él se contiene, y que viene definida por el repetido artículo 69 CDFA.

Sexto: Las anteriores conclusiones no cabe considerarlas contrarias a la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de abril de 2000 recogida, como antes se hizo referencia, en la sentencia de cuyo contenido se discrepa. Porque esta sentencia del TS no trata sobre la cuestión de fondo debatida ahora, sino que limita su pronunciamiento, en el recurso en interés de ley que resuelve, al problema concreto de si el cónyuge que tiene los hijos mayores a su cargo está o no legitimado para accionar en reclamación de alimentos de tales hijos mayores. Cuestión procesal relevante, sin duda, pero no planteada en este procedimiento y que es, en todo caso, accesoria al tema de fondo a resolver, de si procede o no mantener la pensión, con independencia de la cuestión adyacente de quién pueda reclamarla.

Cabe además reseñar, aunque no afecte al tema sustantivo de que se trata ahora, que la cuestión procesal de la legitimación del progenitor custodio para reclamar cuando proceda, no encuentra en el Derecho Aragonés la misma solución que la señalada en tal sentencia del Tribunal Supremo. Porque, si en Aragón se diera la situación recogida en tal sentencia, de que el progenitor que convive con los hijos

mayores debe contribuir a satisfacer los alimentos conforme a la legislación aragonesa ya estudiada, la legitimación para reclamar su contribución al otro le correspondería como titular directo de las obligaciones y derechos que para él también derivan de la autoridad familiar mantenida a pesar de la mayoría de edad de los hijos, y no por el título indirecto de tener un interés legítimo reflejo del derecho del que son titulares los hijos.

Séptimo: En consecuencia con lo expuesto, como se adelantó al principio de este Voto Particular, se discrepa con todo respeto de la sentencia de fecha veintiuno de marzo de 2012 dictada por esta Sala, entendiéndose que, en lugar de lo resuelto en ella, por observancia de la normativa aragonesa de aplicación y de la interpretación sostenida por esta misma Sala de modo reiterado, el recurso debió ser estimado, casando la sentencia recurrida en el sentido interesado por el recurrente, de declarar extinguida la pensión de alimentos a favor de don R S M, derivada de la continuación de los derechos y deberes propios de una autoridad familiar ya extinta, y sin perjuicio del derecho del hijo de poder reclamarlos por otra vía. Todo ello con las consiguientes declaraciones no hacer expresa imposición de costas y devolución al recurrente del depósito constituido.

Voto particular que firmo en Zaragoza a veintiuno de marzo de dos mil doce.

24

NÚM. 24

S. TSJA 13/2012, de 9 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Valoración de la prueba practicada: El informe pericial de 2009 evacuado en procedimiento anterior ha sido aportado en este pleito como prueba documental. Por tanto, no cabe ahora valoración alguna respecto de si debió ser ratificado o sometido a debate contradictorio el informe pericial en aquel procedimien-

to, porque no es en este prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente. El hecho de que en el informe de referencia expresamente se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida no permite, sin más, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente. Carga de la prueba: Es carga de cada una de las partes la aportación de los medios de acreditación de sus pretensiones y solicitar o no la práctica de informe pericial es cuestión que queda en el ámbito de su estrategia de defensa de pretensiones. La facultad de interesar o no la práctica de prueba pericial incluye la de renunciar a la práctica de la prueba pericial inicialmente interesada. Opción legislativa distinta de la del Código civil: En materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Cc. y del Derecho aragonés. El Cc. (art. 92) parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor. En cambio, el artículo 80.2 CDFa ordena que, en interés de los hijos menores, el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida... Esta innovación justifica que la petición de custodia compartida haya sido causa de revisión de las medidas previamente acordadas (DT 6ª CDFa).

Preferencia de la custodia compartida: *Tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida, de modo que, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última. La práctica*

y valoración de prueba efectuada en procedimiento anterior a la vigencia de la Ley 2/2010 a la que la sentencia impugnada recurre, no tiene en cuenta los factores de la nueva ley ni motiva suficientemente como quiere la nueva ley el establecimiento de la custodia compartida, por lo que no respeta la actual preferencia del legislador por la custodia compartida. Factores para excepcionar la custodia compartida: El haber superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que los hijos vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia, el que no tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, así como la opinión de los menores favorable a vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituye un dato esencial, son factores que, en el caso, no permiten excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida. Tampoco se acredita que la distancia que separa la casa del padre de la de la madre constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida. Periodos de custodia compartida: Se acuerda el establecimiento de un régimen de custodia compartida semanal, sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores. Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80, DT 6^º CDA.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

En Zaragoza, a nueve de abril de dos mil doce.

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 29/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha de 21 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 84/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 338/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don David Guerrero Perra, representado por el Procurador de los Tribunales don José Ignacio San Pío Sierra y dirigido por el Letrado don Juan Carrasco Zapata, y como parte recurrida doña Visitación Marzo Marqués, representada por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigida por el letrado don Heliodoro López Cardo, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchis, actuando en nombre y representación de don David Guerrero Perra, presentó demanda de Modificación de Medidas de divorcio en cuanto a la guardia compartida de los hijos del matrimonio contra doña Visitación Marzo Marqués 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 acordando: «1º: Las siguientes medidas definitivas en relación con los hijos: a) titularidad y ejercicio de la patria potestad. No existe ningún obstáculo para que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sean compartidos entre ambos progenitores: b) Guarda y custodia de los hijos será compartida en la forma y manera que se deja interesada, y que damos por reproducida en aras de economía procesal: c) De los alimentos a favor de los hijos. Cada progenitor se hará cargo de la manutención integral de los hijos en los periodos en que éstos vivan con cada uno de ellos: Respecto de los gastos fijos mensuales, como escuela, libros, material esco-

lar, deporte, idiomas, etc., serán sufragados al 50% por ambos progenitores. En cuanto a los gastos fijos, se domiciliarán a una cuenta que se abrirá al efecto, en la que ambos progenitores deberán ingresar la mitad del importe al que asciendan los mismos: en cuanto a los gastos extraordinarios, referentes a salud y educación de los hijos, que sean necesarios y/o pactados por ambos progenitores, serán pagados al 50% entre ellos. Los que no sean necesarios, si no se pactan, serán abonados por el progenitor que los proponga: 3º: Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, lo que hicieron, dentro de plazo, tanto el Ministerio Fiscal como la demandada, oponiéndose, esta última, a la modificación de medidas planteada de contrario, y en consecuencia se proceda a mantener en todos sus extremos las medidas acordadas.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador don Luis Barona Sanchis, en representación de don David Guerrero Perruca, se modifican las medidas adoptadas en proceso de divorcio núm. 640/2008, relativas al régimen de estancia y visitas de los tres hijos menores del matrimonio, José, Pilar y David Guerrero Marzo, acordándose que estos puedan estar en compañía del actor todas las tardes de la semana en que la madre tenga este turno de trabajo, desde la salida del colegio, hasta las 21,00 horas. Sin efectuar expresa imposición de costas procesales».

Cuarto: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, se dio traslado

del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y denegadas por auto de 7 de junio de 2011 las pruebas solicitadas, dictó sentencia de fecha de 21 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Desestimando el recurso de apelación interpuesto apelación por el Procurador don Luis Barona Sanchis, en nombre y representación de don David Guerrero Perruca, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, de fecha uno de marzo de dos mil once, dictada en autos de Incidente de modificación de medidas de divorcio, seguidos con el número 338/2010, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, sin hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada».

Quinto: El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchis, actuando en nombre y representación de don David Guerrero Perruca, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso por Infracción Procesal y de Casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición de ambos recursos que basó en los siguientes motivos: De Infracción Procesal: Primero: Se considera infringido lo dispuesto en los artículos 209.4º y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Segundo: Conforme al artículo 469 Ley de Enjuiciamiento Civil: 3) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; 4) Vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 Constitución española: En el apartado III del recurso por Infracción Procesal solicitaba asimismo que por esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se acordara la práctica de prueba pericial judicial.

En cuanto al recurso de casación: 1º) Infracción por interpretación errónea,

del artículo 6 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el artículo 39.2 y 4 de la Constitución Española y el segundo, la infracción por inaplicación del artículo 2.2 de la misma Ley, en relación con el artículo 11.2 apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 15 de diciembre de 2011 Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos planteados, admitiéndolos a trámite. Conferido traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo hizo la representación legal de la parte demandada y el Ministerio Fiscal, terminando este último su escrito manifestando: «El Fiscal considera que se debiera estimar el recurso de casación foral, casar la sentencia de la AP Teruel 92/2011, 21 junio, declarando la custodia compartida de los tres menores (art. 487.2 Ley de Enjuiciamiento Civil): de 6, 12 y 15 años en los términos solicitados por el padre recurrente».

No habiéndose solicitado por la parte la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 14 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La demanda que da lugar a la formación de este procedimiento contiene la pretensión de que se modifique la sentencia dictada el día 24 de noviembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Teruel, confirmatoria de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Teruel el día 21 de julio de 2009, en el extremo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio cuya disolución se acordó, pues considera la parte demandante y ahora recurrente que el régimen

que al respecto debe establecerse es el de custodia compartida y no, como en tales sentencias se recogió, el de guarda y custodia por parte de la madre.

En la sentencia citada de 21 de julio de 2009 dictada por el Juzgado, en argumentación respecto de la petición del padre demandante de que se instaurara la custodia compartida de los menores, se recogió que procedía mantener la custodia a cargo de la madre, tal y como había hecho el auto de medidas provisionales de 22 de enero de 2009. Previa referencia al informe emitido por el psicólogo del Equipo Técnico del Juzgado, se citaron en apoyo de tal decisión como motivos principales a los que había que atender: «(...) la unidad familiar en torno a la madre y familia de ésta, tíos, primos de los menores, estabilidad emocional, la escolarización de los menores en centros ubicados en Teruel capital (lo que conllevaría que el padre debería desplazarse con ellos para llevarlos al colegio) (...)». Apelada la anterior sentencia, sin que conste oposición del que era apelante y es ahora recurrente sobre la forma en que había tenido lugar la práctica de la prueba pericial psicológica, fue dictada la sentencia también citada, de 24 de noviembre de 2009 por la Audiencia de Teruel, que confirmó la dictada por el Juzgado, y en ella, respecto de la petición de custodia compartida hecha por el padre y debatida se consideró que no sólo no existía justificación para el establecimiento de tal régimen de atención a los menores, sino que tal medida había sido desaconsejada por el «(...) informe pericial psicológico emitido por unos profesionales cualificados e imparciales, cuales son quienes desempeñan su función como tales en el Juzgado de Menores de Teruel que, tras el examen de los progenitores y sus hijos, entienden más oportuno la concesión a la madre de la custodia de los menores».

Segundo: Una vez que entró en vigor la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, el padre presentó la demanda inicial de este procedimiento, en solicitud de modificación de

las medidas acordadas en las sentencias referidas, alegando en apoyo de su pretensión la nueva regulación sobre el régimen de custodia de los hijos menores, que ordena la custodia compartida como preferente sobre la individual y que, además, prevé en su Disposición Transitoria Primera que la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores será causa de revisión de las medidas judicialmente adoptadas bajo la legislación anterior.

Dictada sentencia el día 1 de marzo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Teruel, en ella se expone que la nueva normativa no puede invocarse como una alteración sustancial que permita modificar las medidas antes adoptadas, y señala que «(...) El único motivo que podría conducir a la modificación pretendida es el deseo de los hijos mayores del matrimonio, José y Pilar, de convivir semanalmente con su padre, según resulta de la exploración de los mismos (...)» Tras valorar distintas circunstancias a tener en cuenta al tiempo de conceder relevancia a las exploraciones de menores en general, y de adolescentes en particular, termina considerando que, en este caso concreto, las circunstancias concurrentes aconsejan mantener la custodia a cargo de la madre, en lugar de la custodia compartida solicitada por el padre, si bien procede ampliar el régimen de visitas que antes se había previsto.

Apelada la anterior sentencia, la dictada el día 21 de junio de 2011 por la Audiencia Provincial de Teruel, y que es ahora objeto de recurso por infracción procesal y de casación, desestima el recurso de apelación con base, fundamentalmente, en el informe pericial que en el anterior procedimiento de divorcio había sido efectuado el 11 de mayo de 2009 por psicólogo dependiente de los Juzgados de Teruel, y porque considera que no ha habido variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el procedimiento anterior de divorcio cuando se acordaron las medidas cuya modificación se pretende.

Tercero: Contra esta última sentencia citada, el primer motivo en que se funda-

menta el recurso por infracción procesal parte de considerar infringidos los artículos 209.4 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, según indica, en vicio de falta de claridad e incongruencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes y no atender la exigencia de motivación de las sentencias.

Aun a pesar de ser los citados vicios procesales los que enuncia el motivo de recurso, sin embargo, a lo largo de su desarrollo el recurrente no hace mención a cuáles puedan ser las razones que deban dar lugar a entender que exista incongruencia o falta de motivación. Por el contrario, en el cuerpo de este motivo lo que se combate es que la sentencia hubiera tenido en cuenta el informe evacuado en el procedimiento anterior de divorcio, así como la forma de exploración, en lugar de interrogatorio, en que fue hecha la audiencia de los menores en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Teruel.

La única referencia contenida en este punto del recurso a posible falta de congruencia o de motivación se limita a indicar que «(...)no parece de recibo la argumentación escueta y sucinta del Tribunal que, en los debidos términos de defensa no resulta coherente (...)» para, a continuación explicar tal afirmación por razones que no se concretan ya a la motivación o congruencia, sino al desacuerdo con las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal.

La lectura de la sentencia recurrida, lejos de evidenciar posible falta de motivación o incongruencia, muestra con claridad cuáles son las razones que han llevado a desestimar el recurso de apelación y es plenamente congruente con las cuestiones que habían sido planteadas en tal recurso. Sienta así, con claridad, que considera de pleno valor probatorio el mismo informe pericial que se practicó en el anterior procedimiento de divorcio; que no ha existido variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta entonces; y que, por tanto, no existe motivo que justifique la pretensión de la parte.

No cabe, en consecuencia, entender inmotivada en todo o en parte la sentencia recurrida ni, por tanto, cabe la admisión de este motivo de recurso por infracción procesal.

Cuarto: El segundo motivo del recurso por infracción procesal parte de entender infringidas las normas que rigen los actos y garantías procesales de modo determinante de nulidad y causante de indefensión, con cita, únicamente, del artículo 24 de la Constitución. Luego, a lo largo del motivo cita la parte como preceptos no observados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo genérico, los artículos 335 y siguientes y, de modo específico, los artículos 338.2, segundo párrafo y 339.5.

De las distintas consideraciones que, confusamente, se citan en el desarrollo del motivo de recurso sobre motivación de sentencias, práctica de pruebas y derecho sustantivo, la referencia a la práctica de prueba pericial que finalmente fundamenta el motivo pretende la incorrección de haber valorado un informe pericial que se practicó el día 11 de mayo de 2009 (aunque el recurrente indique que fue hecho en 2008) que no fue ratificado y sobre el que no se pudo preguntar; y el haber admitido que la demandada, y ahora recurrida, desistiera de la práctica de nuevo informe pericial.

Respecto del informe pericial de 2009 evacuado en procedimiento anterior, no corresponde ahora juzgar si fue hecho o no conforme a las normas procesales, puesto que, como tal informe pericial, fue aportado en otro procedimiento y no en el actual. En este pleito el informe fue aportado como prueba documental. Por tanto, no cabe ahora valoración alguna respecto de si debió ser ratificado o sometido a debate contradictorio el informe pericial en aquel procedimiento, porque no es en éste prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente.

Y en relación con si fue procedente o no la admisión de la renuncia de la parte demandada a la práctica de la prueba peri-

cial que inicialmente solicitó, no cabe sino estar a la previsión contenida en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece, como es de plena lógica y coherencia procesal, que es carga de cada una de las partes la aportación de los medios de acreditación de sus pretensiones. De modo que, en este caso, la parte demandada podía interesar o no la práctica de prueba pericial y, por tanto, tenía la facultad, derivada de tal potestad, de renunciar a la prueba primeramente interesada. Al igual que el actor pudo interesar la práctica de informe pericial y, si no lo hizo por las razones que fuera, es cuestión que queda en el ámbito de su estrategia de defensa de pretensiones, sin que en tal actuación procesal de una u otra parte pueda la contraria intervenir.

En resumen, por tanto, el actor tuvo a su disposición, como la parte contraria, los medios hábiles para su defensa, sin que quepa reputar que exista la infracción que denuncia el actor del artículo 24 de la Constitución por el hecho de que él mismo, o la otra parte, hicieran el uso de los medios de prueba a su disposición como estimaron conveniente en defensa de sus pretensiones. Y en la admisión del informe técnico de otro procedimiento aportado como prueba documental no cabe apreciar que exista infracción alguna de los preceptos que como motivo de su recurso cita el recurrente. Por lo que este segundo motivo de recurso por infracción procesal debe ser desestimado.

Quinto: El único motivo de recurso de casación se fundamenta en que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 2.2 y 6 de la mencionada Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, con cita referenciada a los artículos 39.2 y 4 de la Constitución y 11.2, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En la exposición conjunta de las razones que argumenta el recurrente para llegar a entender infringidas las normas citadas parte, en todo caso, de considerar que la entrada en vigor de la nueva Ley Arago-

nesa 2/2010 debe comportar la aplicación del criterio preferente de custodia compartida y, por tanto, el cambio del régimen establecido en su caso.

Como se ha señalado antes en sentencias de esta Sala (sirva como ejemplo la de 9 de febrero de 2012), en materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de la convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Código Civil y de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, «de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres». El Código Civil (art. 92) parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En cambio, el artículo 6 de la citada Ley de Aragón 2/2010, luego literalmente transpuesto en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante) ordena que, en interés de los hijos menores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta, aparte de otras circunstancias de especial relevancia que puedan concurrir, los factores de edad, arraigo social y familiar de los hijos, y su opinión; así como la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar laboral de los padres. Factores para cuya valoración, los mismos artículos 6 de la Ley y 80 del CDFA prevén que, antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores.

Ante la innovación que introdujo en Aragón la ley citada respecto del régimen preferencial del Código Civil antes aplicable también en Aragón, la propia norma aragonesa, en la Disposición Transitoria Primera, otorgó a la petición de aplicación de su régimen el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas respecto de la guarda y custodia, y ordenó que las revisiones que se hicieran de los convenios reguladores o de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se sujetaran a las disposiciones contenidas en ella.

Sexto: Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida, entendido en el recto sentido de que, como indica la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2011 «(...) la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se comprueba más conveniente. En esto consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor».

En consecuencia, como recoge la misma sentencia y ha sido después recordado en sentencias posteriores, como las de 1 de febrero o 9 de febrero de 2012, la posible conveniencia de adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así la acredite, frente al criterio preferente de la custodia compartida. Pruebas entre las que, como indica la misma sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2010 tienen especial relevancia la pericial practicada, especialmente los informes psicosociales, y la opinión de los hijos menores.

De modo que, se concluye, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

Séptimo: La sentencia recurrida, de entre los factores y circunstancias prevenidas en la ley para poder establecer el régimen de custodia individual, acude a la prueba consistente en el informe psicosocial evacuado el día 11 de mayo de 2009 en el previo procedimiento de divorcio. De modo que, indica, la pretensión de custodia compartida fue rechazada en el procedimiento anterior tanto en la primera como en la segunda instancia, al estimar que dicha posibilidad había sido desaconsejada en un informe pericial psicológico, emitido por unos profesionales cualificados e imparciales. Y como estima la Sala que no ha existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio en la custodia determinada en aquel procedimiento, debe estarse a ella, manteniendo así la custodia individual.

Este razonamiento por referencia a otro, hecho antes de la entrada en vigor de la ley 2/2010, no tiene en cuenta la práctica y valoración de prueba efectuada conforme a los factores establecidos en la nueva ley, y, consecuentemente, no razona en la medida en que esta nueva ley lo requiere, el motivo por el que se establece el régimen de custodia individual, en lugar de respetar el preferentemente establecido ahora de custodia compartida.

El hecho de que en el informe de referencia expresamente se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida no permite, sin más y, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente. Y no sólo por el tiempo transcurrido desde que se hizo en 2009, sino, sobre todo y especialmente, porque en tal periodo de tiempo ha sido radicalmente modificada la legislación aplicable, al entrar en vigor la ley 2/2010, y, con ella, la preferencia del criterio de custodia compartida sobre la individual. Y, en su concreción, cambiaron también los factores a que necesariamente debe estarse en la valoración de la prueba para poder excepcionar la custodia compartida y sobre los que la sentencia recurrida no efectúa consideración alguna.

Consecuencia de la falta de valoración y consiguiente consideración como probados de los factores por cuya concurrencia y ponderación prevé la Ley 2/2010 que pueda excepcionarse la custodia compartida, es que la sentencia recurrida, desatendió lo ordenado en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010 y, por tanto, debe ser estimado el recurso de casación contra ella interpuesto con motivo de tal infracción casándola y dejándola sin efecto.

Estimando el recurso de casación, procede resolver sobre las pretensiones planteadas en la demanda rectora de este procedimiento por el ahora recurrente, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010 (actual artículo 80.2 del CDEFA), para determinar si existen razones que justifiquen establecer custodia individual o si debe estarse al criterio referente de custodia compartida.

Octavo: Los tres hijos del matrimonio, José, Pilar y David que tienen hoy, respectivamente, 16, 12 y 7 años, han superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia. No existe prueba que permita considerar que tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, constando además que es buena su relación con la pareja con quien actualmente convive el padre, y sin que nada permita deducir que el hecho de haber tenido los hijos del matrimonio disuelto hermanos gemelos de vínculo sencillo pueda perjudicar su estancia en la casa del padre pues, antes al contrario, la custodia compartida parece que debe favorecer la relación con los nuevos hermanos.

La opinión de los dos menores que tienen mayor edad, José y Pilar, manifestada libremente en la audiencia que tuvo lugar en este procedimiento, evidencia con claridad que el deseo de ambos hermanos es el de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituye un dato esencial que, debe ser claramente va-

lorado a favor del establecimiento de la custodia compartida.

El inconveniente manifestado por la madre con base en la distancia que separa la casa del padre del casco urbano de Teruel, donde ella vive, no se acredita que constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida, puesto que, como sí queda probado, son sencillos y rápidos los desplazamientos constantes al puesto de trabajo del padre, centro de formación de los menores, o al núcleo urbano de la capital.

Noveno: En consecuencia con los datos expuestos valorando que la demandada no propone un plan de custodia compartida distinto del propuesto por el demandante y que es razonable el solicitado por el actor de establecimiento de un régimen de custodia compartida semanal, procede acordarlo así, sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores.

En concreto, a partir del dictado de esta sentencia:

1: El régimen de custodia de los menores será el de custodia compartida, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar.

2: Los tres hijos del matrimonio permanecerán una semana con cada uno de los progenitores, a cargo suyo y bajo su custodia, desde el viernes a la hora de salida del centro donde realicen sus estudios hasta igual momento del siguiente viernes, en que se hará cargo el otro progenitor. Caso de ser festivo el viernes, el momento del cambio de progenitor custodio tendrá lugar a las 18 horas del viernes. No cabe estimar el condicionamiento que pretende el demandante de pernocta en uno u otro domicilio según los turnos de trabajo de la madre, ya que, no siendo fijos tales turnos, hacer tal condicionamiento situaría a los hijos en una situación de incertidumbre

inadmisibles para la adecuada estabilidad y seguridad de vida diaria.

3: Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana. No obstante, ambos procurarán que los hijos no pierdan ocasión de contacto con el progenitor, o amigos o familiares de su entorno próximo, en el periodo en que no convivan con él, especialmente cuando tengan lugar celebraciones, viajes, reuniones o situaciones análogas que vengan fijadas por las fechas en que deban tener lugar y no por la voluntad del progenitor no custodio.

4: Las vacaciones escolares de los hijos comunes serán repartidas entre los progenitores por mitad:

Los periodos vacacionales escolares se repartirán, salvo acuerdo en otro sentido, del siguiente modo: en el periodo vacacional de verano, el padre permanecerá con los menores desde la conclusión de clases escolares y el mes de julio en los años pares, y el mes de agosto y hasta la nueva entrada al colegio en septiembre en los impares, y la madre permanecerá con los menores de forma alterna a lo expuesto.

Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos mitades. La primera desde el comienzo de las vacaciones hasta el día 31 de diciembre a las 20 horas; la segunda, desde el 31 de diciembre a las 20 horas hasta la reanudación del periodo escolar. Cada uno de los progenitores estará con los hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo, en los años en que la Navidad recaiga en año par, la primera mitad al padre y la segunda a la madre.

Durante el periodo vacacional de Semana Santa, los hijos permanecerán con uno solo de los progenitores, con el padre los años pares y con la madre los impares.

Una vez finalizadas las vacaciones, el régimen de estancia establecido en el apartado 2 anterior, empezará a regir de nuevo, continuando como quedó.

5: Los gastos de manutención y ordinarios de los hijos corresponderán al cónyuge que los tenga bajo su custodia en el periodo en que se produzcan, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de su abono.

Los gastos fijos mensuales, anuales o de periodos superiores, serán abonados al 50 por ciento por cada uno de los progenitores, acordando entre ellos la forma de compensación o abono.

Los gastos extraordinarios, referentes a salud, educación, actividades festivas, o derivados de motivos similares que sean necesarios o se estimen convenientes por los padres serán sufragados al 50 por ciento por cada progenitor. Caso de no ser necesario el gasto y no existir conformidad entre los progenitores respecto de su conveniencia, serán abonados por el que decida efectuarlos.

Dado que el pago de gastos queda cifrado en la mitad para cada progenitor y que no consta que los salarios de uno y otro sean sustancialmente desiguales, no se estima procedente fijar asignación económica respecto de ninguno de los progenitores.

6: Se atribuye a la madre el uso de la que fue vivienda conyugal, sito en la Calle Bartolomé Esteban, de Teruel.

Décimo: De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dado que la demanda no es íntegramente estimada, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don David Guerrero Perruca contra la

sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel el día 21 de junio de 2011, que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En lugar de lo ordenado en la sentencia anterior, con estimación parcial de la demanda presentada por el recurrente antes citado para modificación de las medidas dictadas en sentencia de divorcio de ambos litigantes dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 2 de Teruel, que fue íntegramente confirmada por sentencia de 24 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Teruel, acordamos que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de ambos litigantes, José, Pilar y David Guerrero Marzo será el de custodia compartida.

Las medidas en que se desarrollará tal régimen serán, en concreto, las siguientes:

1: El régimen de custodia de los menores será el de custodia compartida, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar.

2: Los tres hijos permanecerán una semana con cada uno de los progenitores, a cargo suyo y bajo su custodia durante todo el día, desde el viernes a la hora de salida del centro donde realicen sus estudios hasta igual momento del siguiente viernes, en que se hará cargo el otro progenitor. Caso de ser festivo el viernes, el momento del cambio de progenitor custodio tendrá lugar a las 18 horas del propio viernes.

3: Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana.

4: Las vacaciones escolares de los hijos serán repartidas entre los progenitores por mitad:

Los periodos vacacionales escolares se repartirán, salvo acuerdo en otro sentido, del siguiente modo: en el periodo vacacional de verano, el padre permanecerá con los menores desde la conclusión de clases escolares y el mes de julio en los años pares, y el mes de agosto y hasta la nueva entrada al colegio en septiembre en los años

impares, y la madre permanecerá con los menores de forma alterna a lo expuesto.

Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos mitades. La primera desde el comienzo de las vacaciones hasta el día 31 de diciembre a las 20 horas; la segunda, desde el 31 de diciembre a las 20 horas hasta la reanudación del periodo escolar. Cada uno de los progenitores estará con los hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo, en los años en que la Navidad recaiga en año par, la primera mitad al padre y la segunda a la madre.

Durante el periodo vacacional de semana Santa, los hijos permanecerán con uno solo de los progenitores, con el padre los años pares y con la madre los impares.

Una vez finalizadas las vacaciones, el régimen de estancia establecido en el apartado 2 anterior, empezará a regir de nuevo, continuando como quedó.

5: Los gastos de manutención y ordinarios de los hijos corresponderán al cónyuge que los tenga bajo su custodia en el periodo en que se produzcan, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de su abono.

Los gastos fijos mensuales, anuales o de periodos superiores serán abonados al 50 por ciento por cada uno de los progenitores, acordando entre ellos la forma de compensación o abono.

Los gastos extraordinarios, referentes a la salud, educación, actividades festivas, o derivados de motivos similares que sean necesarios o se estimen convenientes por los padres serán sufragados al 50 por ciento por cada progenitor. Caso de no ser necesario el gasto y no existir conformidad entre los progenitores respecto de su conveniencia, serán abonados por el progenitores que decida efectuarlos.

6: Se atribuye a la madre el uso de la que fue vivienda conyugal, sito en la Calle Bartolomé Esteban, de Teruel.

Tercero: No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y

segunda instancia, ni de las producidas por este recurso de casación.

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

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

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

Lo anterior concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste y su remisión a la Audiencia Provincial de Teruel, expido y firmo la presente en Zaragoza a diecinueve de abril de dos mil doce.

NÚM. 25

S. TSJA 14/2012, de 11 de abril

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Inaplicación del Código civil: Existiendo norma aragonesa reguladora de la asignación compensatoria (art. 83 CDEFA), no son de aplicación los preceptos del Código civil que la parte recurrente cita como infringidos (97, 100, 101 y concordantes). Pedida la extinción de la pensión compensatoria, la norma atinente al caso es el artículo 83.5 CDEFA. Naturaleza: Es de notar que, aunque la asignación compensatoria al cónyuge y la pensión alimenticia a la hija parapléjica de 33 años de edad son instituciones jurídicas de naturaleza y finalidad diferentes, en este caso están íntimamente relacionadas, pues se pretende la extinción de aquella con fundamento en la alteración sustancial de las circunstancias económicas de la perceptora, para lo que las instancias han considerado no sólo los ingresos de ésta, sino también sus gastos. Es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija, porque las consecuencias de la

minusvalía de ésta se han agravado y con ello los gastos precisos para su asistencia, precisando de ayuda de terceras personas, atención que le presta precisamente su madre con la que convive.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 83 CDF, 97, 100 y 101 Cc.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

En Zaragoza, a once de abril de dos mil doce.

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 36/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 27 de septiembre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 343/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 1037/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrente don José Antonio B A, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Ferrer Barceló y dirigido por el Letrado don José Antonio Sánchez Lucán y parte recurrida doña M^a Pilar G A, representada por el Procurador de los Tribunales don José Antonio García Medrano y dirigida por la Letrada doña Beatriz Claramunt Beltrán.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 28 de octubre del 2010, la Procuradora Sra. Ferrer Barceló, en representación de don José Antonio B A, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas definitivas frente a doña M^a Pilar G A y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «dicte sentencia en la que acuerde extinguir y dejar sin efecto la pensión compensatoria para la

Sra. G y la pensión por alimentos para la hija de ambos, María Taida, ambas aprobadas en la sentencia de divorcio de 7 de marzo de 2003».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó, interesando: «se dictase sentencia desestimando la demanda y se acuerde no haber lugar a la modificación de las medidas establecidas en las cláusulas relativas a pensión compensatoria y alimentos del Convenio Regulador aprobado por sentencia de 7 de marzo de 2003. Subsidiariamente y para el caso de que se acordase una disminución en la cuantía de las pensiones fijadas a favor de la demanda y su hija, ésta debería ser atendiendo al porcentaje que se corresponda con la disminución de ingresos».

En otrosí se formuló reconvencción en base a los hechos y fundamentos que consideró oportunos, suplicando: «previos los trámites legales pertinentes, incluidos el recibimiento del pleito a prueba, fije una pensión de alimentos a favor de mi representada de 450€».

Por auto de 17 de diciembre de 2010 se tuvo por contestada la demanda, inadmitiéndose la reconvencción. Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 11 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ferrer Barceló, en nombre y representación de don José Antonio B A frente a doña M^a Pilar G A, debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada por este Juzgado el 7 de marzo de 2003 en autos 177/2003. Con condena en costas a la actora».

Tercero: La representación procesal de la parte actora interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposi-

ción al recurso presentado de contrario. Por Diligencia de ordenación de 15 de junio de 2011 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, Sección Segunda, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 27 de septiembre de 2011, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don José Antonio B A contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza el 11 de abril de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma salvo el apartado referente a las costas de la instancia que se revoca, sin hacer declaración de las mismas. No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Elena Ferrer Barceló, actuando en nombre y representación de don José Antonio B A presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «I. Infracción, en concepto de interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 83 del Código del Derecho Foral Aragonés. Infracción, en concepto de interpretación errónea y aplicación indebida de las normas de derecho común previstas en los artículos 97, 100, 101 y concordantes del Código Civil. II. Vulneración de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asignación compensatoria, su naturaleza temporal o indefinida, su revisión en los casos de variación sustancial de la situación económica de perceptor o pagador, extinción por alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó y cese de la causa que la motivó».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de 21 de diciembre de 2011 admitir a trámite el recurso de

casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para la votación y fallo el día 14 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El demandante instó del Juzgado de Primera Instancia la modificación de las medidas definitivas acordadas en autos de divorcio, concretando su petición en dos puntos: extinguir la pensión compensatoria a favor de la Sra. G, y dejar sin efecto la pensión por alimentos para María Taida, hija de los cónyuges ahora divorciados. Fundaba su pretensión, por una parte, en que sus ingresos se han visto mermados y sus gastos significativamente aumentados como consecuencia de su pase a la reserva; y en cuanto a la pensión compensatoria, teniendo en cuenta que ésta se ha abonado durante un período de diez años, tras el cual la Sra. G ha rehecho su vida con total independencia, demostrando su capacidad para desenvolverse autónomamente.

La sentencia de primera instancia ha desestimado la demanda, al entender que respecto a la pensión compensatoria no se han producido circunstancias relevantes que puedan determinar su extinción, pues la capacidad económica de la Sra. G no ha mejorado, manteniendo su puesto de trabajo y sus retribuciones, mientras que el hecho de pasar el actor a situación de reserva por edad sólo ha significado una reducción de sus ingresos líquidos mensuales, pero mantiene en propiedad una vivienda sita en Jaca, con garaje y trastero, que se le atribuyó libre de cargas en el convenio regulador de separación matrimonial, habiendo además adquirido por título hereditario un patrimonio cuyo valor líquido es de 95.076,78€. Respecto de la pensión alimenticia a favor de la hija común María Taida, las circunstancias económicas de ésta no han mejorado, sino que las consecuencias derivadas de su minusvalía se han agravado y con ello los

gastos precisos para su asistencia, de forma que no puede valerse por sí misma, precisando de ayuda de terceras personas para la mayoría de las actividades básicas diarias, atención que le presta precisamente su madre con la que convive.

La Audiencia Provincial confirma la sentencia de Primera Instancia, salvo en el pronunciamiento relativo a costas de la instancia, respecto de las que no hace imposición. En su fundamentación jurídica mantiene en lo esencial los razonamientos del juez de primera instancia, y explicita que «la hija María Taida, de treinta y tres años, trabajó un mes en 2001, cuatro en 2007 y seis meses en 2008, y como consecuencia de accidente de tráfico sufrido en 1997 presenta paraplejía a nivel D 6, vejiga e intestino neurógenos, síndrome depresivo grave y precisa ayuda de tercera persona para cualquier actividad de la vida diaria y adaptación en su vivienda. Percibe desde abril de 2010 una pensión de invalidez de 509,55€ y vive con su madre». Añade, como razonamientos que avalan el fallo desestimatorio, que la sentencia de divorcio estableció la pensión alimenticia para Taida de 156,11€ mensuales sin perjuicio de las ayudas que ésta pueda percibir, concluyendo que «es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija».

Segundo: El demandante recurre en casación invocando dos motivos. El primero denuncia infracción, en concepto de interpretación errónea y aplicación indebida, del artículo 83 del Código de Derecho Foral Aragonés (en lo sucesivo CDFA), e infracción, en los mismos conceptos, de las normas de derecho común previstas en los artículos 97, 100, 101 y concordantes del Código Civil. El segundo motivo invoca la vulneración de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asignación compensatoria, su naturaleza temporal o indefinida, su revisión en los casos de variación sustancial de la situación económica de receptor o pagador, extinción por altera-

ción sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó y cese de la causa que la motivó.

El recurso se contrae a la pensión compensatoria a favor de la demandada doña M^a Pilar G A, por cuanto termina solicitando de esta Sala que, casando y anulando la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, estime la demanda en lo que se refiere a la pensión compensatoria a favor de aquélla.

Acerca de los motivos del recurso, la Sala ha de hacer las siguientes consideraciones: a) el primero de ellos no deslinda, a lo largo de su desarrollo, el concepto de las infracciones denunciadas, dejando en la indeterminación si la parte recurrente considera aplicable o no el artículo 83 del CDFA y los preceptos del Código Civil invocados; b) si se entiende producida una aplicación indebida de preceptos legales carece de sentido invocar, a la vez, su interpretación errónea, pues sencillamente no debían de ser objeto de interpretación por la Audiencia, al resultar inaplicables al caso; c) el motivo segundo, en cuanto denuncia la vulneración de doctrina jurisprudencial, no tiene en cuenta en su formulación lo dispuesto en el artículo 477.1 de la LEC, que considera como motivos de recurso de casación exclusivamente las infracciones legales; d) en todo caso, habiendo sido admitidos ambos, los dos motivos serán objeto de examen conjunto, en cuanto que el segundo únicamente trata de reforzar con cita jurisprudencial los argumentos expresados para entender infringidas las normas jurídicas.

Tercero: El ordenamiento civil aragonés ha regulado la asignación compensatoria en el artículo 9 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Dicho texto legal ha sido incorporado al CDFA, integrando hoy el contenido de su artículo 83.

En la sentencia de esta Sala 15/2011, de 30 de diciembre, expresábamos: La asignación compensatoria prevista en el artículo 9

de la Ley aragonesa 2/2010 (art. 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».

Existe por tanto norma aragonesa reguladora de la cuestión debatida, cual es la procedencia en derecho de mantener la citada asignación –en los términos en que el derecho civil aragonés se expresa– a favor de la que fue cónyuge del demandante. De ello deriva que no ha existido infracción por aplicación indebida de la ley aragonesa, y que no son de aplicación los preceptos del Código Civil que la parte recurrente cita en el primer motivo.

Fijado así el derecho aplicable, examinaremos seguidamente si la Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia de primera instancia, interpretó erróneamente el precepto aragonés indicado.

Cuarto: La pensión compensatoria de la que aparece como acreedora la Sra. G fue fijada en la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo dictada por el juzgado en fecha de 7 de marzo de 2003, momento en

que era de aplicación la normativa del Código Civil, ante la ausencia de derecho propio de esta Comunidad Autónoma. La sentencia aprobó el convenio regulador de 24 de enero de 2003, la fijó en 624,45 euros mensuales y sin limitación de plazo. Dicha pensión se venía abonando desde la fecha de la separación matrimonial, sucedida en 2001. La cuantía actualizada es de 736,61 euros mensuales.

Como quiera que la pretensión del actor, en su demanda y en el presente recurso, es que se «acuerde extinguir y dejar sin efecto la pensión compensatoria para la Sr. G», la norma atinente al caso es el artículo 83.5 del CDFA, conforme al cual: La asignación compensatoria se extinguirá en los supuestos de nueva convivencia marital del perceptor, alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, la muerte del perceptor, cumplimiento del plazo de duración, así como por el incumplimiento de su finalidad.

De tales supuestos extintivos, se invocan en la demanda dos, cuales son la convivencia marital de la perceptora con pareja estable, y la alteración sustancial de las circunstancias económicas respecto al momento en que la pensión se acordó.

La convivencia marital no se da por probada en las instancias, y a ello hemos de estar en el recurso de casación. La sentencia del juzgado, ratificada en este punto por la Audiencia, expresa –fundamento jurídico tercero– que «refiere el actor igualmente que la demandada tiene en la actualidad pareja estable, pero ni ha resultado acreditada tal supuesta relación sentimental de la Sra. Gan ni mucho menos se ha probado una relación de convivencia marital estable que supondría la supresión de dicha pensión compensatoria».

Las circunstancias económicas concurrentes se describen pormenorizadamente en la sentencia de primera instancia. En ella se explica la situación económica del actor recurrente, quien al pasar a situación profesional de «reserva por edad» ha visto

reducidos sus ingresos líquidos mensuales de 3.300 euros a 2.282 euros. Pero también se expresa que aunque haya perdido el derecho a su vivienda en el pabellón de la Comandancia de la Guardia Civil mantiene en propiedad la vivienda sita en Jaca, con su garaje y trastero, que se le atribuyó libre de cargas en el convenio regulador de separación matrimonial y que es en el que reside actualmente. Añade que no es hecho acreditado que la demandada haya mejorado su situación económica. Y, respecto a la situación de ésta, que convive y atiende a la hija común, refiere las necesidades derivadas de esos cuidados, en los términos que han sido recogidos en el primer fundamento de derecho.

Es de notar que, aunque la asignación compensatoria al cónyuge y la pensión alimenticia a la hija son instituciones jurídicas de naturaleza y finalidad diferentes, en este caso están íntimamente relacionadas, pues se pretende la extinción de aquélla con fundamento en la alteración sustancial de las circunstancias económicas de la perceptora, para lo que las instancias han considerado no sólo los ingresos de ésta, sino también sus gastos.

En el examen de estas circunstancias, la sentencia recurrida concluye afirmando que «es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija», de modo que «la valoración del Juzgador de instancia resulta ponderada a las circunstancias concurrentes».

Esta ponderación, que compete realizar a los tribunales de instancia, no aparece como ilógica o arbitraria, sino ajustada a los hechos probados que no son revisables en casación.

No estimamos infringida la norma contenida en el 83 del CDFa, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

Quinto: En cuanto a costas, procede su imposición a la parte recurrente, cuyas pretensiones son desestimadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1, en rela-

ción con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 36/2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Ferrer Barceló, en nombre y representación de don José Antonio B A, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 27 de septiembre de 2011; con imposición a la parte recurrente de costas devengadas en este recurso.

Contra la presente resolución 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, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NÚM. 26

S. TSJA 15/2012, de 12 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: Reiteración de la doctrina jurisprudencial contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, sobre la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida, opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional. También reitera que la custodia compartida se aplicará siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no se pruebe que en el caso concreto concurren razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general. Periodos de custodia compartida: La solución

adoptada es un régimen de custodia compartida sui generis al no acordar un reparto exactamente igual de la custodia, sino que se amplía el tiempo de permanencia de los niños con el padre: las dos tardes intersemanales se completan con pernocta y el fin de semana alterno que pasan con el padre se extiende al lunes hasta la entrada en el colegio.

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS:
Gastos extraordinarios necesarios: *La contribución de los progenitores, tanto a los gastos ordinarios como extraordinarios necesarios de sus hijos menores, ha de ser proporcional a sus recursos económicos disponibles (art. 82.1 y 82.4 CDFIA). La distribución entre los padres de los gastos extraordinarios debe hacerse en la misma proporción que los ordinarios, de modo que el padre abonará el 75% y la madre el 25%. Ello referido a los extraordinarios necesarios, puesto que para los no necesarios se seguirá el criterio legal.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFIA.

PONENTE: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

En Zaragoza, a doce de abril de dos mil doce.

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 34/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 12 de julio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 259/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 861/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, doña S G H, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada doña Margarita Pomar García y como partes recurridas el Ministerio Fiscal y don J R P, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Vitoria Alebesque y dirigido por la Letrada doña M^a José Andrés García.

Es Ponente la Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 8 de septiembre de 2010 la Procuradora Sra. V A, en representación de don J R P, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda en solicitud de custodia compartida frente a doña S G H y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «1º: Que se atribuya conjuntamente la guarda y custodia de los hijos menores a ambos progenitores con el siguiente plan de relaciones: A) Los hijos menores permanecerán bajo la custodia de cada progenitor por periodos semanales, comenzando el viernes de cada semana desde la salida del colegio. B) El progenitor no custodio podrá estar con sus hijos dos tardes a la semana, los lunes y los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 21,30 horas. C) Los meses de Julio y Agosto cada progenitor tendrá bajo su custodia a los menores por periodos quincenales completos, sin que exista régimen de visitas alguno. 2º: En cuanto a las cargas familiares, cada progenitor deberá satisfacer los alimentos de los menores durante el período que convivan con ellos, sin perjuicio de los gastos extraordinarios, que deberán ser satisfechos por ambos progenitores al 50%, siempre que se hayan adoptado de común acuerdo. 3º: Que, si es de su interés, se atribuya el uso del domicilio familiar a la esposa, abonando a mi representado la cantidad mensual de 300€, en concepto de alquiler. Si no es de su interés, que se proceda a su venta. En otrosí y con carácter subsidiario, caso de no ser concedida la custodia compartida venimos a solicitar la Modificación de Medidas adoptadas en sentencia de 24 de abril de 2009 en el siguiente sentido: 1º. Respecto del régimen de visitas se mantenga el mismo que rige en la actualidad, si bien se amplíe el horario de entrega de los menores hasta las 21,30 horas. 2º. En concepto de pensión por alimentos, se minorice la cantidad mensual en 250€ mensuales, de manera que el padre pase a abonar 456€ (...). 3º. Respecto de los gastos extraordinarios de los menores, se establezca su abono al 50%, siempre que se realicen estando de

mutuo acuerdo ambos progenitores». Por la parte se solicitó la práctica de prueba anticipada.

Segundo: Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada, quien la contestó en forma oponiéndose a la misma y solicitando la práctica de prueba anticipada, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por don J R P contra doña S G H, debo declarar y declaro la plena subsistencia de las medidas adoptadas por Sentencia de Divorcio de fecha 24 de abril de 2009, sin que proceda ninguna modificación en las mismas. No procede imponer las costas de esta instancia a ninguna de las partes».

Tercero: Interpuesto por la representación de don J R P, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, se tuvo por preparado y se emplazó y se dio traslado del escrito de interposición a las partes contrarias, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ésta dictó sentencia de fecha de 12 de julio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don J R P frente a la Sentencia de fecha de 9 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de los de Zaragoza en los autos de Modificación de Medidas núm. 861/10, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de: La guarda y custodia de los menores Alba y Jacobo se otorga de forma compartida a ambos progenitores de la siguiente manera: El padre tendrá a los menores los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o desde las 17,30 horas hasta el lunes a la entrada del mismo, cuando lo haya o entregándolos en el domicilio materno, así como los martes y

jueves desde la salida del colegio o desde las 17,30 horas hasta la mañana del día siguiente a la entrada del colegio o cuando no haya, en el domicilio materno. El resto del tiempo los menores permanecerán con su madre. Las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad se distribuirán en la forma y modo con la que se han venido realizando hasta la fecha, así como las del Pilar. Para atender los gastos de los menores, a excepción de los de alimentación, cada progenitor ingresará mensualmente en cuenta abierta al efecto a nombre de ambos 300 euros el actor y 100 la demandada. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad entre ambos. Se mantienen el resto de medidas que no contradigan lo estipulado en la presente resolución, todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González, actuando en nombre y representación de doña S G H, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal, en los siguientes motivos: 1º) Vulneración de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la LEC. 2º) Vulneración del artículo 469.1.3º de la LEC. 3º) Vulneración del artículo 469.1.4º de la LEC.

En cuanto al recurso de casación, invoca la parte interés casacional por estar fundamentado en norma inferior a cinco años en vigor y lo funda en la infracción del artículo 80.2 y 82.4 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 28 de noviembre de 2011 providencia dando traslado a las partes por diez días a fin de que formularan alegaciones sobre la posible concu-

rrencia de una posible causa de inadmisión de los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal prevista en el artículo 473.2.2º, en relación con el 669.1, 2º, 3º y 4º, ambos de la LEC, por manifiesta falta de fundamento.

Evacuado el trámite anterior se presentaron los oportunos escritos. La representación del recurrente alegó que las infracciones procesales están fundamentadas, al menos con entidad suficiente para ser admitido a trámite el recurso y proceder a su estudio de fondo.

La representación de la parte recurrida alega conformidad con los motivos de inadmisión señalados por la Sala, interesando por ello la inadmisión de los recursos.

Por el Ministerio Fiscal se considera que procede declarar la inadmisión de los tres motivos del recurso por infracción procesal alegados por la recurrente de conformidad con el artículo 473.1.2.º LEC.

Sexto: Por auto de 12 de enero de 2012 la Sala acordó: Primero: 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. Segundo: Inadmitir los motivos de infracción procesal formulados por la representación procesal de doña S G H. Tercero: Admitir a trámite el recurso de casación. Cuarto: Dar el traslado establecido en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento civil a las partes recurridas, para que formalicen su oposición al recurso de casación por escrito, en el plazo de veinte días, y para los demás efectos legalmente prevenidos.

Presentados los escritos de oposición dentro de plazo, por providencia de 17 de febrero se señaló para votación y fallo el día 21 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El primero de los motivos de casación que resultaron admitidos denuncia infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante

C DFA). Argumenta el recurrente que, si bien dicho precepto establece de forma preferente el sistema de custodia compartida, esta preferencia no debe ser aplicada sin más, sino teniendo en cuenta todos los criterios previstos en la ley, en aras a conseguir lo que, siendo más favorable para el niño, ponga a los progenitores en situación de igualdad. A la vista de lo expresado en el informe pericial (que recomendó que se mantuviera el reparto de tiempo existente entre los progenitores) concluye que la sentencia recurrida no ha contemplado el interés de los menores. En especial, indica que la custodia compartida ha de ser perjudicial sobre todo para el menor Jacobo, dadas sus especiales características (trastorno psíquico que le produce una minusvalía del 65%).

En la fundamentación de la sentencia objeto de recurso se hace referencia a una resultancia fáctica de la que hay que partir en esta sede casacional y que en síntesis es la que sigue: En el informe del gabinete psicosocial se destaca que la organización y el reparto del tiempo actual (régimen de visitas amplio) no ha supuesto alteración en las rutinas y hábitos cotidianos del menor Jacobo, quien tiene interiorizada esa dinámica. Se aconseja en dicho informe mantener el actual reparto del tiempo entre los progenitores ampliándose la entrega de los menores hasta las 21 horas. El padre mantiene una actitud general de gran interés y sentimientos afectivos hacia sus hijos, y dispone de los recursos personales y familiares adecuados para atender adecuadamente las necesidades y el desarrollo psicoevolutivo de sus hijos; está facultado por tanto para ejercer la guarda de sus hijos. La hija Alba tiene una clara predisposición a permanecer con su hermano y aboga por un aumento del tiempo de estancia con su padre.

A la vista de todo ello, y teniendo en cuenta que el propio informe psicosocial aconseja la ampliación del régimen de visitas, razona la sentencia impugnada que no existe inconveniente en que se amplíen las estancias que vienen realizándose en la actualidad, de tal manera que los dos días

intersemanales se completen (con pernocta) y en los fines de semana la entrega se realice los lunes por la mañana, lo que a la postre viene a suponer una custodia compartida...

Segundo: Como dijimos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012 con cita de otras precedentes, ... en el precepto del artículo 80.2 del Código Foral, como se ha destacado en ocasiones anteriores (Sentencias de este Tribunal de 8 de febrero de 2011 (recurso de casación 27/2011), 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 17/2011), 13 de julio de 2011 (recurso de casación 8/2011) y 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 13/2011) se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional y de la que se da cuenta en el Preámbulo: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares (...) Lo anterior no tiene un carácter absoluto sino que, como señala la recurrente, se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. La reciente sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), a la que se remite la de 8 de febrero (recurso 27/2011) resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDEFA:

«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 artículo 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 menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)».

En la ya reseñada de 15 de diciembre de 2011 precisamos, también con cita de otras anteriores, que se aplicará la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, y que por tanto la prueba habrá de dirigirse, en su caso, a acreditar que esta última resulta más conveniente o, por lo que acabamos de decir, que en el caso concreto concurren razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general que presume que lo más conveniente para el menor es la custodia compartida.

Tercero: La aplicación de la expresada doctrina al caso que nos ocupa conduce, forzosamente, a la desestimación de este motivo de casación. El examen de la sentencia recurrida, y teniendo en cuenta los criterios expuestos en el fundamento segundo, revela que no concurren en el caso razones que justifiquen hacer una excepción al criterio legal. No es razón suficiente la minusvalía del niño Jacobo a tenor del resultado de la prueba apreciada por el juzgador de instancia y no hay ningún otro elemento (fuera de la opinión subjetiva de la madre) que permita concluir que, en este concreto supuesto, conviene más al interés del menor la custodia individual o el mantenimiento del régimen anterior, más restringido, de permanencia con el padre. Además, la solución que adopta la

sentencia, y si bien es un régimen de custodia compartida sui generis, no se aleja sustancialmente de lo aconsejado por el gabinete (prueba valorada conforme a las reglas de la sana crítica) al no acordar un reparto exactamente igual de la custodia, sino por el método de ampliar un poco más todavía el tiempo de permanencia de los niños con el padre que lo que el informe psicosocial sugería: las dos tardes intersemanales se alargan no ya hasta las 21 horas, sino que se completan con pernocta; y el fin de semana alterno que pasan con el padre se extiende al lunes hasta la entrada en el colegio. Así lo ha resuelto la sentencia y a esa decisión hay que estar, pues nada hay que indique que lo acordado en ella es perjudicial para el menor.

En suma, ninguna vulneración del artículo 80.2 del CDEFA es de apreciar, por lo que este motivo recurso no prospera.

Cuarto: El segundo de los motivos invoca la infracción del artículo 82.4 CDEFA. Este precepto establece que Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. El criterio no difiere del establecido en el apartado primero donde, en relación con los gastos de asistencia en general, se impone la contribución de ambos padres, con sus recursos económicos, proporcionalmente.

La sentencia recurrida dispone una contribución mensual de 300 euros el padre y 100 euros la madre en relación con los gastos ordinarios de los menores (a excepción de los de alimentación). Este pronunciamiento, que no es objeto de recurso, se motiva en el párrafo segundo del fundamento tercero de la sentencia, donde se da cuenta de los parámetros que han sido valorados para determinar este punto del fallo. Sin embargo, la sentencia prevé que los gastos extraordinarios se abonarán por mitad entre ambos.

Ninguna razón hay, y desde luego no se expresa en la sentencia, para apartarse en este punto de la proporción establecida

para los gastos ordinarios, con lo que se infringe la norma del artículo 82.4 citada. En consecuencia, procede estimar este motivo de casación, declarando, tal como solicita el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, que la distribución entre los cónyuges de los gastos extraordinarios debe hacerse en la misma proporción, de modo que el padre abonará el 75% y la madre el 25%. Ello referido a los extraordinarios necesarios, puesto que para los no necesarios se seguirá el criterio legal, es decir que se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

La estimación de este motivo de recurso conduce a la revocación parcial de la sentencia impugnada, en el solo extremo relativo al abono de los gastos extraordinarios de los menores.

Quinto: Al resultar acogido uno de los motivos del recurso de casación, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC.

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

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar en parte al recurso formulado por la Procuradora Sra. Uriarte González actuando en nombre y representación de doña S G H contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha 12 de julio de 2011. En su consecuencia, casamos y anulamos dicha sentencia en el pronunciamiento relativo al abono de los gastos extraordinarios necesarios. En su lugar, acordamos que el padre abonará el 75% y la madre el 25% de los mismos.

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.

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, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

27

NÚM. 27

S. TSJA 16/2012, de 16 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Alimentos legales: *El demandante invocó en su demanda tan solo la regulación de los artículos 142 y ss. del Cc., sin referencia alguna al artículo 69 CDFa, mientras que la Audiencia valoró que la norma aplicable a la reclamación de alimentos era el artículo 69 CDFa. El Tribunal, conforme al principio iura novit curia, debe observar el derecho que crea realmente de aplicación, con ello no se modifica la causa de pedir, porque una y otra norma atienden a igual fundamento de atención de las necesidades alimenticias por parte de familiares, de modo que, aunque se trate de regulaciones distintas, pueden fácilmente solaparse en su aplicación en casos como el presente en que la relación que genera la posible obligación de alimentación es la paterno filial. Pero la aplicación al caso del artículo 69 CDFa es incorrecta porque no se dan sus presupuestos. Régimen especial del deber de crianza y educación: El artículo 69 CDFa establece un régimen especial de observancia de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar; aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegado a la mayoría de edad. Pese a ser mayor o*

emancipado, si se dan los presupuestos de la norma, se mantiene el derecho del hijo, y consiguiente obligación de los padres, de que éstos sufragan su sostenimiento sin necesidad de acudir al régimen general de alimentos. El deber de los padres no cesa, sino que, sin solución de continuidad, sigue vigente a pesar de haber llegado el hijo a la mayoría de edad o de haber obtenido la emancipación. Tal regulación es claramente beneficiosa para los hijos porque, en lugar de tener que acudir al régimen más exigente general de alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento que deriva de la autoridad familiar.

Límites legales: *La situación especial que resulta del artículo 69 CDFa no es indefinida, puesto que terminará una vez que falte uno de los presupuestos que justifican la especialidad (que el hijo no haya terminado su formación y que, además, carezca de recursos propios), o en los demás casos previstos en el propio artículo 69 (que ya no sea razonable su exigencia por haber transcurrido el tiempo normalmente requerido para la formación o que alcancen los 26 años). En tales casos termina la especial prolongación del deber de crianza y educación vinculado a la autoridad familiar; y a partir de ese momento queda salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título: por la vía del régimen general de alimentos y previa acreditación de su situación de necesidad, no imputable a él o causada por su falta de diligencia. Mantenimiento, no constitución ex novo: La norma del artículo 69 CDFa permite el mantenimiento o prolongación de la obligación de sostenimiento vinculada a la autoridad familiar; a pesar de que tal autoridad familiar preexistente haya terminado por la emancipación o mayoría de edad del hijo, pero no permite su constitución ex novo si la prolongación del deber de sostenimiento no tuvo lugar al alcanzar el hijo la mayoría de edad, por su independencia económica.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 69 CDFa, 142 y ss. Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

En Zaragoza, a dieciséis de abril de dos mil doce.

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 37/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 13 de octubre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 375/2011, dimanante de autos de Juicio Verbal 1164/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Trece de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Ángel D D, representado por el Procurador de los Tribunales don David Sanaú Villarroja y dirigido por el Letrado don Alfredo de Ojeda Villarroja, y como parte recurrida don Jorge D R., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rosario Viñuales Royo y dirigido por la letrada doña M^ª de los Ángeles Larrés Omedas.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Rosario Viñuales Royo, actuando en nombre y representación de don Jorge D. R., presentó demanda de Juicio Verbal contra don Ángel Raimundo D. D., en reclamación de alimentos, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinente, terminó suplicando el pago de 300 euros mensuales, cantidad que habría de ser incrementada anualmente con la variación del índice de precios al consumo.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria citándola para juicio, personándose ésta y solicitando prueba, que fue practicada la admitida, y celebrada la vista, se dictó sentencia en fecha de 6 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: Desestimando íntegramente la demanda promovida por la representación procesal de don Jorge D. R., se realizan los siguientes pronunciamientos: PRIMERO: Debo absolver y absuelto al demandado, don Ángel Raimundo D. D., para que no

abone cantidad alguna a su hijo don Jorge D. R. en concepto de pensión de alimentos, al tenerse por extinguida tal obligación por no cumplirse por el momento los requisitos legales: SEGUNDO: Debo condenar y condeno al demandante, don Jorge D. R., al pago de costas procesales derivadas de este procedimiento».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Trece de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó el oportuno escrito de oposición al recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, y admitida la prueba documental aportada por la parte apelante, ésta dictó sentencia de fecha 13 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don Jorge D. R. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 13 de Zaragoza el 6 de abril de 2011, debemos revocar y revocamos la misma parcialmente, y estimando en parte la demanda formulada por dicho recurrente contra don Ángel R. D. D., debemos condenar y condenamos a este último a que satisfaga al actor la suma de 150 euros mensuales en concepto de alimentos, pagadera en los cinco primeros días de cada mes, actualizable anualmente conforme a la variación que experimente el I.P.C., y todo ello sin hacer declaración de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales don David Sanaú Villarroja, actuando en nombre y representación de don Ángel Raimundo D. D., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de Casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición del recurso que basó en infracción del artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior

de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 13 de enero Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso planteado, admitiéndolo a trámite. Conferido traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo hizo dentro de plazo, oponiéndose a dicho recurso.

No habiéndose solicitado por la parte la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 21 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los antecedentes de necesaria referencia para resolución de la reclamación de alimentos que es objeto del presente procedimiento derivan inicialmente, según los hechos considerados probados en las sentencias dictadas en el presente procedimiento, del matrimonio formado por el ahora recurrente don Ángel Raimundo D. D. y doña M^a Carmen R. V., en el que nacieron dos hijos, doña Sara, nacida el día 12 de diciembre de 1991 y don Jorge, nacido el día 25 de junio de 1987, demandante en este procedimiento, y que es ahora parte recurrida.

Con fecha de 27 de noviembre de 2008 se dictó por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza sentencia de disolución por divorcio del matrimonio y se aprobó el convenio regulador presentado por las partes, en el que se incluyó la fijación de pensión de alimentos respecto de la hija doña Sara. En cambio, no se señaló pensión alguna respecto del hijo don Jorge porque éste era independiente económicamente y estaba incorporado al mundo laboral.

A instancia de ambos padres, el día 30 de septiembre de 2009 se dictó por el Juzgado antes citado sentencia de modificación de las medidas definitivas del divorcio que habían sido recogidas en el convenio regulador aceptado por la referida sentencia de 2008. En esta resolución, de nuevo se aprobó, en los términos en que venía redactado,

el convenio suscrito por ambas partes, que contenía diversas modificaciones respecto del convenio regulador inicial, pero sostenía la ausencia de pago de pensión alguna respecto del hijo don Jorge.

Previos los antecedentes citados, el hijo don Jorge presentó con fecha 8 de octubre de 2010 la demanda rectora de este procedimiento en reclamación a su padre de la cantidad de 300 euros mensuales en concepto de alimentos con base en la regulación prevista en los artículos 68, 142, 143, 146 y 148 del Código Civil (CC en adelante).

Desestimada íntegramente la demanda por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza el día 6 de abril de 2011, el demandante interpuso contra ella recurso de apelación, que fue resuelto por la Sentencia ahora recurrida dictada el día 13 de octubre de 2011 por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estimó parcialmente el recurso presentado, por aplicación del artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante) y condenó al demandado a abonar al demandante la suma de 150 euros mensuales en concepto de alimentos.

Segundo: El único motivo del recurso de casación planteado por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que le condena al pago de pensión por alimentos a su hijo demandante, se fundamenta en la infracción del artículo 69 del CDFA, con base en tres submotivos: 1^o, que el demandante no argumentó en su favor en el momento de interponer su demanda con arreglo a la regulación del artículo 69 CDFA observado por la sentencia recurrida, sino a la del artículo 142 y concordantes del CC; 2^o, que la previsión del artículo 69 CDFA regula la prórroga o mantenimiento de obligación, pero no la imposición de una obligación que había dejado de existir; y 3^o, que en cualquier caso no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 69 del CDFA para establecer a favor del hijo y a cargo del padre recurrente la obligación de pago de pensión por alimentos.

Tercero: Respecto del primer submotivo, esto es, que no cabe entrar a valorar la aplicación del artículo 69 CDFA cuando el demandante invocó a su favor en la demanda tan solo la previsión del artículo 142 del CC, sin referencia alguna al CDFA, debe considerarse que, dentro de la obligada congruencia que en la jurisdicción civil deben tener, salvo excepciones que no son al caso, las decisiones judiciales con las peticiones de las partes y la causa de sus pretensiones, el Tribunal debe observar, conforme al tradicional principio acuñado bajo la expresión «iura novit curia», el derecho que sea realmente de aplicación, puesto que así lo ordena el artículo 218, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resulta del correcto entendimiento de la efectividad de la tutela judicial interesada.

En este caso, no cabe estimar que se modificara la causa de pedir esgrimida por el demandante cuando la sentencia recurrida valoró que la norma aplicable a la reclamación de alimentos era el artículo 69 CDFA y no el artículo 142 CC que servía de base a la demanda, y del que no hace mención alguna la sentencia, porque una y otra norma atienden a igual fundamento de atención de las necesidades alimenticias por parte de familiares, de modo que, aunque se trata de regulaciones distintas, pueden fácilmente solaparse en su aplicación en casos como el presente en que la relación que genera la posible obligación de alimentación es la paterno filial.

En consecuencia, no cabe considerar que la sentencia infringiera uno u otro artículo por el hecho de decidir, de oficio, cuál de ambos preceptos es de aplicación preferente, por lo que el submotivo primero de casación debe ser desestimado.

Cuarto: El segundo submotivo del recurso de casación se funda en la alegación de que la sentencia recurrida infringió el artículo 69 CDFA, ya que considera el impugnante que no es de aplicación en este caso a la obligación de pago de pensión por alimentos, porque la finalidad perseguida por tal norma es la de prorrogar o mantener una obligación y no la de imponer una obligación nueva.

El artículo 69 CDFA, incluido en la Sección Primera del Capítulo II del Libro I, destinada a la regulación de los principios generales del deber de crianza y autoridad familiar, establece un régimen especial de observancia de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar, aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegado a la mayoría de edad, en los siguientes términos:

«1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo de veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

De modo que, aun siendo ya el hijo titular de los derechos y obligaciones que comporta la plena adquisición de capacidad de obrar y libertad de actuación correspondiente a haber alcanzado la emancipación o mayoría de edad, sin embargo se mantiene su derecho, y consiguiente obligación para los padres, de que éstos sufraguen su sostenimiento. Para que esta situación especial llegue a producirse debe darse la concurrencia de los presupuestos previstos en tal norma, esto es, que el hijo no haya terminado su formación y que, además, carezca de recursos propios. Presentes tales presupuestos, la norma aragonesa no exige acudir al régimen general de alimentos, sino que, respecto de los gastos de crianza y educación, ordena literalmente que «se mantendrá el deber de los padres de costearlos».

Tanto del encuadre sistemático del artículo 69 CDFA en el ámbito de las relacio-

nes derivadas de la autoridad familiar, como del empleo específico en el precepto de las expresiones «al llegar» y «se mantendrá», resulta la conclusión de que la obligación de los gastos por parte de los padres no cesa, sino que, sin solución de continuidad, sigue vigente a pesar de haber llegado el hijo a la mayoría de edad o de haber obtenido la emancipación.

Tal regulación es claramente beneficiosa para los hijos que alcanzan la mayoría de edad o la emancipación porque, en lugar de tener que acudir al régimen más exigente general de alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento que deriva de la autoridad familiar. Ahora bien, esta situación no es, sin embargo, indefinida, puesto que terminará una vez que falte uno de los presupuestos que justifican la especialidad, o en los demás casos previstos en el propio artículo 69 CDEFA (que sea razonable su exigencia por tiempo normalmente requerido para la formación o que alcancen los 26 años).

Bien si se incurre en falta de los presupuestos precisos, bien se den las razones para término del específico régimen de alimentos del artículo 69 CDEFA, el efecto es el mismo, de extinción del derecho y correlativa obligación de alimentos, especialmente mantenidos porque, aunque nacieron en el seno de la autoridad familiar, fueron prolongados a pesar que tal autoridad familiar preexistente ya había terminado. En consecuencia, a partir del momento en que deje de ser de aplicación la obligación de sostenimiento vinculada a la autoridad familiar que terminó, no cabe entender ya la prolongación o mantenimiento que prevé el texto legal. En tal caso, quedará a salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título, como también prevé de modo específico el mismo artículo 69 CDEFA, párrafo segundo, al dejar a salvo la posibilidad del hijo de reclamar por la vía del régimen general de alimentos.

Por tanto, cuando la sentencia recurrida declaró el nacimiento de la obligación prevista en el artículo 69 CDEFA en este

caso, en el que la prolongación de la autoridad familiar no había tenido lugar al alcanzar el hijo la mayoría de edad, por su independencia económica, hizo una incorrecta aplicación de tal norma, que permite el mantenimiento o prolongación de tal obligación pero no, como se hizo en la sentencia recurrida, su constitución ex novo, después de haberse acabado el último vínculo del mayor de edad con la autoridad familiar.

Quinto: Excluida la posible aplicación del artículo 69 CDEFA, la resolución de la cuestión litigiosa debe atender a las previsiones contenidas en el artículo 142 y siguientes del CC, reguladores del régimen general de alimentos entre parientes, lo que exige una detenida valoración tanto de la prueba directa aportada por quien pretende los alimentos como de las evidencias que puedan ser reveladas por signos externos o comportamiento social (en términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1982) para entender, primero y principalmente, si está presente en el caso el presupuesto exigido por tales normas de considerarlo en la situación de necesidad exigida para fundamentar su reclamación. Si falta tal acreditación, no procederá el señalamiento de la deuda alimentaria, tal y como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de febrero de 2000, que denegó pensión de alimentos porque la demandante en aquel procedimiento «(...) no ha probado que su nueva vida esté desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinado supuesto, de la instrucción cultural y profesional; y, sobre todo, no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar, dado o circunstancias, se vuelve repetir, que no se dan el presente caso, o por lo menos no se han constatado».

Doctrina que, en su aplicación al caso presente, da lugar a considerar como datos de relevancia que el reclamante de alimentos terminó su trabajo por no llegar a un acuerdo económico con el empresario, no porque fuera resuelta unilateralmente la relación laboral por el empleador. No se ha concretado en el procedimiento a qué pudo deberse la falta de acuerdo, para poder valorar si es que no hubo ninguna opción razonable que el demandante hubiera podido aceptar, y este importante dato es cuestión sobre el que el demandante pudo alegar y probar, siendo imposible hacerlo para el demandado, por lo que la falta de acreditación sobre cuál fuera realmente el motivo que determinó el cese de la relación laboral sólo al propio demandante puede perjudicar, por aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Similar consideración cabe hacer sobre la posibilidad de acreditación no cumplida por parte del demandante, de que no percibe prestación o auxilio en forma de ayudas sociales para desempleados, y para quienes han agotado la protección por desempleo, como de modo específico se tuvo en cuenta en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y que es dato esencial si se tiene en cuenta que al constituirse la litis, cuando la demanda es presentada el día 8 de octubre de 2010, el demandante percibía el subsidio de desempleo por importe de 426 euros.

Al lado de la anterior falta de acreditación, son hechos probados que el demandante compró y tenía a su disposición desde el año 2008 un ciclomotor. Aun contando con tal medio de locomoción propio, y estando en situación de desempleo desde el día 5 de diciembre de 2009 subsidiada por la prestación hasta el 19 de enero de 2011, decidió adquirir el día 1 de junio de 2010 un vehículo turismo marca y modelo Renault Mégane, matriculado el año 2006. Se desconoce el importe abonado por tal compra, puesto que no ha sido facilitado por el demandante, pero es notorio que con el precio pagado podrían ser cubiertas un elevado número de mensualidades de 150 euros cuyo pago reclama

ahora, sin contar, por demás, con los gastos que el uso y mantenimiento de un vehículo turismo conlleva, y que aquí se añaden a los más reducidos, pero también presentes, por el uso del ciclomotor.

Al no constar indicio alguno que permita considerar justificado que la adquisición del turismo fuera necesaria para el trabajo, no cabe sino concluir que ninguna utilidad tuvo tal compra, salvo la del disfrute personal del demandante. El desembolso que la compra del nuevo vehículo supuso, junto con la decisión que conlleva de asunción de los nuevos gastos, se compadece mal con la alegación del demandante de que tenga necesidad real para proveer a su alimentación y sostenimiento diario, como reclamó en la demanda presentada el día 8 de octubre de 2010, tres meses después de adquirir el nuevo vehículo.

Por último, debe destacarse que el propio demandante manifestó en el juicio oral celebrado que la petición de alimentos la efectuaba realmente, no para él, sino para su unidad familiar, esto es, para el sostenimiento del hogar que forma con su madre y su hermana, lo cual no cabe admitir como causa para establecer en su favor pensión de alimentos, por tratarse de cuestión ya resuelta, y por acuerdo de sus progenitores, en el procedimiento que se sigue en el Juzgado de Familia que conoce del divorcio de sus padres.

Las circunstancias acreditadas, contradictorias con que exista realmente una necesidad de alimentos personal del demandante, unidas a la omisión probatoria que correspondía al propio actor practicar sobre extremos tan relevantes como el motivo por el que terminó su relación laboral o si percibe subsidio o auxilio social conducen a considerar, finalmente, que no puede darse por cierto que exista la situación de necesidad que sostiene, no imputable a él o causada por su falta de diligencia, por lo que no procede estimar su reclamación en tal sentido.

Sexto: Por tanto, el submotivo segundo de casación es estimado, procediendo ca-

sar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que revocó la resolución desestimatoria de la demanda, con los pronunciamientos a ello inherentes.

La estimación del anterior submotivo de recurso por ser de aplicación el artículo 142 CC, impide entrar a resolver el submotivo tercero, pues su fundamento, relativo a si se daban o no los presupuestos exigidos por el artículo 69, es subsidiario a que se reconozca de aplicación tal norma que, finalmente, no se estima ahora relevante para resolver la petición de alimentos hecha.

Séptimo: De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dado que la demanda es finalmente desestimada procede imponer su pago al demandante, por aplicación del artículo 394 de la misma Ley.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Primerο: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ángel D. D. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha de 13 de octubre de 2011, que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En su lugar se estará a la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado acordada por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza el día 6 de abril de 2011.

Tercero: Se imponen a la parte demandada las costas causadas en primera y segunda instancia, sin hacer expresa imposición de las causadas en el presente recurso de casación.

Cuarto: Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente,

con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

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

NÚM. 28

S. TSJA 17/2012, de 18 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *Esta Sala ya ha destacado en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDEFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. La doctrina jurisprudencial la contiene la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que aquí se reitera. Prueba de que la custodia individual es más conveniente: Siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y solo entonces se otorgará. En el presente caso, apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija, por lo que debe estarse a esta última. El régimen legal preferente es la custodia compartida por lo que no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente, permite alterar dicho régimen legal.*

Derecho transitorio: *En materia de guarda y custodia son dispares los principios inspiradores del Código civil y del Derecho aragonés. Ante la innovación introducida por la Ley 2/2010 respecto del régimen preferencial del Cc., la DT 1ª (6ª del CDFA) otorgó a la petición de custodia compartida el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas, incluso de mutuo acuerdo, respecto de la guarda y custodia. Este cauce de revisión permitía solicitar la custodia compartida en el plazo de un año desde su entrada en vigor para todas las medidas adoptadas con anterioridad sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. La revisión se permite porque en el régimen anterior la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los menores, a diferencia de la regulación actual.*

Periodos de custodia compartida: *A salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guarda y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente. Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de periodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común. Los períodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 80, DT 6ª CDFA.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

En Zaragoza, a dieciocho de abril de dos mil doce.

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 31/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 3 de mayo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 49/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 378/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don Aníbal, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Domínguez Arranz y dirigido por el Letrado don Manuel Gómez Palmeiro, y como parte recurrida doña Candelaria, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pedraja Iglesias y dirigida por el letrado don Antonio Bueso Alberdi, siendo parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Juana María Gálvez Almazán, en nombre y representación de don Aníbal, presentó demanda de modificación de medidas adoptadas en divorcio y que se refiere a la guarda y custodia compartida de la hija menor, con los efectos inherentes a la misma, en base a los hechos y fundamentos expresados, para terminar suplicando se dicte «sentencia por la cual se modifiquen las medidas que en su día se acordaron en el procedimiento de divorcio y se apruebe las que se proponen en esta demanda sin perjuicio de que puedan adoptarse otras parecidas que se consideren más adecuadas para la menor, e imponiendo las costas a la parte demandada si se opusiera a la misma, con todo lo demás que en Derecho proceda».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por 20 días, compareciendo ambos dentro de plazo, y oponiéndose la primera, se señaló para la vista que se celebró con el resultado que obra en las actuaciones. El Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel dictó sentencia en fecha 23 de diciembre de

2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Gálvez Almazán debo acordar el mantenimiento de las medidas establecidas en la Sentencia de Divorcio de Mutuo Acuerdo de fecha 18 de mayo de 2007: Sin hacer mención alguna en materia de costas».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, presentando ambos escrito de oposición al recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel y comparecidas las partes, previa deliberación y votación, se dictó sentencia en fecha de 3 de mayo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLAMOS, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación presentado por don Aníbal, contra la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Teruel en los autos de modificación de medidas de divorcio seguidos con el número 378/2010 y como consecuencia: 1º: Debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente: 2º: Declaramos no haber lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Juana María Galvez Almazán, actuando en nombre y representación de don Aníbal, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de Casación contra dicha sentencia y, una vez se tuvo por preparado, se interpuso en tiempo y forma basándolo en los siguientes motivos: «1º: Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, entendiendo infringida la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, Ley 2/2010 de

26 de mayo de las Cortes de Aragón y en particular el artículo 6 de dicha ley. 2º: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC se denuncia infracción por falta de aplicación de la disposición transitoria primera, apartado 1 de la Ley de Igualdad, ley 2/2010 de 26 de mayo. 3º: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC alegando la infracción del apartado 2 por falta de aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley de Igualdad, Ley 2/2010 de 26 de mayo de las Cortes de Aragón».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 4 de enero Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso planteado, admitiéndolo a trámite. Conferido traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo hizo dentro de plazo, tanto la parte demandada, que se opuso al recurso, como el Ministerio Fiscal, que manifestó que procedía la estimación del primer motivo de recurso y desestimación de los otros dos.

No solicitaron las partes la celebración de vista, y, no considerándose necesaria por la Sala, se señaló para la votación y fallo el día 21 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben citarse los siguientes:

1: Actor y demandada contrajeron matrimonio el 8 de mayo de 1999, del que nació una hija, María, el 12 de agosto de 2002.

2: Por sentencia de 27 de junio de 2006 el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel decretó la separación de los cónyuges aprobando las medidas propuestas de común acuerdo, en concreto la relativa a la guarda y custodia de la hija común, que se adjudicaba a la madre.

3: El esposo presentó demanda de divorcio en la que solicitó la custodia com-

partida de la niña por períodos de seis meses cada uno de los progenitores. El procedimiento, tramitado inicialmente como contencioso, continuó de mutuo acuerdo cuando los padres presentaron convenio a tal fin, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel de 18 de mayo de 2007 concedió el divorcio de los cónyuges y aprobó la propuesta de convenio regulador formulado de común acuerdo, que igualmente atribuía a la madre la guarda y custodia de la hija.

Segundo: La demanda inicial del procedimiento del que trae causa el recurso que ahora se resuelve fue promovida como modificación de medidas, para su tramitación por el cauce del artículo 775 en relación con los artículos 770 y siguientes LEC. En cuanto al fondo el demandante fundaba su solicitud en el artículo 91 del Código civil, en su previsión de modificación de las medidas acordadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, y en el artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, argumentando que su Disposición Transitoria primera permitía solicitar la custodia compartida revisando los convenios adoptados bajo la legislación anterior si se hacía dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigor de la ley. Con la demanda aportó la propuesta de relaciones familiares para que se otorgara la custodia a la madre desde el 1 de febrero hasta el 31 de julio de cada año, y al padre desde el 1 de agosto hasta el 31 de enero siguiente.

En su contestación a la demanda opuso la representación de la madre que no se había producido la alteración sustancial de las circunstancias exigida por el artículo 91 del Código civil, y que la entrada en vigor de la Ley 2/2010 sin haberse producido la alteración sustancial de las circunstancias no permitía la modificación solicitada.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda argumentando en su fundamento segundo lo siguiente:

«Segundo: Pues bien, habrá de acreditar la parte peticionaria que se ha produci-

do una modificación sustancial o relevante que le permita obtener lo peticionado.

Por ello hemos de partir de un hecho importante, cual es que el régimen de custodia materna fue pactado en convenio por los padres, observándose igualmente que la madre realizó una cesión importante en materia económica. No hay que olvidar que el padre ha estado satisfaciendo a favor de la hija una cantidad de 100 euros actualizada que se antoja mínima para su desarrollo, sin que sea dable el argumento de que la madre no le ha pedido una mayor contribución.

La madre ha enfocado su vida en interés de su hija, modulando así sus horarios de trabajo, posibilitándole una mejor atención a fecha de hoy respecto de la menor.

A la fecha de realización del convenio (año 2007) ya existía la posibilidad de haber pactado una custodia compartida y los hechos antes señalados denotan que el padre no puso el debido interés en ello.

Que existen buenas relaciones entre los padres, y según los testigos deponentes observan como el padre puede utilizar la hora del desayuno para poder llevar a su hija al colegio, o al menos verla. Que también la recoge en distintas ocasiones a la salida del mismo, a las 13:30 horas.

Que no han existido unas conversaciones previas, que pudiera haber posibilitado una extensión del régimen de visitas y se ha planteado el tema de la custodia compartida, básicamente con el argumento de que ha sido regulada por la legislación aragonesa pretendiendo extender dicha figura.

Pero también tal legislación hace referencia al cambio relevante de circunstancias en el caso que nos ocupa, sin que sean de advertir las mismas».

Esta sentencia fue íntegramente confirmada por la de la Audiencia Provincial de 3 de mayo de 2011, afirmando en su fundamento primero:

«Primero: Se alza la parte apelante contra la decisión del juzgador de instancia

por considerar que procede el establecimiento de la custodia compartida interesada por el sólo hecho de haber entrado en vigor la Ley Aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares, ante la ruptura de la convivencia entre los padres, que autoriza la revisión judicial de las decisiones judiciales anteriores sobre tal custodia.

Se alega que en tales casos no puede servir como criterio el utilizado en la sentencia, para desestimar la demanda, pues la base de la decisión no puede ser que no haya habido una alteración sustancial de las circunstancias.

Sobre el particular, para resolver la cuestión, conviene decir lo siguiente.

En primer lugar, que la Ley autoriza un procedimiento de revisión, pues nos hallamos frente a decisiones acordadas por resolución judicial firme.

Pero, y esto es esencial, no impone necesariamente una decisión de revisión a favor del progenitor que solicite una custodia compartida.

Corresponde por tanto valorar al tribunal al que se someta la revisión si procede mantener lo acordado con anterioridad o modificar el régimen de custodia según lo interesado.

También cabe recordar, que en la valoración de la idoneidad del régimen de custodia establecido en la resolución judicial que se pretende revisar; el procedimiento de determinación no es el mismo, según se trate de un proceso de mutuo acuerdo o contencioso. Pues en el primer caso, en el proceso de valoración son los cónyuges los que determinan qué es lo más conveniente, al margen de cualquier criterio de preferencia legal o jurisprudencial. Mientras que en caso de resolución contenciosa el proceso de valoración es estrictamente judicial, y se decide con criterios legales y jurisprudencial.

Con ello se quiere poner de manifiesto, que en casos como el presente, la decisión de custodia se adoptó de mutuo acuerdo, la revisión de la valoración en la determi-

nación del régimen de custodia difícilmente se justifica, pues ha sido adoptada en términos de igualdad entre los esposos quienes determinaron y valoraron cuál era la mejor decisión, pudiendo haber acordado en tal momento una custodia compartida o no.

Partiendo de lo anterior, no podría criticarse que la concreta revisión del régimen de custodia exija la prueba y determinación de que no ha habido una modificación sustancial de las circunstancias que lo justifique, cosa que como bien dice la sentencia no ha ocurrido, y esta afirmación no se discute por la vía del recurso de apelación.

Pero, no obstante ello, aunque apreciáramos la posibilidad de autorizar la modificación, al margen de lo anterior, lo cierto es que las previsiones de la Ley se formulan en abstracto; es decir, es criterio preferente, conjugando el principio de igualdad entre los progenitores y el superior interés del menor la fijación de una custodia compartida. Pero ello no significa, y repetimos, que la revisión prevista obligue a aplicar dicha abstracción automáticamente al caso concreto. Es en el caso concreto sometido a revisión en el que ha de determinarse conjugando ambos principios que lo mejor tras la separación de los cónyuges es que el régimen de custodia compartida en los términos que concretamente se proponen es adecuado y lo mejor para el menor y la familia.

Y es en este punto donde no existe prueba alguna que permita acreditar que el régimen que se propone es lo más adecuado y mejor que el régimen que el menor viene cumpliendo, con origen en la inicial valoración acordada por ambos esposos. Pues ninguna prueba, se ha practicado al respecto, que permita valorar que la propuesta de estricta igualdad, desde una perspectiva objetiva, técnica, prudente y razonable, conjugada con el concreto interés del menor y el de ambas familias, sea igual o mejor que el régimen actual, el que por ahora no ha ofrecido dificultad alguna.

Por ello este Tribunal rechaza toda propuesta de interpretación que establez-

ca la equivalencia entre solicitud de revisión y necesaria concesión de la custodia compartida, si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia, lo que evidentemente no ocurre en el presente caso, pues no se ha practicado prueba alguna ni propuesta de plan satisfactorio alguno, pues de accederse a lo solicitado, aplicando en abstracto el criterio de la ley, implicaría sustraer al menor del marco de convivencia ordinaria más conveniente, e imponerle un nuevo modo de vida, y una nueva ruptura drástica de su modo de vida ordinaria, por el sólo hecho de haber entrado en vigor la Ley Aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares, lo que nos conduce a la idea de un igualitarismo atroz que poco casa con la idea de la decisión judicial basada en la justicia y la prudencia, máxime tratándose de objetos jurídicos tan delicados, como los propios del derecho de familia, en los que se barajan no sólo los intereses sino los afectos personales y está en juego el desarrollo integral de un menor, especialmente en casos como el presente, en el que existe un largo periodo de adaptación a la ruptura de la convivencia entre los progenitores, sin incidencias (cinco años)».

Tercero: El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón (hoy art. 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFA), porque esta norma –afirma el recurrente– establece la custodia compartida como regla general y la custodia individual como excepción, no de forma automática obligatoria pero sí con carácter preferente, salvo que la custodia individual sea más conveniente, solo cuando se acredite que es la solución más conveniente en interés del menor, para lo que deben ser valorados los seis puntos del apartado 2 del citado precepto. Afirma el recurrente que la sentencia del Juzgado no tuvo en cuenta tales aspectos y que se han producido dos cambios importantes, el primero la edad de la hija, de 8 años y medio en el momento del recurso, y el segun-

do la modificación legislativa, que considera trascendente.

Como decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), esta Sala ya ha destacado en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

La sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«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 artículo 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 menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)».

Cuarto: La sentencia recurrida, confirmando el criterio señalado por el Juzgado, afirma que «no existe prueba alguna que permita acreditar que el régimen que se propone es lo más adecuado, y mejor que el régimen que el menor viene cumpliendo... Pues ninguna prueba se ha practicado al respecto, que permita valorar que la propuesta de estricta igualdad, desde una perspectiva objetiva, técnica, prudente y razonable, conjugada con el concreto interés del menor y el de ambas familias, sea igual o mejor que el régimen actual, el que por ahora no ha ofrecido dificultad alguna».

Se exige así en este caso concreto que quien propugna el cambio de la custodia individual por la custodia compartida pruebe que ésta resulta más conveniente para el menor («... si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia»). Pero ya dijimos en la sentencia de 15 de diciembre de 2011 (recurso 17/2011) en un supuesto similar, en el que no se había practicado prueba de informes ni se había oído al menor (de 9 años de edad), que «la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor».

Por ello, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y solo entonces se otorgará. En el presente caso recoge expresamente la sentencia del Juzgado que existen buenas relaciones entre los padres y que, según los testigos que depusieron en el acto del juicio, el padre podía utilizar la hora del desayuno para llevar a su hija al colegio y que la recogía en distintas ocasiones a la salida del mismo. Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar

el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija.

Quinto: La sentencia recurrida, como expresamente recogía también la del Juzgado, liga su criterio de no revisar el régimen de custodia individual con el hecho de que el mismo fue establecido de mutuo acuerdo por los progenitores, por lo que habría de acreditar el padre que se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en aquel momento, y al no haber sucedido así estima que no hay causa que justifique el cambio.

El recurrente afirma, por el contrario, que en el año 2007 la hija del matrimonio tenía algo menos de cinco años y que él inició el procedimiento solicitando la custodia compartida pero, teniendo en cuenta la excepcionalidad de este régimen en el Código civil, aceptó la custodia de la madre con un amplio régimen de visitas. Y además, que la ley aragonesa no exige un cambio sustancial en las circunstancias para la modificación a favor de la custodia compartida, al ser éste el régimen legal preferente y permitir la revisión la Disposición Transitoria primera de la Ley 2/2010.

El Ministerio Fiscal, tras recoger, en apoyo de la estimación del motivo primero del recurso, los criterios de aplicación de la Ley 2/2010 sentados por esta Sala que abonan el criterio legal preferente de la custodia compartida, aprecia también que la actual edad de la menor, nueve años, es una modificación evidente y que la demanda se presentó dentro del año previsto por la disposición transitoria primera de la ley, así como que del hecho de que los padres acordaran en el año 2007 la custodia individual solo puede extraerse la consecuencia de que consideraron que era lo mejor para su hija en aquel momento, teniendo en cuenta su edad, entonces de cuatro años.

Como señala la reciente sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2012 (recurso 29/2011), con cita de la de 9 de febrero de 2012 (recurso 26/2012), «son dispares los principios inspiradores del Código Civil y

de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo», «de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres». El Código Civil (art. 92) parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Contrasta esta regulación con la aragonesa de la Ley 2/2010, que establece como preferente la custodia compartida, y señalábamos en la referida sentencia: «Ante la innovación que introdujo en Aragón la ley citada respecto del régimen preferencial del Código Civil antes aplicable también en Aragón, la propia norma aragonesa, en la Disposición Transitoria Primera, otorgó a la petición de aplicación de su régimen el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas respecto de la guarda y custodia, y ordenó que las revisiones que se hicieran de los convenios reguladores o de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se sujetaran a las disposiciones contenidas en ella».

La posibilidad ofrecida por la Disposición transitoria primera se configura así como un cauce de revisión que, evidentemente, no supone una causa de revisión automática y obligatoria, como también reconoce el recurrente, pero permitía solicitarla en el plazo de un año para todas las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. El legislador aragonés parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permitía

que fueran sometidas a revisión aquellas medidas con sujeción, naturalmente, a la adecuada valoración de las circunstancias por parte de los tribunales.

En el presente caso, como se ha expuesto, se recoge la inicial aptitud de ambos progenitores para la custodia y guarda de la menor y no se ha practicado prueba alguna en sentido contrario. Las consideraciones de la sentencia recurrida, que no valoraciones de prueba, no tienen en cuenta que el régimen legal preferente es la custodia compartida y que no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente, permite alterar dicho régimen legal. Como indicábamos en la citada sentencia de 9 de abril de 2012 (recurso 29/2011): «De modo que, se concluye, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última».

En consecuencia, el motivo primero del recurso debe ser estimado.

Sexto: Estimado el primer motivo del recurso, no es preciso el examen de los otros dos dirigidos a la interpretación que debe darse a la Disposición transitoria primera de la Ley 2/2010. No obstante, ya se han efectuado en los fundamentos anteriores las consideraciones necesarias sobre el sentido de la indicada disposición en el presente caso, que permite el estudio de la revisión de la medida relativa a la custodia de la hija sin necesidad de una previa consideración sobre la alteración de las circunstancias. Y, como señala el Ministerio Fiscal, las sentencias de primera instancia y de apelación no negaron la posibilidad de revisión de las medidas al amparo de la disposición transitoria sino que precisaron que la previsión legal no implicaba necesariamente el cambio de custodia, en lo que también estaba de acuerdo el recurrente, por lo que no se ha producido infracción de la disposición transitoria.

Séptimo: Deben concretarse ahora, por la estimación del recurso, las medidas específicas que deben ser observadas por los progenitores, sobre la base de la custodia alterna en períodos de seis meses propuesta por el padre en el plan de relaciones familiares aportado con la demanda, sin perjuicio de su modificación por ambos si así lo estiman conveniente.

1: Se adopta para la menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, y a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guardia y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente.

Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común.

2: En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, cada uno de los progenitores, en el semestre en el que la guarda corresponda al otro, podrá relacionarse con la hija en fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo.

Si el fin de semana se prolongase por razón de puente, la menor permanecerá en compañía del progenitor con el que se encuentre durante el mismo.

Podrá, además, relacionarse con la hija un día entre semana durante la época escolar desde la salida del colegio hasta las 9 horas del día siguiente. Sin perjuicio de ampliar algún día más o modificar estas visitas en función de las posibilidades de los padres y sin alterar el régimen de vida de la niña.

Durante el curso escolar las festividades entre semana, salvo las que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente entre el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad.

Los períodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades.

Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor podrá estar con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.

Los periodos vacacionales mencionados interrumpirán la alternancia de los fines de semana. Tras su finalización, se reanudarán conforme al orden establecido.

3: No se fija pensión de alimentos para la hija dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención, alojamiento, de bolsillo, etc., durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios (gastos de Colegio, comedor, APAs, gastos por actividades de la hija, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos, ropa y equipación, etc., y en general los gastos ordinarios derivados de la educación del hijo) deben ser satisfechos por ambos progenitores proporcio-

nalmente a sus recursos económicos (art. 82.1 CDFA).

Los gastos extraordinarios necesarios se pagarán en proporción a los recursos económicos disponibles de los padres. Los extraordinarios no necesarios en función de los acuerdos a que lleguen los progenitores y, en su defecto, los abonará el progenitor que haya decidido el gasto (art. 82.4 CDFA).

Octavo: De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas, sobre materia recientemente legislada y de complejidad fáctica y jurídica, tampoco se hace declaración de condena en las mismas conforme al artículo 394.

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

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Aníbal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de 3 de mayo de 2011, que casamos y dejamos sin efecto.

Segundo: Con estimación parcial de la demanda presentada por el recurrente para modificación de las medidas dictadas en sentencia de divorcio entre ambos litigantes de 18 de mayo de 2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 2 de Teruel, en relación con las mismas acordamos lo siguiente:

1: Se adopta para la menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, y a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guardia y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el trein-

ta y uno de julio de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente.

2: En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, cada uno de los progenitores, en el semestre en el que la guarda corresponda al otro, podrá relacionarse con la hija en fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo.

Si el fin de semana se prolongase por razón de puente, la menor permanecerá en compañía del progenitor con el que se encuentre durante el mismo.

Podrá, además, relacionarse con la hija un día entre semana durante la época escolar desde la salida del colegio hasta las 9 horas del día siguiente. Sin perjuicio de ampliar algún día más o modificar estas visitas en función de las posibilidades de los padres y sin alterar el régimen de vida de la niña.

Durante el curso escolar las festividades entre semana, salvo las que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente entre el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad.

Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor podrá estar con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.

Los periodos vacacionales mencionados interrumpirán la alternancia de los fines de semana. Tras su finalización, se reanudarán conforme al orden establecido.

3: No se fija pensión de alimentos para la hija dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención, alojamiento, de bolsillo, etc., durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios (gastos de Colegio, comedor, APAs, gastos por actividades de la hija, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos, ropa y equipación, etc., y en general los gastos ordinarios derivados de la educación del hijo) deben ser satisfechos por ambos progenitores proporcionalmente a sus recursos económicos.

Los gastos extraordinarios necesarios se pagarán en proporción a los recursos económicos disponibles de los padres. Los extraordinarios no necesarios en función de los acuerdos a que lleguen los progenitores y, en su defecto, los abonará el progenitor que haya decidido el gasto.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, satisfaciendo cada parte las suyas.

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

Hágase entrega al recurrente el depósito constituido. 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.

ejecución de la fiducia o de su extinción (art. 448.1 CDFa). La razón se encuentra en el hecho de que el nombramiento de fiduciario es un negocio que no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio (señalar la dirección del fenómeno sucesorio) sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia. No se aplica, por tanto, la regla general del artículo 321.1 CDFa. Si no hay todavía ejecución de la fiducia ni extinción de la misma, no hay delación y nadie puede aceptar o repudiar la herencia del comitente, por lo que si el único descendiente común y único posible beneficiario del cumplimiento de la fiducia fallece en esa situación, como nada ha adquirido en la herencia del comitente, no puede transmitir a sus herederos el ius delationis respecto de dicha herencia (art. 354 CDFa).

EXTINCIÓN: Muerte del único descendiente común: *Si la fiducia no llegó a ejecutarse por haber fallecido el único descendiente común, ciertamente aquella no alcanzó el fin para el que se constituyó, no produjo efectos definitivos, pero aquella circunstancia extrínseca y sobrevenida no transformó en inválido un encargo fiduciario originariamente válido y que desplegó efectos hasta que devino ineficaz. De ningún modo podrían reputarse inválidos los actos de administración o de disposición que la viuda fiduciaria hubiera podido realizar de conformidad con lo previsto en los artículos 449 y ss. del CDFa. La fiducia existió y continuaba viva en el momento en que se produjo el fallecimiento del único descendiente común. Al morir el único posible beneficiario, la fiducia se extingue y la determinación del heredero del comitente ha de hacerse de conformidad con las normas de la sucesión legal.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 321, 342, 448 y 354 CDFa.

PONENTE: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

En Zaragoza, a treinta de mayo de dos mil doce.

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 5/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 16 de noviembre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 481/2011, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 411/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Caspe, en el que son partes, como recurrente, doña M^a Aurelia B. L., representada por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri y dirigida por el Letrado don Miguel Ángel Ibáñez Fandos, y como parte recurrida doña María C. O., representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Postigo Redondo y dirigida por el letrado don Valentín Romero Garcés.

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Cortés Acero, actuando en nombre y representación de doña María Aurelia B. L., presentó demanda de juicio ordinario contra doña María C. O. en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que, previos los trámites legales, incluida la solicitud de prueba, se dicte sentencia por la que: «1: Se declare heredera de don Luis L. A., de conformidad con la Ley de Sucesiones de Aragón, a doña María Aurelia B. L.: 2: Se declare nula por contravenir el ordenamiento jurídico la escritura de declaración por notoriedad de herederos abintestato, otorgada ante el Notario de Pina de Ebro, doña Cristina de Miguel Aubán, el 12 de Abril de 2010, bajo el número 150 de su protocolo».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda, lo que hizo dentro de plazo, solicitando que, previos los trámites legales, «dicte sentencia que desestime la

demanda declarando que es mi representada la única heredera abintestato de don Luis L. A., condenando a la demandante a estar y pasar por tal declaración, condenando en costas a la actora».

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 1 de Caspe, dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimo la demanda presentada por doña María Aurelia B. L. contra doña María C. O.: Respecto a las costas al haber sido desestimada la demanda corresponde a doña María Aurelia B. L. el pago de las mismas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Cortés Acero en nombre y representación de doña María Aurelia B. L., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Caspe, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia de fecha 16 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLO: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. doña Inmaculada Cortes Acero, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día diecisiete de mayo de dos mil once por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Caspe (Zaragoza), cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada: Dése al depósito el destino legal».

Quinto: La representación legal de doña María Aurelia B. L. presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en la infracción de los artículos 28 y 133 de la Ley de Sucesiones de Aragón y del 1006 del Código Civil. Una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por interpuesto,

acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 1 de marzo de 2012 Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto y dar traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 9 de mayo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Don Luis L. A. y su esposa doña María C. O. otorgaron en fecha de 15 de marzo de 1993 testamento en cuya cláusula tercera se establecía: «se nombran igualmente fiduciarios para que el sobreviviente de ellos, mientras se conserve viudo, pueda disponer libremente de sus propios bienes, de los del premuerto y de los consorciales de ambos, entre sus descendientes comunes, en una o más veces, ya sea por actos inter vivos o mortis causa». Y en su cláusula cuarta: «para el caso de que el sobreviviente de los testadores no hiciera uso de la facultad fiduciaria contenida en la cláusula precedente, instituyen heredero a su hijo José Luis L. C., sustituyéndole en caso de premoriencia sus descendientes».

Don Luis L. A. falleció el día 7 de enero de 2008. Unos meses después, el 25 de octubre de 2008, falleció su hijo, habiendo instituido heredera testamentaria a su esposa María Aurelia B. L. (ahora actora) y sin haber dejado descendencia. En el momento del fallecimiento de don José Luis la fiducia no había sido ejecutada.

Se postuló en la demanda que se declarase heredera de don Luis L. A. a doña María Aurelia B. L., y asimismo que se declarase nula la escritura de declaración por notoriedad de herederos abintestato otorgada ante el notario de Pina de Ebro el 12

de abril de 2010 bajo el núm. 150 de su protocolo. La pretensión, como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta sentencia, fue desestimada.

Segundo: En el presente recurso, aunque con no muy depurada técnica casacional, se invoca infracción de los artículos 28 y 133 de la Ley 1/1999 de 24 de febrero de sucesiones por causa de muerte (en adelante, Lsuc.) actualmente artículos 343 y 448 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) y del artículo 1.006 del Código civil.

Es el citado artículo 133 de la Lsuc. el que se ha aplicado en la sentencia impugnada. Allí se dispone que a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción. Para la fiducia, pues, se introduce una salvedad a la regla general que consagra el artículo 6.1 Lsuc. (actual 321.1 CDFA) y su razón se encuentra, como pone de relieve la doctrina científica, en el hecho de que el nombramiento de fiduciario es un negocio que no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio (señalar la dirección del fenómeno sucesorio) sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia.

La aplicación de dicho precepto ha sido errónea en tesis del recurrente, quien aduce que el precepto es para el supuesto de extinción y de ejecución de la fiducia y en este caso ni se da lo uno ni lo otro.

Así es, en efecto. Pero lo relevante es que si no se da ni una ni otra circunstancia, no hay delación, y eso es precisamente lo que ha llevado a la desestimación de la demanda, de modo que el aserto referido resulta inconducente.

Se arguye por la representación de doña María Aurelia que al fallecer el único descendiente común, la fiducia no existió y quedó ineficaz, alegación esta última en la que ya se insistió en el recurso de apelación, reprochando a la sentencia que diera a la fiducia por válida y eficaz, aun cuando era de imposible cumplimiento. En otros

pasajes del recurso se alude también a la ineficacia del testamento, afirmando que su contenido era perfectamente eficaz y válido en tanto en cuanto sobreviviera el único hijo común. No es así. Si la fiducia no llegó a ejecutarse por haber fallecido el único descendiente común, ciertamente aquella no alcanzó el fin para el que se constituyó, no produjo efectos definitivos, pero aquella circunstancia extrínseca y sobrevinida no transformó en inválido un encargo fiduciario originariamente válido y que desplegó efectos hasta que devino ineficaz. De ningún modo podrían reputarse inválidos los actos de administración o de disposición que la viuda hubiera podido realizar de conformidad con lo previsto en los artículos 449 y ss. del CDFa.

La fiducia, es decir, la atribución que don Luis hizo a su esposa de la facultad de ordenar su sucesión, existió y en el momento en el que se produjo el fallecimiento de don José Luis continuaba viva, ya que el encargo hecho por el comitente –que como se ha indicado no adolecía de vicio o irregularidad alguno– estaba vigente al ser la única fiduciaria la esposa –que no había perdido tal condición– y, por tanto, con posibilidad de ser ejecutado. Puesto que en ese estado de cosas murió el único posible beneficiario, a la determinación del heredero de don Luis L. A. hubo de llegarse de conformidad con las normas reguladoras de la sucesión legal. La previsión de la cláusula cuarta del testamento, y dado que el nombramiento de la fiduciaria era de por vida dada su condición de cónyuge (art. 444.2 CDFa) sólo podía operar para el caso de que aquella falleciera (o no se conservase viuda, conforme a lo allí previsto) sin haber hecho uso de la facultad que se le confirió.

Tercero: La sentencia recurrida, tras señalar que resulta de aplicación al caso el artículo 133 de la Lsuc. razona que... al tiempo de fallecer el hijo, no se había agotado la fiducia otorgada a favor de su madre (...) no se había ejecutado ni extinguido la fiducia y por tanto la herencia del fallecido esposo no se había deferido a favor del hijo. La fiducia todavía estaba den-

tro de plazo para poder ser ejecutada y por tanto no se había producido la delación de la herencia, abriéndose en tal caso la sucesión legal respecto de los bienes del fallecido hijo...

Con independencia del lapsus que da lugar a esta última expresión, pues es evidente que no se ha planteado en el pleito cuestión alguna en torno a los bienes del hijo (de hecho, en el recurso no se hace mención alguna a este error) resulta forzoso reconocer que la primera parte del razonamiento, que conduce por sí a la confirmación de la sentencia de instancia, es impecable y se ajusta por completo a la norma citada.

Cuarto: El artículo 28 Lsuc. no se menciona en la sentencia y no resulta de aplicación a la situación de hecho, puesto que regula los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia, actos que no pueden llevarse a cabo sino una vez que ha tenido lugar la delación. Ninguno de los dos actos se realizaron en el caso, ni ello hubiera sido posible ya que, ha de reiterarse, no hubo delación a favor de don José Luis. De ello es consciente la recurrente y, quizá por eso alude en el recurso a la retroacción de la herencia, expresión con la que parece sostener que en el caso la sucesión se deferiría a la muerte del padre, pues razona así: ... una vez cumplido el encargo y aceptada la asignación que fuere por el llamado a la sucesión, los efectos de esta aceptación deben ser asumidos por el beneficiario desde el instante del fallecimiento del causante, aunque la delación se entiende hecha en el momento del encargo fiduciario o desde su extinción, y entretanto la herencia se considera en situación de herencia yacente (...). Debe retrotraerse la herencia al momento del fallecimiento de don Luis L. A., ya que el testamento devino ineficaz al no poderse cumplir la fiducia por fallecimiento del único descendiente, y hasta el óbito de éste, la fiduciaria no había ejercitado el encargo del testamento... Pero no tiene razón. La situación en la que se encontraba la herencia –pendiente de asignación– no era exactamente la de la herencia yacente, ya que en ella hay

unos llamados determinados, lo cual no sucede en el caso de la fiducia. Repetiremos que en el caso no se cumplió el encargo, ni por tanto tuvo lugar la aceptación de la asignación. La fiduciaria no había ejecutado el encargo, pero –habremos de insistir en ello– podía aún hacerlo en virtud del testamento, que era válido y eficaz, y puesto que no había perdido su condición de fiduciaria.

Quinto: Es consecuencia de todo lo anterior que el artículo 1.006 del Cc cuya infracción asimismo se denuncia no resulta de aplicación. No sólo porque el supuesto de hecho que contempla (la transmisión del derecho a aceptar o repudiar) es objeto de regulación en el CDFa (art. 354) sino porque se refiere al heredero. Pero como ha quedado expuesto, en la fiducia nadie es llamado a la herencia hasta que la misma no se ejecuta, a diferencia de lo que ocurre con el fideicomiso del Cc (art. 784) donde el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador aunque muera antes que el fiduciario.

En definitiva, puesto que ningún derecho hereditario llegó a adquirir don Luis L. C., nada pudo transmitir a su esposa y heredera.

Por todo ello, el recurso perece.

Sexto: De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de casación procede imponer a la recurrente el pago de las costas causadas en su tramitación.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña M^a Aurelia B. L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta de fecha 16 de noviembre de 2011.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por este recur-

so de casación, con pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Líbrense a la mencionada Audiencia la 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.

NÚM. 30

S. TSJA 22/2012, de 6 de junio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: La Audiencia, al argumentar que la petición de custodia compartida del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar su plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en previsiones y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención del hijo, infringe la preferencia legal por la custodia compartida del artículo 80.2 CDFa. El informe pericial propone el sistema de custodia compartida, lo que acredita la capacidad del padre. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, mientras no se pruebe lo contrario.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFa.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de

casación e infracción procesal número 3/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 13 de octubre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 301/2011, dimanante de autos de Divorcio 1081/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Roberto A. P., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Fabro Barrachina y dirigido por el Letrado don Fernando Baringo Giner, y como parte recurrida doña Gemma S. B., representada por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Carmen Ibáñez Gómez y dirigida por la letrada doña M^a Asunción Rodríguez Benejam, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Fabro Barrachina, actuando en nombre y representación de don Roberto A. P., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha de 13 de octubre de 2011, que casamos y, en su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

31

NÚM. 31

S. TSJA 23/2012, de 4 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Extinción por superar los límites legales: En la fecha de apertura del proceso la hija mayor tenía 25 años si bien al dictarse la sentencia de la Audiencia ya ha cumplido los 26 años, por lo que ha quedado extinguido el deber del padre de sufragar sus gastos de crianza y educación, conforme al artículo 69 CDFA. El principio procesal de la «perpetuatio iurisdictionis», así como los principios de congruencia y rogación, no pueden ser con-

templados de forma rígida en los procesos de familia en los que se ventilan derechos e intereses relativos a hijos menores de edad, pues durante el procedimiento se producen modificaciones en la edad y condiciones de los hijos que resultan relevantes para la decisión a adoptar (art. 752.1 Lec.). Para decidir sobre el mantenimiento de la pensión hay que atender a la evolución de su formación. Antes de cumplir los 26 años había perdido el derecho a la pensión por haber concluido su formación académica.

Alimentos legales: La hija menor, de 21 años de edad al tiempo de interposición de la demanda, había obtenido en 2009 una titulación de grado medio y en 2010 accedió al mercado laboral. En el curso 2011-2012 se ha matriculado en otro módulo de grado medio complementario del ya realizado. La hija mayor contaba con 25 años de edad al interponerse la demanda y había obtenido una formación académica que la capacita para ejercer una profesión o encontrar trabajo, pero se ha matriculado en la carrera de ciencias empresariales. Completada su formación la obligación de los padres de costear sus gastos de crianza y educación se extingue (art. 96 CDFA). Las circunstancias personales (síndrome depresivo, trabajo precario) no determinan que renazca el derecho a la pensión como medida derivada del proceso de separación de sus padres. Si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, la propia hija podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y ss. Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 69 CDFA, 752.1 Lec.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

En Zaragoza, a cuatro de julio de dos mil doce.

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 7/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 31 de enero de 2012, recaí-

da en el rollo de apelación número 432/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 818/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca, en el que son partes, como recurrente, doña Lourdes P. M., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Patricia Andrea González y dirigida por la Letrada doña Carmen Gutiérrez Cabrero, y como parte recurrida don Ignacio B. L., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigido por la letrada doña Lourdes Guillén Figuerola.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña M^a del Mar Pascual Obis, actuando en nombre y representación de don Ignacio B. L., presentó solicitud de Modificación de Medidas Definitivas contra doña Lourdes P. 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 modificando las medidas en el siguiente sentido: «1: Se declare extinguida y se suprima la pensión por alimentos establecida a favor de las hijas de mi mandante, o, subsidiariamente, se fije un término, no superior a tres meses para que se extinga: 2º: Se declare extinguido el derecho de uso del inmueble, que fuera el domicilio familiar, a favor de las hijas (y la esposa), o subsidiariamente se fije un término, no superior a tres meses para que se extinga: 3º: Se condene en costas a la demandada si se opusiere». Proponiendo la práctica de prueba.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda, lo que hizo, dentro de plazo, solicitando que, previos los trámites legales, incluido el recibimiento a prueba, se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda presentada, con condena en costas a la parte actora.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «PARTE DISPOSITIVA: Que debo estimar y estimo en parte la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Pascual Obis, en nombre y representación de don Ignacio B. L., siendo parte demandada doña Lourdes P. M., y en consecuencia procede modificar las medidas acordadas en el Convenio Regulador del Divorcio aprobado en sentencia de fecha 1 de junio de 2001, dictada por este mismo Juzgado en los Autos de Divorcio de Mutuo Acuerdo número 158/2001 en los siguientes términos:

1º: Se declaran extinguidas y se suprimen las pensiones por alimentos establecidas a favor de las hijas Lucía y Lourdes.

2º: Se mantiene el uso del domicilio conyugal por la esposa y las hijas hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en la que se extinguirá el citado uso y se procederá conforme a la cláusula decimocuarta del Convenio Regulador aprobado en Sentencia de 1 de junio de 2001.

3º: Se mantienen el resto de las estipulaciones del Convenio.

4º: No procede hacer expresa imposición de costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Barrio Puyal en nombre y representación de doña Lourdes P. M., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, y admitidos los documentos aportados, dictó sentencia de fecha 31 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLAMOS: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada, Lourdes P. M., contra la sentencia referida, que revocamos parcialmente en el siguiente sentido: queda suprimido el

apartado 3º del fallo de la sentencia apelada relativo a la extinción del uso del domicilio conyugal. Confirmamos el resto de sus pronunciamientos: No hacemos especial declaración sobre las costas de esta alzada. Disponemos asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir».

Quinto: La representación legal de doña Lourdes P. M. presentó en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial de Huesca escrito interponiendo recurso de casación, que basó en: «Primero: La sentencia recurrida infringe por aplicación indebida el artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón. (Antiguo artículo 66.1 de la ley aragonesa 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, ley con menos de cinco años de vigencia, y sin existir doctrina jurisprudencial del TSJA sobre el alcance de la obligación de alimentos alcanzada la mayoría de edad del alimentista, establecida en esta Ley)».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecieron las partes, haciéndolo don Ignacio B. L. representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Uriarte González, según designación apud-acta, y doña Lourdes P. M., representada por la Procuradora Sra. Andrea González, igualmente por designación apud-acta.

En fecha de 12 de abril de 2012 la Sala dictó Auto en el que se acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación y admitirlo a trámite, dando traslado del recurso a la otra parte, que se opuso al recurso.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la votación y fallo el día 13 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Para la resolución del recurso de casación son relevantes los siguientes hechos y actos, que resultan de las instancias:

1) Los cónyuges don Ignacio B. L. y doña Lourdes P. M., que habían contraído matri-

monio el día 2 de abril de 1983, se separaron en abril de 2001, obteniendo sentencia de separación de fecha 1 de junio de 2001.

2) De dicho matrimonio nacieron dos hijas llamadas Lucía y Lourdes B. P. La primera, nacida el 23 de agosto de 1985, obtuvo el título de Diplomado en Relaciones Laborales por la Universidad de Zaragoza, y en el curso 2008-2009 realizó un Máster en Prevención de Riesgos Laborales. La segunda, que contaba 21 años de edad al tiempo de interposición de la demanda, obtuvo en el año 2009 la titulación de Técnico de Artes Plásticas y Diseño, módulo de Grado Medio, y se incorporó al mercado laboral en el año 2010, realizando trabajo a tiempo parcial por el que percibía 372 euros netos al mes.

3) En fecha de 21 de octubre de 2010, don Ignacio B. L. interpuso ante el juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca demanda en solicitud de modificación de medidas definitivas que habían sido acordadas en resolución de 1 de junio de 2001, instando la extinción de la pensión por alimentos establecida a favor de sus citadas hijas, además de otros extremos que no interesan en este recurso. Dicha demanda se tuvo por admitida a trámite por Decreto de 13 de diciembre de 2010.

4) El Juez de Primera Instancia dictó sentencia de 13 de junio de 2011 por la que, estimando en parte la demanda, declaró extinguidas las pensiones por alimentos establecidas a favor de las hijas Lucía y Lourdes, manteniendo el uso del domicilio conyugal por la esposa e hijas hasta el día 31 de diciembre de 2012.

5) Interpuesto recurso de apelación por la representación de la demandada doña Lourdes P. M., dicho recurso fue resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de enero de 2012, que mantuvo el pronunciamiento de primera instancia respecto a la extinción de las pensiones por alimentos, pero revocó parcialmente la sentencia impugnada y suprimió el apartado tercero del fallo, relativo a la extinción del uso del domicilio conyugal.

6) Contra dicha sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación por la representación de doña Lourdes P. M., invocando como único motivo la infracción, por aplicación indebida, del artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón –en lo sucesivo CDEFA–, antiguo artículo 66.1 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de las Cortes de Aragón, sobre derecho de la persona.

No habiendo interpuesto recurso la representación del demandante, el pronunciamiento relativo al uso del domicilio que fue conyugal ha adquirido firmeza, por lo que el objeto del presente recurso de casación se contrae a examinar si la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha infringido, por aplicación indebida, el precepto legal citado, en lo referente a la extinción de las pensiones alimenticias que habían sido reconocidas a favor de las hijas del matrimonio en la sentencia de separación conyugal.

Siguiendo el orden expositivo enuncia-do por la parte recurrente, se examinará el motivo distinguiendo la aplicación de la norma a las circunstancias concurrentes en cada una de las hijas del matrimonio.

Segundo: Consta en autos, según se ha expresado en el razonamiento anterior, que la hija mayor del matrimonio llamada Lucía B. P., había nacido el día 23 de agosto de 1985. Al tiempo de interposición de la demanda y de su admisión a trámite contaba con 25 años de edad.

La sentencia de primera instancia estima la pretensión del actor, que insta se declare extinguida y se suprima la pensión por alimentos señalada para ella, con fundamento en que dicha hija había obtenido una formación académica que «la capacita sin ninguna duda a ejercer una profesión o encontrar un trabajo», de forma que el hecho de que posteriormente esté cursando estudios superiores, en concreto la carrera de ciencias empresariales, no es motivo para la continuidad de dicha pensión «pues no puede continuarse con una obligación cuando el alimentista ya está en disposición de encontrar un empleo de su

formación o de otra y de independizarse y emanciparse de sus padres» (fundamentos de derecho Segundo).

La sentencia de la Audiencia, respecto de dicha hija mayor, confirma el pronunciamiento de primera instancia, y lo hace con la siguiente fundamentación jurídica: En primer lugar, aceptando y dando por reproducidos los fundamentos de derecho que contiene la sentencia apelada, en relación a ella (fundamento de derecho primero); y en segundo lugar, expresando que «como ya ha cumplido los veintiséis años de edad, ha quedado extinguido el deber del padre de sufragar sus gastos de crianza y educación, sin perjuicio del derecho de la hija a reclamar alimentos, conforme al artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón» (fundamento de derecho segundo).

La parte recurrente en casación, al desarrollar el motivo en cuanto concierne a la hija mayor, denuncia la infracción de las normas sobre preclusión, aun sin citarlas expresamente, manifestando que la sentencia recurrida no entra en el fondo del asunto, y que Lucía hasta que cumplió los veintiséis años tenía ese derecho a la pensión, por lo que debía revocarse la sentencia de instancia por lo menos con esa limitación en el tiempo. En todo caso sostiene que se ha aplicado indebidamente la norma denunciada y procede el mantenimiento de la pensión alimenticia.

Tercero: El recurso de casación, en cuanto referido a la pensión alimenticia para Lucía B.P., no puede ser estimado.

El principio procesal de la «perpetuatio iurisdictionis» (perpetuación de la jurisdicción), se refiere no sólo a las circunstancias que determinan la competencia de un órgano jurisdiccional al tiempo de constituirse la relación jurídico procesal, sino también al objeto del proceso, en cuanto ha de negarse eficacia a las variaciones que introduzcan las partes después de iniciado el procedimiento sobre el estado de los hechos, personas o casos contemplados en la demanda y contestación, confor-

me al principio «*lite pendente nihil innovetur*» (litigio pendiente, nada se innove) y a la prohibición de modificar el «*thema decidendi*» (objeto a decidir). Por ello no cabe modificar los términos de la demanda –prohibición de la «*mutatio libelli*» (cambio de la petición), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1997–, ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia, pues «*pendente appellatione nihil innovetur*» (pendiente la apelación, nada se innove) –Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1181/2006, de 17 de noviembre, y las que en ella se citan–. Y conforme al principio de congruencia y rogación, el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y los planteamientos de las partes, de conformidad con la regla «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*» (el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes).

La ley procesal fija el componente fáctico del debate procesal en el momento en que se produce la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso –art. 222.2, segundo párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, lo que acació cuando dicha joven tenía 25 años de edad. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que en materia de derecho de familia, en la que se ventilan derechos e intereses relativos a hijos, el criterio de la fijación de los hechos a la fecha de apertura del proceso no puede ser contemplado de forma rígida, al producirse modificaciones en la edad y condiciones de los hijos que resultan relevantes para la decisión a adoptar. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio, realiza una exégesis del artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la luz de la jurisprudencia constitucional relativa a los intereses de orden personal y familiar de los menores, indicando que el citado precepto consagra el principio de perpetuación de la acción, el cual «tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa», indicando que en procesos relativos a menores en que ha de buscarse siempre el interés de

éstos, «es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Y la sentencia de dicho tribunal 721/2011, de 26 de octubre, con ocasión de abordar –y desestimar– un recurso extraordinario por infracción procesal, recordaba que «en los procesos sobre menores, el art 752.1 LEC establece que «(...) se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento» (énfasis añadido). Los cambios que se producen en este tipo de litigios a lo largo de las diferentes instancias y la necesidad de ajustarse a la realidad para poder tomar la mejor decisión fueron las razones que introdujeron esta modalidad en este tipo de procedimientos, por lo que no debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 460 LEC, que se considera violado, sino el artículo 752.1 LEC citado».

Dicho criterio jurisprudencial, aun limitado en su aplicación a procesos en los que se ventilan los intereses de menores de edad, puede ser trasladable al de autos, en el que el objeto del proceso radica en determinar la procedencia de mantener una pensión alimenticia a favor de los hijos, después que éstos hayan cumplido la mayoría de edad, para lo cual puede atenderse a la modificación de las circunstancias que se produce como consecuencia de su evolución formativa.

Pero, en todo caso, la sentencia de la Audiencia Provincial no desestimó el recurso de apelación en su momento interpuesto por el mero hecho de que Lucía hubiera cumplido los 26 años de edad, por cuanto comienza su fundamentación aceptando los argumentos jurídicos de la sen-

tencia de primera instancia que, como hemos reseñado, expone las razones por las que dicha hija mayor había perdido el derecho a la pensión antes de cumplir dicha edad, al haber concluido su formación académica, encontrándose en disposición de incorporarse al mercado laboral.

Cuarto: La sentencia recurrida no infringe el artículo 69 del CDFA al confirmar la supresión de la pensión alimenticia establecida a favor de la hija mayor del matrimonio Lucía B. P., sino que aplica correctamente a los hechos comprobados la consecuencia jurídica contemplada en dicha disposición.

En efecto, resultando acreditado que la citada había cursado estudios universitarios hasta obtener una diplomatura y realizar un máster, lo que la capacitaba para el ejercicio de una profesión, a partir de la fecha de conclusión de estos estudios –y, desde luego, en la fecha de interposición de la demanda– dejó de tener derecho a dicha pensión en los términos establecidos en la sentencia de separación conyugal de sus padres. Como ha expresado esta Sala en sentencia de 30 de noviembre de 2011, interpretando el artículo 66 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, el Preámbulo de dicha ley evidencia la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66, lo que en el texto del precepto se concreta «en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos mas allá de la mayoría de edad: que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios. Y, aun concurriendo tales circunstancias, existe todavía una doble limitación: que sea razonable mantener la exigencia del cumplimiento de la obligación, y que, temporalmente, sea normal el tiempo empleado para llegar a obtener la formación».

Quinto: Tampoco puede prosperar el recurso relativo a la situación de la hija menor del matrimonio, Lourdes B. P. Según se ha expuesto precedentemente, consta acreditado que ésta, de 21 años de

edad al tiempo de interposición de la demanda, había obtenido en el año 2009 una titulación de Técnico de Artes Plásticas y Diseño, módulo de Grado Medio, y que en febrero de 2010 accedió al mercado laboral. Según la parte recurrente, en el curso 2011-2012 se ha matriculado en un módulo de Grado Medio complementario del que ya había realizado.

De todo ello se desprende que al tiempo de la reclamación judicial, por interposición de la demanda rectora del presente proceso, había completado su formación profesional, por lo que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 69.1 del CDFA para mantener la obligación del padre de costear los gastos de crianza y educación. Como dijimos en la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 2011, citando otras anteriores, manteniendo el criterio de la excepcionalidad de la exigencia de pensión por alimentos respecto de hijos mayores de edad, «en atención a esta excepcionalidad, la realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aun iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no había de significar una obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, de modo que no se imponía al recurrente más allá del límite de su finalización en el tiempo razonablemente requerido o, como límite final, la edad de 26 años».

La concurrencia de otras circunstancias personales que se ponen de relieve en el desarrollo del motivo de recurso, en cuanto a la existencia de un síndrome depresivo y de haber conseguido únicamente un trabajo precario del que obtenía escasa retribución, no determina que renazca el derecho a la pensión como medida derivada del proceso de separación de sus padres. A partir de este momento, si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, la propia hija podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

Sexto: La desestimación del único motivo de recurso conduce a la confirmación

de la sentencia recurrida, si bien la concurrencia de dudas de derecho en el caso enjuiciado determina la no imposición de las costas devengadas en el recurso, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el artículo 394, al que remite el anteriormente citado, para apreciar que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares, y es de advertir que en la sentencia de esta Sala de 31 de marzo del presente año confirmamos una sentencia en la que, en caso similar, se había suspendido –no suprimido– el derecho del menor a la pensión alimenticia, solución que fue considerada ajustada al ordenamiento jurídico.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Lourdes P. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de 31 de enero de 2012.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Decretamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Librese a la mencionada Audiencia la 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.

NÚM. 32

A. TSJA de 4 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de competencia funcional: *El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal (no acompañado de recurso de casación foral) por error patente, arbitrariedad e irracionalidad en la valoración de la prueba, pero con sustento en un precepto sustantivo (art. 82 CDFA) que, en realidad, pretendía una valoración de la prueba distinta, sin demostración de que la efectuada en la sentencia recurrida hubiera sido efectivamente irracional, arbitraria o absurda. La Sala debe abstenerse de conocer del presente recurso, por falta de competencia funcional, al ser competente el TS (art. 56.1º LOPJ). Al haber ya sido interpuesto el recurso procede, conforme al artículo 62 Lec., abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 82 CDFA, 62 y DF 16ª Lec., 56.1º LOPJ.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

NÚM. 33

S. TSJA 24/2012, de 5 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *La sentencia reitera la doctrina legal contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. Prueba de que la custodia individual es más conveniente: La preferencia legal por la custodia compartida puede excepcionarse siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. La adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés*

general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto. Valoración de la prueba practicada: Para la acreditación de las circunstancias concurrentes, no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hecho concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta, se emite dictamen por expertos. Junto a ellos, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real. Factores para excepcionar la custodia compartida: Las sentencias de instancia razonaron la adopción de la custodia individual en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del artículo 80.2 CDFA y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisprudencial de instancia comprende.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 13/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 21 de febrero de 2012, recaída en el rollo de apelación núm. 622/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 262/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don José Ignacio G. R., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz García Escudero Domínguez y dirigido por el Letrado don Eduardo J. Giménez Vergara, y como parte recurrida doña Elvira Guadalupe D.

P., representada por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Ángeles Ruiz Viarge y dirigida por la letrada doña Margarita Blanco Abilla, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ignacio G. R. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 21 de febrero de 2012 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

NÚM. 34

S. TSJA 25/2012, de 11 de julio

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Por razón de la cuantía: Aun habiendo sido interpuesto el recurso de casación por interés casacional, pero con defectuosa argumentación del mismo, se admite porque, siendo la cuantía superior a los 3000 euros, se permite su acceso sin necesidad de otra argumentación (art. 2.1 Ley 4/2005). El legislador aragonés ha querido expresamente que se utilice el recurso de casación en el mayor número posible de litigios sobre Derecho civil aragonés (Preámbulo Ley citada), para propiciar la creación de la jurisprudencia que complementa nuestro ordenamiento civil. Lo establecido en el artículo 2.2 permite la admisión del recurso cuando la cuantía resulte superior a la cantidad indicada, aun no acreditado suficientemente el interés casacional.

84: SERVIDUMBRES: EN GENERAL:
Cita del 568 CDFA en vez del 147 Comp.:
El texto del artículo 147 Comp., que era el vigente en el momento de la interposición de

la demanda, es el mismo que ahora ha sido incorporado en el artículo 568 CDFa, y la cita de éste en el motivo del recurso de casación como precepto infringido debe ser referida al artículo 147 Comp., permitiendo con tal salvedad el estudio del motivo del recurso. Presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto: Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario (436 Cc.), y si bien la posesión iniciada en concepto de titular de un derecho real de servidumbre puede convertirse en un momento posterior en una posesión en precario (inversión posesoria), tal mutación deberá ser acreditada o, en su caso, solicitar la extinción de la servidumbre ya innecesaria.

USUCAPIÓN: Inexistencia de incongruencia: La sentencia no es incongruente por estimar que determinados actos no son eficaces para la adquisición del dominio por usucapión y, sin embargo, lo son para adquirir por usucapión una servidumbre de paso. En ambos casos se exige un animus o intención distintos: hacer suya la cosa para la propiedad (art. 447 Cc.), o el ejercicio de un derecho con sus características y conforme a su naturaleza para otros derechos (arts. 430 y 432 Cc.). Es por ello perfectamente posible que determinados actos resulten ineficaces para acreditar posesión apta para la adquisición de la propiedad y, sin embargo, puedan merecer otra consideración a los efectos de adquisición de una servidumbre, pues el animus requerido a estos efectos es distinto, dirigido a su utilización como derecho adquirido por cualquiera de los títulos hábiles para ello, en este caso la usucapión.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 2 Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa; artículos 147 Comp., 568 CDFa, 532, 430, 432, 444, 447 y 1942 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

En Zaragoza, a once de julio de dos mil doce.

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 6/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 17 de noviembre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 127/2011, dimanante de autos de Juicio Verbal número 742/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Alcañiz, siendo parte recurrente doña Victoria C D, representada por el Procurador de los Tribunales don José Ignacio de San Pío Sierra y dirigido por el Letrado don Isidro Escuin Garcés y parte recurrida don Ramón M A y doña Josefina T M, representados por el Procurador de los Tribunales don Fernando Belenguer Beltrán y dirigidos por el Letrado don Manuel Jesús Zapater Ponz.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 3 de diciembre del 2010 la Procuradora Sra. Pina Bonías, en representación de doña Victoria C D, presentó ante el Juzgado Decano de los de Alcañiz demanda de Juicio Verbal frente a don Ramón M A y doña Josefina T M en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se estimara la demanda y se declarase: «... 1º. Que el patio al que se accede desde la calle por el acceso ubicado en el edificio de la calle Alta, núm. 35 de la localidad de Aguaviva pertenece al edificio sito en la C/ Calixto núm. 4 de la localidad de Aguaviva y al edificio sito en la C/ Alta, núm. 35 de Aguaviva propiedad de los demandados, pro indiviso y por mitades partes, patio que han venido usando desde tiempo inmemorial los propietarios del edificio sito en la C/ Calixto, núm. 4 de esta localidad colindante con la de los demandados y en consecuencia condene a los demandados: 1º A estar y pasar por este pronunciamiento. 2º A retirar de dicho patio los obstáculos y enseres de su propiedad o de terceros contratados a su nombre en la medida en que estos impiden el normal disfrute de esta propiedad por los propietarios del edificio

sito en la C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva. 3º Al pago de las costas causadas en el presente procedimiento. Subsidiariamente y para el caso de que no sea estimada la pretensión que se ha solicitado como petium principal, se dicte una sentencia por el juzgado en virtud de la cual se declare: 1º. Que el bien inmueble sito en la C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva es fundo dominante sobre el bien inmueble propiedad de los demandados sito en la C/ Alta núm. 35 de Aguaviva, que es fundo sirviente en una servidumbre de paso, de tal forma que los propietarios del inmueble sito en la C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva tienen acceso a su vivienda desde el patio interior al que se accede desde la C/ Alta núm. 35 por medio de la puerta que desde dicho patio da acceso al inmueble sito en C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva. Y en consecuencia condene a los demandados: 1º A estar y pasar por dicho pronunciamiento. 2º A retirar del patio los objetos y obstáculos colocados que impidan el normal ejercicio de su derecho de servidumbre por mi mandante. 3º Al pago de las costas originadas como consecuencia del presente procedimiento».

Segundo: Por Decreto de 20 de diciembre de 2010 se acordó admitir a trámite la demanda, citar a las partes para juicio dando traslado de la demanda presentada a la parte contraria. Celebrada la vista y practicadas las pruebas admitidas se dictó sentencia en fecha de 16 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: Estimando la demanda en su petición subsidiaria, desestimándose la petición principal, formulada por la Procuradora Sra. Pina Bonías, en nombre y representación de doña Victoria C D, contra don Ramón M A y doña Josefina T M, representados por la Procuradora Sra. Bruna Lavilla: 1. Declaro que el inmueble sito en calle Calixto núm. 4 de Aguaviva (Teruel) es el fundo dominante sobre el inmueble sito en Calle Alta núm. 35 de Aguaviva (Teruel), que es fundo sirviente, de una servidumbre de paso, de forma que los propietarios del inmueble dominante de C/ Calixto núm. 4, tienen derecho a acce-

der a su vivienda desde el patio interior al que se accede desde la calle Alta núm. 35 (y que pertenece a esta finca), por medio de la puerta que desde dicho patio da acceso al inmueble sito en Calle Calixto núm. 4 de Aguaviva. 2. Debo condenar y condeno a los demandados: 1) A estar y pasar por dicho pronunciamiento. 2) A retirar del patio los objetos y obstáculos colocados que impidan el normal ejercicio del derecho de servidumbre de la finca de la demandante. 3) Todo ello, con imposición de las costas procesales a la parte demandada».

Tercero: La representación procesal de los demandados interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso presentado de contrario. Por diligencia de ordenación de 8 de septiembre de 2011 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha de 17 de noviembre de 2011, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de apelación presentado por don Ramón M A y doña Josefina T M, contra la sentencia dictada el 16 de mayo de 2011 por el Juzgado de primera Instancia e Instrucción número dos de Alcañiz, en los autos de juicio verbal seguidos con el núm. 742/2010 y como consecuencia: 1º Debemos revocarla y la revocamos parcialmente, en cuanto que estima la pretensión subsidiaria, formulada en la demanda. 2º. En su lugar desestimamos íntegramente la demanda. 3º. Imponemos a la parte actora las costas causadas en la primera instancia. 4º. Declaramos no haber lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales don Carlos García Dobón, actuando en nombre y representación de doña Victoria C D presentó, en tiempo y forma, escrito de interposición de recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia que basó en lo siguiente: «1º: Infracción

del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/11 de 22 de marzo en relación con el artículo 532 del Código Civil. 2º: Infracción del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Real Decreto Legislativo 1/11 de 22 de marzo en relación con el artículo 444 y 1942 del Código Civil».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de 26 de marzo de 2012 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días y presentado escrito de oposición, se señaló para la votación y fallo el día 13 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso de casación debe ser resuelta la causa de inadmisibilidad alegada por la parte recurrida en su escrito de oposición pues, en caso de ser estimada, llevaría a la desestimación del recurso, por su inadmisión, sin necesidad de resolver sus motivos.

Tal causa de inadmisibilidad la basa la parte recurrida en que el recurso fue interpuesto al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañando copia de dos sentencias de la Sala, la de 11 de mayo de 2007 (recurso 5/2007) y la de 1 de diciembre de 2009 (recurso 9/2009), por presunto interés casacional (art. 2.2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa), sin argumentar en qué se basa el interés casacional mencionado ni cuál es la doctrina legal que de dichas sentencias emana. Solicita que, por ello, se inadmita en este trámite el recurso de casación sin entrar a conocer del fondo del asunto.

El recurso fue admitido en virtud del Auto de la Sala de 26 de marzo de 2012 en el que, reconociéndose la defectuosa argumentación del interés casacional utilizado

como vía de acceso, la cuantía superior a los 3.000 euros señalada en el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, permitía su acceso sin necesidad de otra argumentación. La misma conclusión ha sido autorizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en autos como los de 16 de enero de 2007 y 25 de noviembre de 2008, admitiendo este último un recurso por razón de la cuantía aun habiendo sido interpuesto por interés casacional.

El legislador aragonés ha querido expresamente que se utilice el recurso de casación en el mayor número posible de litigios sobre Derecho civil aragonés (Preámbulo de la Ley 4/2005), para propiciar la creación de la jurisprudencia que complementa nuestro ordenamiento civil, estableciendo para ello una cuantía solo superior a tres mil euros, o imposible de calcular ni siquiera de modo relativo, dejando para los demás casos la vía del interés casacional (art. 2.2), razón que permite la admisión del recurso cuando la cuantía resulte superior a la cantidad indicada, aun no acreditado suficientemente el interés casacional. Por ello procede rechazar la causa de inadmisión alegada por la parte recurrida y entrar a conocer el fondo del recurso.

Segundo: Los dos motivos del recurso se articulan por infracción del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), el primero en relación con el artículo 532 del Código civil, y el segundo en relación con los artículos 444 y 1942 del Código civil. En sus alegaciones de oposición a los motivos del recurso argumenta la parte recurrida que no cabe alegar infracción del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) porque este cuerpo legal no estaba vigente en la fecha de presentación de la demanda, noviembre de 2010.

Ciertamente, la disposición transitoria vigésima tercera del CDFA dispone que las normas contenidas en el Libro Cuarto son aplicables desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010,

de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que es una de las que ha sido objeto de refundición por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprobó el CDEFA. Pero, dice el Preámbulo del Código al Libro Cuarto, apartado 40, antepenúltimo párrafo, que reproduce literalmente el mismo párrafo del ordinal IV del Preámbulo de la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial: «A la usucapción de servidumbres se dedica una sección independiente, en atención a su importancia, que acoge el texto literal de los artículos 147 y 148 de la Compilación».

En definitiva, el texto del artículo 147 de la Compilación, que era el vigente en el momento de la interposición de la demanda, es el mismo que ahora ha sido incorporado en el artículo 568 CDEFA, y la cita de éste como precepto infringido debe ser referida al artículo 147 de la Compilación, permitiendo con tal salvedad el estudio del motivo del recurso. La sentencia recurrida, al igual que la de primera instancia, resolvió la cuestión planteada a la luz del artículo 147 de la Compilación y en los mismos términos puede ser ahora examinada la denunciada infracción de dicho precepto.

Tercero: El primer motivo del recurso es articulado por infracción del artículo 568 CDEFA (147 de la Compilación) en relación con el artículo 532 del Código civil, sobre la base de considerar que la sentencia recurrida no modifica los hechos que resultan probados de la sentencia de primera instancia, relativos a la existencia de un signo aparente de servidumbre, sino que no da relevancia suficiente al uso de tal signo (una puerta) porque el uso de la misma derivaría de actos de mera tolerancia. Sobre tal premisa entiende el recurrente que la puerta de acceso a su vivienda a través de un patio de la propiedad vecina, utilizado inicialmente como único acceso posible por no tener otro, aunque posteriormente fuera abierta otra puerta a una calle de nueva creación, constituía un signo revelador de un paso obligatorio y no consentido.

El segundo de los motivos denuncia la infracción del artículo 568 CDEFA en rela-

ción con los artículos 444 y 1942 del Código civil, por considerar que los actos de posesión para el ejercicio del derecho de paso a la vivienda de los actores por una puerta que inicialmente era el único acceso a la vivienda no eran de mera tolerancia.

La sentencia de primera instancia resolvió las dos pretensiones formuladas por la parte actora. Por la primera de ellas ejercitaba una acción declarativa de dominio para que se declarara «que el patio al que se accede desde la calle por el acceso ubicado en el edificio de la calle Alta núm. 35 de la localidad de Aguaviva pertenece al edificio sito en la C/ Calixto núm. 4 (de los demandantes) de la localidad de Aguaviva y al edificio sito en la C/ Alta núm. 35 de Aguaviva propiedad de los demandados, pro indiviso y por mitades partes, patio que han venido usando desde tiempo inmemorial los propietarios del edificio sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva y por el que se tiene acceso a la vivienda sita en la C/ Calixto núm. 4 de esta localidad colindante con la de los demandados». Se completaba la petición anterior con la de que los demandados retiraran del patio los obstáculos y enseres que impedían el disfrute de la propiedad de los actores por lo que la sentencia consideraba que se ejercitaba una acción reivindicatoria.

Esta pretensión fue desestimada por los siguientes razonamientos:

«Cuarto: En el caso de autos, la parte actora justifica su dominio en una adquisición por prescripción de la copropiedad del patio o zaguán sito en Calle Alta núm. 35 de Aguaviva, señalando que dicho acceso se ha utilizado desde tiempo inmemorial.

No obstante, atendiendo al conjunto de la prueba practicada, no puede estimarse acreditada la adquisición de dicho dominio por prescripción. Así, de la documentación obrante en autos se desprende claramente que el patio al que se accede por la calle Alta núm. 35 pertenece a la finca sita en ese número y no a la de la calle Calixto núm. 34. Así se desprende tanto de la escritura de propiedad de la vivienda

de los demandados, como de los planos que constan en el Catastro y resulta también acreditado por el dictamen pericial del Sr. Mir, quien señaló sin lugar a dudas que el citado patio o zaguán se encuentra dentro de los linderos de la vivienda de los demandados y no pertenece al inmueble de la Calle Calixto núm. 4.

A estos efectos, resultan insuficientes las testificales practicadas en el acto del juicio, Sr. Lisbona y Sr. Vidal, que manifestaron que a la casa de la Calle Calixto núm. 4 se accedía por el zaguán de la casa de la Calle Alta, dado que el hecho de que se utilizara dicho paso no acredita que el zaguán fuera propiedad de ambos edificios, en absoluto. De las testificales practicadas, sí resulta acreditado que la calle Calixto se realizó en los años 40, tras terminar la Guerra Civil, como consecuencia de los destrozos de los bombardeos, no existiendo dicha calle con anterioridad. Tras realizarse la calle, la vivienda de la demandante tuvo su acceso a la misma, si bien parece que, por relaciones de buena vecindad, los propietarios de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35 permitían el acceso desde su zaguán, tal como señaló el Sr. Soler, sobrino de la última persona que residió en la vivienda de la Calle Alta antes de los demandados, señalando que su madre le había comentado que había un acuerdo verbal para permitirles el paso, pero nada más y que nunca la demandante ni propietarios anteriores había pagado el IBI o reparaciones correspondientes a ese patio.

Tal como dispone el artículo 444 C.C., los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión, por lo que no puede pretender la parte demandante que, por el hecho de serle permitido el paso por la finca de los demandados desde hace más de 30 años, haya adquirido por prescripción el dominio pro indiviso de dicho patio.

Por todo ello, no habiéndose acreditado por la demandante título alguno que justifique el condominio del patio sito en C/ Alta núm. 35, debe desestimarse la petición principal de la demanda.

Cuarto: La segunda de las acciones, ejercitada subsidiariamente, pretendía la siguiente declaración: «Que el bien inmueble sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva es fundo dominante sobre el bien inmueble propiedad de los demandados sito en la C/ Alta núm. 35 de Aguaviva, que es fundo sirviente en una servidumbre de paso, de tal forma que los propietarios del inmueble sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva tienen acceso a su vivienda desde el patio interior al que se accede desde la C/ Alta núm. 35, por medio de la puerta que desde dicho patio da acceso al inmueble sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva».

Esta pretensión fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia por los razonamientos contenidos en el fundamento quinto:

«Quinto: Subsidiariamente, la parte demandante solicita que se declare la existencia de una servidumbre de paso, siendo predio dominante el de la demandante y predio sirviente el de los demandados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 148 de la Compilación de Derecho foral de Aragón.

En primer lugar, debe señalarse que, de apreciarse la existencia de una servidumbre de paso a favor de la finca de la demandante, la misma sería aparente, dado que, según establece el artículo 532 C.c., son aparentes las servidumbres que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso o aprovechamiento de las mismas. No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

En el caso de autos, la servidumbre que se pretende, sí tiene signo exterior, en concreto, una puerta que da acceso al inmueble de la demandada, por lo que se trataría de una servidumbre aparente, no siendo aplicable lo dispuesto en el antiguo artículo 148 de la Compilación, ahora artículo 569 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/11, de 22 de marzo, sino el artículo 147 del mismo texto, ahora artículo 568 del

Código, que señala «Todas las servidumbre aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», precepto que no coincide con lo dispuesto en el artículo 539 C.C. que, en relación a las servidumbre discontinuas, sean o no aparentes, señala que sólo se podrán adquirir en virtud de título, debiendo prevalecer el precepto del derecho foral sobre el de derecho común.

De las pruebas practicadas, sí ha resultado plenamente acreditado que desde hace más de treinta años, los propietarios de la vivienda sita en Calle Calixto núm. 4 acceden a la misma por el zaguán de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35. Así lo han declarado diversos testigos, propuestos por ambas partes y se desprende también de la existencia de una puerta en el zaguán de la vivienda de los demandados que da acceso a la vivienda de los demandantes y que, obviamente fue colocada allí con el consentimiento de quienes fueran propietarios de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35 en su día. Es posible que, como señaló algún testigo, esa fuera la única entrada a la vivienda de la demandante antes de los años 40, pudiendo ser en su día una servidumbre de paso a finca enclavada, dado que no existía la Calle Calixto, que como ya se ha dicho, se abrió mucho después de construirse las viviendas.

Lo cierto es que se ha acreditado que, tras la apertura de la calle se siguió permitiendo el paso por la vivienda de la Calle Alta núm. 35 a los propietarios de la vivienda de la Calle Calixto núm. 4, si bien no existía documento que recogiera la servidumbre.

El Sr. Soler, sobrino del anterior propietario de la vivienda de los demandados, manifestó que les había informado que existía un acuerdo verbal para dejar pasar a los propietarios de la vivienda contigua por ahí, pero que «no había nada escrito».

Los demandados adquirieron la vivienda en el año 2008, sin que hasta entonces se hubiera impedido el acceso a la vivienda

por el patio a la demandada por parte de los propietarios anteriores.

Por todo ello, valorando la prueba en su conjunto, resulta acreditada la existencia de una servidumbre de paso a favor del predio sito en Calle Calixto núm. 4, por el patio o zaguán de la vivienda de los demandados, sita en Calle Alta núm. 35, para acceder a su vivienda a través de la puerta que existe en dicho patio, adquirida por prescripción por mucho más tiempo que el exigido legalmente de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes.

No se pueden estimar las alegaciones efectuadas por la parte demandada, en cuanto a que no se determina la anchura y dimensiones de la servidumbre ni se ha ofrecido indemnización, como requiere el artículo 564 C.C., por cuanto no se trata de la constitución «ex novo» de una servidumbre de paso para finca enclavada, supuesto contemplado en el artículo, sino que nos encontramos ante el reconocimiento y, por tanto, mera declaración de la existencia de dicha servidumbre de paso a favor de la finca de la demandante, cuyas características y dimensiones resultan perfectamente determinadas por los signos existentes en la finca de los demandados, debiendo permitirse el acceso a la puerta de la Calle Alta núm. 35, pasar por el patio y para acceder a su vivienda a través de la puerta existente en la finca de los demandados, debiendo estimarse la petición subsidiaria de la demanda.

Quinto: La sentencia de la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación de la parte demandada y revoca la pretensión subsidiaria de la demanda por lo siguiente:

«La sentencia a juicio de este Tribunal incurre en incongruencia, pues habiendo negado eficacia a efectos de la prescripción del dominio a la posesión, pues resulta acreditada que es una posesión meramente tolerada y no es apta para usucapir el dominio. Sin embargo a esa misma posesión le reconoce eficacia para usucapir un derecho real limitativo del dominio.

Al respecto conviene decir que el derecho de propiedad es un derecho en principio únicamente limitado por su función social, la existencia de una servidumbre se da por constitución voluntaria, por usucapición o por razón de necesidad.

En nuestro caso el título en que se funda es la posesión, y por tanto la prescripción del derecho que se titula con ella, en la medida que lo que se afirma va en contra del principio de libertad de los fundos, no puede abarcar más que, estrictamente, aquello que se haya poseído durante el tiempo exigido, y en función de para lo que sirva; es decir el cómo se ha poseído determina los límites y extensión del derecho limitativo del dominio. Siendo esencial que la posesión ejercitada ha de ser apta para adquirir el derecho es decir pública, ininterrumpida y en concepto de dueño.

Las anteriores exigencias impiden a este Tribunal considerar por tanto que la existencia de una puerta por aparente que sea el signo externo de servidumbre de paso permita per se considerar la existencia del derecho que aparenta, cuando en casos como el presente y como dice la propia sentencia el paso estaba permitido en virtud de un trato meramente verbal por razones de buena vecindad, siendo calificado como acto de posesión meramente tolerado».

A continuación examina la sentencia los requisitos para la adquisición de las servidumbres aparentes por la vía del artículo 147 de la Compilación, en relación con el artículo 532 del Código civil, y con los artículos 444 y 1942 respecto a los actos de mera tolerancia, concluyendo que «si la posesión acreditada no es apta para usucapir pues se trata en nuestro caso de una posesión meramente tolerada, dicha posesión no sirve para adquirir derecho real alguno, ni el dominio, ni derecho real limitativo del dominio».

Sexto: Dada la relación establecida para la resolución del caso entre la existencia de signo aparente y los actos de mera

tolerancia en el uso del mismo, se estudiarán conjuntamente los dos motivos del recurso.

En la sentencia recurrida, como ha quedado reflejado, no se establecen hechos distintos de los tenidos en cuenta por la de primera instancia sino que, partiendo de la afirmación en ésta de que no podían pretender los actores usucapir la copropiedad del patio de entrada a ambas viviendas por el hecho de serle permitido el paso por la finca de los demandados por relaciones de buena vecindad, tampoco pudieron servir tales actos para usucapir la servidumbre de paso pues –considera la sentencia recurrida– tal razonamiento constituye una incongruencia.

Debe partirse, por lo tanto, de los hechos reflejados en la sentencia de primera instancia, que sirvieron en la misma tanto para desestimar la acción reivindicatoria del patio como para estimar la acción confesoria de servidumbre de paso sobre el mismo.

Como ha recordado con reiteración el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso extraordinario de casación está limitado legalmente a la función revisora del juicio jurídico sobre el alcance y significado de los hechos que han sido declarados probados, lo que excluye la posibilidad de revisión en esta sede jurisdiccional de la probanza o no de determinados hechos.

Al respecto dijimos en nuestra sentencia de 1 de diciembre de 2009 (recurso 9/2009) aportada por el recurrente: «En cambio, no cabe considerar admisible la pretensión de la parte recurrida de que también las alegaciones hechas por el recurrente respecto de la existencia o no de adquisición por usucapición sean cuestión probatoria. Porque si revisten tal carácter las posibles apreciaciones referidas a la situación de hecho presente en las fincas, sin embargo es cuestión estrictamente jurídica la determinación de si la subsunción de la resultancia fáctica en la norma que se entienda de aplicación conlleva, o no, la

presencia de los presupuestos legalmente prevenidos para concluir que existió adquisición de servidumbre por la posesión concreta de ella».

No puede esta Sala poner en duda los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, que en este caso son los de la de primera instancia pues resultaron inalterados en aquélla, pero sí puede entrar en la calificación jurídica sobre si estos hechos son o no suficientes para revelar la existencia de un signo aparente de servidumbre, y sobre los requisitos que deben reunir los actos en que se funde la apreciación de su utilización como derecho sobre cosa ajena, y no como actos de mera tolerancia, durante el tiempo requerido en nuestro derecho para su usucapión.

Séptimo: La sentencia de primera instancia desestima la acción reivindicatoria sobre el patio porque deduce de la documentación aportada (escritura de propiedad de los demandados y planos del Catastro), y del dictamen pericial del Sr. Mir, que dicho patio se encuentra dentro de los linderos de la vivienda de los demandados (c/ Alta, núm. 35) y no pertenece al inmueble de la calle Calixto núm. 4 (de los actores). En cuanto a las testificales las declara insuficientes (se entiende para la adquisición del dominio por usucapión) porque «el hecho de que se utilizara dicho paso no acredita que el zaguán fuera propiedad de ambos edificios». Siguiendo con la argumentación sobre la propiedad (a estos efectos, dice), considera acreditado, de las testificales, que la calle Calixto se realizó en los años 40, tras terminar la Guerra Civil, no existiendo dicha calle con anterioridad, y que, tras realizarse la calle, la vivienda de la demandante tuvo su acceso a la misma si bien, por relaciones de buena vecindad, los propietarios de la vivienda sita en C/ Alta núm. 35 permitían el acceso desde su zaguán.

Rechazada la copropiedad del patio (fundamento cuarto), la sentencia entra a resolver sobre la petición subsidiaria (fundamento quinto) y declara que la servidumbre de paso tiene signo exterior, una

puerta que da acceso al inmueble. Igualmente estima plenamente acreditado que desde hace más de treinta años los propietarios de la vivienda de c/ Calixto núm. 4 acceden a la misma por el zaguán de la vivienda sita en C/ Alta núm. 35, como se desprende de la existencia en dicho zaguán de una puerta de acceso a su vivienda, colocada con consentimiento de los propietarios de la vivienda de C/ Alta núm. 35. Señala la posibilidad de que fuera la única entrada a la vivienda de la demandante antes de los años 40, como servidumbre de paso a finca enclavada dado que no existía la calle Calixto, abierta mucho después de construirse las viviendas. Finalmente, da por acreditado que, tras la apertura de la calle, se siguió permitiendo el paso por la vivienda de la C/ Alta núm. 35 a los propietarios de la vivienda de la C/ Calixto núm. 4 y que hasta el año 2008, en que los demandados adquirieron la vivienda de C/ Alta núm. 35, los anteriores propietarios de la misma no habían impedido el paso por el patio a la otra vivienda.

Contrastando los hechos tenidos en cuenta por la sentencia de primera instancia, y sus razonamientos para la desestimación de la acción reivindicatoria y estimación de la confesoria de servidumbre, no se llega a la conclusión afirmada por la sentencia de apelación de que sea incongruente porque determinados actos no sean eficaces para la adquisición del dominio por prescripción y, sin embargo, puedan serlo para adquirir por usucapión una servidumbre de paso.

La sentencia de primera instancia alcanza una primera convicción sobre la propiedad del patio de la calle Alta núm. 35 a partir del título de los demandados y de los datos del Catastro, y de un informe pericial que confirmaba que dicho patio pertenecía a ese edificio. Por tal motivo concluye que el patio no era común y, para rechazar la pretensión de los actores de la posible copropiedad adquirida por usucapión, cuya prueba se pretendía mediante declaración de testigos, deduce de esta prueba testimonial que el paso era permitido por relaciones de buena vecindad, pero lo

afirma en el sentido de que dicha posesión, por el paso, no era apta para usucapir la propiedad («el hecho de que se utilizara dicho paso no acredita que el zaguán fuera propiedad de ambos edificios»). De estas afirmaciones se desprende que, para el juzgador de instancia, de la utilización del patio como paso no se podía concluir un animus de adquisición de la propiedad, ni que los titulares del patio aceptaran el paso como manifestación de propiedad.

El artículo 447 Cc. señala con claridad que, para adquirir el dominio, sólo puede servir de título la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño (y el art. 1941 Cc. así lo exige para su adquisición por prescripción). Éste es el animus que no aprecia la sentencia de primera instancia. Pero además de esta posesión nuestro derecho protege también otros tipos de posesión, como se deduce de la interpretación de los artículos 430 y 432 Cc., conforme a la cual se pueden poseer cosas o derechos, tanto en concepto de dueño como de tenedor perteneciendo el dominio a otra persona. Aquí se incluirían los iura in re aliena, como las servidumbres, exigiéndose en ambos casos un animus o intención distintos: hacer suya la cosa para lo propiedad, o el ejercicio de un derecho con sus características y conforme a su naturaleza para otros derechos.

Es por ello perfectamente posible que determinados actos resulten ineficaces para acreditar posesión apta para la adquisición de la propiedad y, sin embargo, puedan merecer otra consideración a los efectos de adquisición de una servidumbre, pues el animus requerido a estos efectos es distinto, dirigido a su utilización como derecho adquirido por cualquiera de los títulos hábiles para ello, en este caso la usucapición. En tal sentido la Sala no comparte la conclusión de que tal razonamiento, que es el determinante para la revocación de la sentencia de primera instancia, resulte incongruente.

Octavo: Descartada por la sentencia de primera instancia la adquisición de la propiedad (copropiedad) pretendida por la

parte actora, se centra en la servidumbre declarando tajantemente la existencia de un signo aparente, la puerta que da acceso al inmueble que, en sí mismo considerado, no ha suscitado controversia. Y también declara que desde hace más de treinta años los propietarios de ambas viviendas acceden a ellas a través del zaguán de c/ Alta, núm. 35 (de los demandados), utilizando los antecesores en la propiedad de c/ Calixto, núm. 4 una puerta existente en dicho zaguán, que sería inicialmente el único acceso a su vivienda dado que no existía la calle Calixto que se abrió mucho después de construirse las viviendas. Y, finalmente, que tras la apertura de la calle Calixto se siguió permitiendo a los propietarios de la vivienda de esta calle el paso por la vivienda de la calle Alta núm. 35.

Son éstos los hechos que sirven en la sentencia de primera instancia para tener por acreditada la existencia de una servidumbre de paso, y en ellos no se menciona el paso por mera tolerancia sino que inicialmente no habría otro acceso posible a la vivienda de los actores, dada la construcción muy posterior de la calle Calixto a la que desde entonces también tienen acceso.

Únicamente se afirma que tras la apertura de la calle se siguió permitiendo el paso por el patio de la otra vivienda, pero un paso que no se podía calificar inicialmente de mera tolerancia, pues no había otro y era obligado, por puerta en el zaguán ajeno que daba acceso a la calle Alta mediante puerta de uso común. Y la utilización de ambas puertas no podía ser, por lo dicho, por mero permiso precario sino que venía impuesto por la necesidad, mediante puerta abierta en zaguán ajeno que, como expresa la sentencia de primera instancia, «obviamente fue colocada allí con el consentimiento de quienes fueran propietarios de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35 en su día».

No ha sido objeto de debate el sentido de la utilización de esa puerta con posterioridad a la apertura de la calle Calixto, pero debe recordarse que, conforme a lo

dispuesto en el artículo 436 del Código Civil «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario», y si bien la posesión iniciada en concepto de titular de un derecho real de servidumbre puede convertirse en un momento posterior en una posesión en precario (inversión posesoria), tal mutación deberá ser acreditada, lo que en este caso no se ha dado por probado, o en su caso solicitar la extinción de la servidumbre ya innecesaria.

En definitiva, descartado el razonamiento de incongruencia que llevó a la sentencia recurrida a revocar la de primera instancia, debemos concluir que ésta declaró correctamente, en función de los hechos que consideró acreditados, la existencia de una servidumbre de paso por la utilización de signo aparente con transcurso del plazo legalmente previsto. Por ello, deben ser estimados ambos motivos del recurso y debe ser casada la sentencia recurrida, con confirmación de la sentencia de primera instancia.

Noveno: Por la confirmación de la sentencia de primera instancia, las costas de la misma son impuestas a la parte demandada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC.

No hubo imposición de costas del recurso de apelación, por la estimación del mismo, y se mantiene la no imposición de costas en aquel recurso dado el distinto signo de las sentencias de ambas instancias.

No cabe condena en costas del recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

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

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales don José Ignacio San Pío Sierra, actuando en nombre y re-

presentación de doña Victoria C D, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha de 17 de noviembre de 2011, que casamos y dejamos sin efecto.

Segundo: En su lugar, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, estimamos en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por la Procuradora doña Olga Pina Bonías en representación de doña Victoria C D, en los términos que resultan de dicha sentencia.

Tercero: Se confirma la imposición de las costas de primera instancia al demandado y la no imposición de costas del recurso de apelación. No se hace imposición de costas del recurso de casación.

Cuarto: 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.

Procédase a devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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

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

NÚM. 35

A. TSJA de 12 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de competencia funcional: Falta de competencia funcional del TSJA para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, al no haberse formulado simultánea-

mente recurso de casación foral, pues conforme a lo dispuesto en la DF 16ª Lec. corresponde al TS, Sala Primera, la competencia para el conocimiento de estos recursos. Y, en atención a esa falta de competencia, no puede este Tribunal decidir sobre la admisibilidad del recurso, pues será cuestión a resolver por el Tribunal competente. Por ello, debe esta Sala abstenerse de conocer el presente recurso (arts. 56.1º LOPJ y 62 Lec.) y, conforme al artículo 62 Lec., al haber ya sido interpuesto el recurso, dispone la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

DISPOSICIONES CITADAS: DF 16ª, 62 Lec., 56.1º LOPJ.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

fuerza de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. El artículo 81.3 deja a la discrecionalidad del juez la fijación del límite temporal, y esa fijación entre de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no pueden ser objeto de revisión en casación. Previsión judicial de venta: Podría plantearse la infracción no del 81.4 sino del 81.2 si el juzgador de instancia hubiera acordado la venta de la vivienda sin más. Pero acordar que se venda después de rebasado el límite temporal del uso no infringe el 81.2. Aunque la sentencia se hubiera limitado a fijar un plazo al derecho de uso, nada impediría al esposo, transcurrido ese lapso, solicitar la liquidación o -en su caso- ejercitar su derecho a la división con base en los artículos 400 y ss. del Cc. Cuestión diferente será el precio, el procedimiento para la venta, y las demás cuestiones atinentes a la medida acordada, que la sentencia (como la norma) no concreta.

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Naturaleza: Se reitera la interpretación del artículo 83 CDFa dada en la STSJA 15/2011, de 30 de diciembre. En resumen: 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 artículo 97 Cc. al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 81, 83 CDFa.

PONENTE: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

NÚM. 36

S. TSJA 26/2012, de 13 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RELACIÓN PERSONAL DEL HIJO MENOR: Comunicaciones telefónicas: La no fijación en la sentencia recurrida de un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas con los hijos a favor del padre no infringe el artículo 79.2.a, pues de su texto no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y la frecuencia con la que han de verificarse las llamadas. Lo cual no impide en absoluto que, si se acreditara la obstaculización de las comunicaciones telefónicas, pueda el padre recabar del Juzgador las medidas oportunas.

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Limitación temporal: 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

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal núm. 10/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 7 de febrero de 2012, recaída en el rollo de apelación número 636/2011,

dimanante de autos de Divorcio núm. 324/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrentes, doña Marcela D E, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada doña Altamira Gonzalo Valgañón y don Luis Ignacio C R y doña M^a Pilar R C representados por el Procurador de los Tribunales don Emilio Pradilla Carreras y dirigidos por el Letrado don Guillermo Muzas Rota y como recurrido el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLO

Declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de doña Marcela E y por la representación procesal de don Luis Ignacio C R y doña M^a Pilar R C contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha de 7 de febrero de 2012. Con imposición a cada parte recurrente de las costas causadas por su respectivo recurso de casación.

que está bien con el sistema actual de visitas con su padre. La menor tiene capacidad suficiente, a tenor del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derecho del Niño de 1989, y su opinión ha sido tenida en cuenta de un modo especial.

Factores para excepcionar la custodia compartida: *La valoración de la prueba (pericial y exploración judicial de la menor) se ajusta a lo establecido en el artículo 80.2 CDFa, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos (nacida en 2002), que tenía suficiente juicio al tiempo de ser explorada. Una vez adoptada una decisión sobre la hermana mayor, es de aplicación el principio de no separación de los hermanos (art. 80.4). Los factores del artículo 80.2 CDFa han de ser ponderados por el tribunal sentenciador; quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta, dentro del ámbito de discrecionalidad que corresponde a los tribunales de instancia, el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores.*

La opinión de los menores: *La opinión de los menores, especialmente tenida en cuenta en este caso, resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al artículo 5 CDFa no tienen plena capacidad de obrar; pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión.*

DERECHOS Y PRINCIPIOS: Derecho de los padres a la igualdad: *El artículo 76.2.b CDFa traslada al Derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocido (art. 14 CE). Pero una aplicación literal del derecho a la igualdad respecto a los hijos menores implicaría la imposibilidad de establecer un sistema de custodia para uno solo de los progenitores, con o sin régimen de visitas para el otro. Lo que pretende el artícu-*

NÚM. 37

S. TSJA 27/2012, de 24 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Valoración de la prueba practicada: *La prueba pericial que se practica en autos debe ser necesariamente valorada por los Tribunales, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el artículo 348 Lec., y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el artículo 218.2 Lec. No están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión. Además de la prueba practicada en la primera instancia, la Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija mayor, nacida en 2002, y adoptada en 2006, que manifestó*

lo 14 CE (STC 125/2003, de 19 de junio) es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado, y que resulte contrario a los intereses preferentes. Teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes, que en este caso ha sido contemplada como la que sirve para propiciar el desarrollo y formación de los menores, conforme al artículo 5.1 CDFa, y que responde a la voluntad de la hija mayor.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFa.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

En Zaragoza, a veinticuatro de julio de dos mil doce.

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 17/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 13 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 608/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1200/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Juan Francisco, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pedraja Iglesias y dirigido por la Letrada doña Virginia Laguna Marín-Yaseli, y como parte recurrida doña María, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Vicario del Campo y dirigida por la letrada doña M^e José Escolá Hernando, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pedraja Iglesias, actuando en nombre y representación de don Juan Francisco, presentó demanda de Mo-

dificación de Medidas contra doña María 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 acuerde la modificación de las medidas de divorcio acordadas y se adopten las siguientes:

«1º. Autoridad Familiar: Que se otorgue la autoridad familiar a ambos esposos, estableciéndose sobre la misma que en los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se solicita que sea necesaria la intervención de ambos progenitores, a título sólo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o domicilio de los hijo/a/os/as menor/es de edad, a la elección de las actividades extraescolares y para cualquier tipo de intervención psicológica quirúrgica o tratamiento médico banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información

médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. El progenitor custodio debe cumplir para el desarrollo de dicho derecho a favor del otro progenitor: 2º: Guarda y custodia: Respecto a la guarda y custodia se otorgue la guarda y custodia compartida. En cuanto a la distribución del tiempo, se plantean dos alternativas a criterio judicial: El padre tendrá bajo su custodia a los menores, los fines de semana alternos desde la salida del Colegio los viernes hasta la entrega de los menores en el colegio los lunes. Caso de ser puente escolar el fin de semana se verá ampliado. Igualmente estará con ellos los lunes y los miércoles desde la salida del Colegio hasta la entrega en el Colegio al día siguiente, incluyendo la pernocta: La madre tendrá bajo su custodia a los menores igualmente los fines de semana alternos con idéntica duración y la tarde los martes y jueves con pernocta con entrega en el Colegio al día siguiente: Caso de entenderse más estable otro sistema, se propone por semanas. Un progenitor recoge en el Colegio los viernes a los menores a la salida del Colegio y permanece toda la semana con ellos, hasta el siguiente viernes que son recogidos por el otro progenitor y así, sucesivamente: No obstante, considerándose derecho necesario, se aceptaría cualquier otra forma de reparto que sea la más adecuada a los menores: Durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa, El Pilar, y durante el verano, se interrumpirá el régimen de visitas y se procederá de la siguiente manera: En navidad, los hijos pasarán con cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares. En los años pares, la madre disfrutará de los menores desde el último día de clase escolar hasta el día 30 de diciembre a las 8 de la tarde y el padre desde el día 30 hasta el reintegro de los menores directamente en el Colegio el día de reanudación de clases. En los años impares el periodo de cada progenitor será el contrario: En Semana Santa y El Pilar, los menores estarán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones escolares, desde el último día de clase hasta el reintegro en el colegio el primer día tras las vacaciones, corres-

pondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares: las vacaciones de verano los menores estarán con cada uno de los padres la mitad del tiempo, computado desde el último día de clase hasta la entrega de los menores el primer día de curso en el Colegio, correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares: El primer fin de semana de reanudación de régimen de visitas normal corresponderá al cónyuge que haya disfrutado el primer período de vacaciones, para facilitar la alternancia: Ambos cónyuges facilitarán y no impedirán al otro el contacto telefónico con los menores cuando no estén bajo su cuidado: El día del cumpleaños de la madre o el padre, sea festivo o escolar corresponderá al progenitor respectivo: El día del cumpleaños de los niños realizarán la comida con uno de ellos y la cena con el otro. Caso de discrepancia, se realizará alternativamente, eligiendo la madre los años pares y el padre los años impares: El domicilio conyugal fue adjudicado en uso y propiedad a la esposa, por lo que, habiendo alquilado el esposo un piso cercano al Colegio y la vivienda conyugal, no se solicita cambio en el uso del piso, debiendo ser los menores los que se muden. Caso de existir cualquier variación será valorada en su momento: 3º: Alimentos: Los cónyuges contribuirán al 50% al mantenimiento de los gastos fijos domiciliados, para lo que, ingresarán en una única cuenta corriente el 50% de ellos. En la actualidad 260 euros mensuales cada progenitor, cantidad que se actualizará en función del incremento de los mismos: Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% debiendo ponerse de acuerdo ambos progenitores para los mismos».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, lo que hicieron, dentro de plazo, tanto el Ministerio Fiscal como la demandada, oponiéndose esta última a la demanda planteada y solicitando se dicte sentencia por la que se acuerde su desestimación, con expresa condena en las costas.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 15 de junio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: 1: Desestimo la demanda presentada por don Juan Francisco contra doña María: 2: No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Pedraja Iglesias en nombre y representación de don Juan Francisco, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y al Ministerio Fiscal, que manifestó en su escrito: «Que impugna la Sentencia de fecha de 15 de junio de 2011, interesando se revoque y se dicte otra de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal en el acto del Juicio Oral». Conferido traslado a las partes del escrito del Ministerio Fiscal, presentaron todas ellas sus alegaciones, oponiéndose la recurrida y ratificándose en dicha impugnación el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y practicada como Diligencia Final la exploración de la hija María, se confirió traslado a las partes, manifestando el Ministerio Fiscal que: «se ratifica en la postura manifestada en su escrito de recurso, si bien una vez oída la menor en exploración judicial y su deseo de mantener la situación actual por resultarle positiva, considera que podría valorarse por el Tribunal el mantener de momento su actual situación sin perjuicio de que en el futuro pueda valorarse la petición del recurrente a la vista de la evolución de los menores». Y las otras partes, en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Con fecha de 13 de marzo de 2012, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Juan Francisco y la impugnación del Ministerio Fiscal, uno y otra

contra doña María y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictado el 15 de junio de 2011 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, sin imposición de costas en esta alzada».

Quinto: La representación legal de don Juan Francisco presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia, una vez que la Audiencia lo tuvo por interpuesto, acordó la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con emplazamiento de las partes.

El recurso de casación fue interpuesto con base en los siguientes motivos: «A) Inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón: B) aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual a favor de la madre del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón: C) aplicación indebida del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con el artículo 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prueba, especialmente la pericial psicológica: D) aplicación indebida del artículo 76.2 B del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española en infracción del principio de igualdad entre progenitores e igualdad entre los niños sean estos hijos biológicos o adoptados: E) aplicación indebida de la Disposición Transitoria Sexta del Código de Derecho Foral de Aragón».

Y terminó suplicando en dicho escrito que se dicte sentencia estimando las medidas solicitadas que se concretan en: «1º: Autoridad Familiar: Que se otorgue la autoridad familiar a ambos esposos, estableciéndose sobre la misma que en los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resulte de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Padres con el mismo fin. A la vista de todo

lo indicado, se solicita que sea necesaria la intervención de ambos progenitores, a título sólo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/ o domicilio de los hijo/a/os/as menor/es de edad, a la intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tanga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. El progenitor custodio debe cumplir para el desarrollo de dicho derecho a favor del otro progenitor: 2º: Guarda y custodia: Respecto a la guarda y custodia se otorgue la guarda y custodia compartida. En cuanto a la distribución del tiempo, se plantean dos alternativas a criterio judicial: El padre tendrá bajo su custodia a los menores, los fines de semana alternos desde la salida del Colegio los viernes hasta la entrega de los mismos en el colegio los lunes. Caso de ser puente escolar el fin de semana se verá ampliado. Igualmente estará con ellos los lunes y los miércoles desde la salida del Colegio hasta la entrega en el Colegio al día siguiente, incluyendo la pernocta: La madre tendrá bajo su custodia a los menores igualmente los fines de sema-

na alternos con idéntica duración y la tarde los martes y jueves con pernocta con entrega en el Colegio al día siguiente: Caso de entenderse más estable otro sistema, se propone por semanas. Un progenitor recoge en el Colegio los viernes a los menores a la salida del Colegio y permanece toda la semana con ellos, hasta el siguiente viernes que son recogidos por el otro progenitor y así, sucesivamente: No obstante, considerándose derecho necesario, se aceptaría cualquiera otra forma de reparto que sea la más adecuada a los menores: Durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa, El Pilar, y durante el verano, se interrumpirá el régimen de visitas y se procederá de la siguiente manera:

En Navidad, los hijos pasarán con cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares. En los años pares, la madre disfrutará de los menores desde el último día de clase escolar hasta el día 30 de diciembre a las 8 de la tarde y el padre desde el día 30 hasta el reintegro de los menores directamente en el Colegio el día de reanudación de clases. En los años impares el periodo de cada progenitor será el contrario.

En Semana Santa y El Pilar, los menores estarán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones escolares, desde el último día de clase hasta el reintegro en el colegio el primer día tras las vacaciones correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares. Las vacaciones de verano los menores estarán con cada uno de los padres la mitad del tiempo, computado desde el último día de clase hasta la entrega de los menores el primer día de curso en el Colegio, correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares: El primer fin de semana de reanudación de régimen de visitas normal corresponderá al cónyuge que haya disfrutado el primer período de vacaciones, para facilitar la alternancia: Ambos cónyuges facilitarán y no impedirán al otro el contacto telefónico con los menores cuando no estén bajo su cuidado: El día del cumpleaños de la madre o el padre, sea festivo o escolar corresponderá al progeni-

tor respectivo: El día del cumpleaños de la madre o el padre, sea festivo o escolar corresponderá al progenitor respectivo: El día del cumpleaños de los niños realizarán la comida con uno de ellos y la cena con el otro. Caso de discrepancia, se realizará alternativamente, eligiendo la madre los años pares y el padre los años impares: El domicilio conyugal fue adjudicado en uso y propiedad a la esposa, por lo que, habiendo alquilado el esposo un piso cercano al Colegio y la vivienda conyugal, no se solicita cambio en el uso del piso, debiendo ser los menores los que se muden. Caso de existir cualquier variación será valorada en su momento: 3º: Alimentos: Los cónyuges contribuirán al 50% al mantenimiento de los gastos fijos domiciliados, para lo que, ingresarán en una única cuenta corriente el 50% de ellos. En la actualidad 260 euros mensuales cada progenitor, cantidad que se actualizará en función del incremento de los mismos: Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% debiendo ponerse de acuerdo ambos progenitores para los mismos».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecieron las partes, y en fecha 9 de mayo de 2012 la Sala dictó Auto en el que se acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, admitiéndose el mismo, del que se dio traslado a las otras partes. Estas presentaron escritos en los que se opusieron al recurso.

Habiéndose solicitado por la parte actora la celebración de vista, y considerándola la Sala conveniente, se señaló para la celebración el día 4 de julio de 2012, que se llevó a cabo con el resultado que obra en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el proceso seguido sobre modificación de medidas de divorcio a instancia de don Juan Francisco contra doña María, la parte actora ha solicitado que la autoridad familiar respecto de los hijos del matrimonio se otorgue a ambos

progenitores y que se acuerde la guarda y custodia compartida, juntamente con otras medidas derivadas de las peticiones principales. Tras el trámite procedente la sentencia de primera instancia ha desestimado la pretensión al entender que el interés de los hijos no demanda el cambio interesado por el padre. A esta decisión llega tras el examen de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en dicha instancia, considerada a la luz de lo dispuesto en el artículo 80 del CDFa.

La sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, ha confirmado la del juzgado. Lo hace tras reexaminar la prueba practicada y las alegaciones de la parte recurrente, expresando que las conclusiones obtenidas por el Juez de Primera Instancia se han visto reforzadas con la exploración judicial de la menor María, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con su padre y que no desea ningún cambio. Concluye la Audiencia afirmando que «en coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal tras la exploración practicada, se estima preferible, por positiva y favorable al interés de los menores, el mantenimiento de la situación en que se encuentran, sin perjuicio de lo que en el futuro proceda a la vista de la evolución del caso» –fundamento de derecho cuarto, in fine–.

Segundo: La representación del Sr. Juan Francisco recurre en casación en base a las infracciones que quedan recogidas en el antecedente de hecho quinto de esta sentencia. De ellas, la expresada en el Apartado C) denuncia la aplicación indebida del artículo 80 del CDFa en relación con los artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prueba, especialmente la pericial psicológica. Este motivo ha de ser considerado como de aquellos susceptibles de recurso extraordinario por infracción procesal, que pueden ser invocados ante esta Sala cuando se ha interpuesto recurso de casación, al permitirlo así la Disposición final Decimosexta, Apartado 1, regla 1ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y será objeto de examen en primer lugar.

En el desarrollo del motivo el recurrente expresa que la única prueba practicada, relativa a la idoneidad de la custodia compartida, ha sido la pericial psicológica judicial, y entiende que la Audiencia no justifica ni valora con razón el rechazo a la prueba pericial y casi única practicada.

El referido motivo no puede ser estimado. No puede afirmarse que la sentencia de la Audiencia Provincial carezca de motivación sobre la cuestión fáctica ni haya dejado de valorar la prueba practicada, porque en los fundamentos de derecho, especialmente en el tercero y cuarto, expone las razones que conducen a la decisión confirmatoria que adopta, y lo hace aceptando la valoración que realizó el Juez de Primera Instancia y, además, teniendo en cuenta la exploración judicial que se practicó como diligencia final en la segunda instancia, consistente en la exploración de la menor María, en los términos que posteriormente analizaremos.

La prueba pericial que se practica en autos debe ser necesariamente valorada por los Tribunales, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el artículo 218, apartado 2. No están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión. Y esto se ha realizado en el caso de autos, en el que tanto el Juez de Primera Instancia al desestimar la demanda –Fundamento de Derecho 2.2– como la Audiencia al confirmar dicho fallo, efectúan consideraciones sobre la práctica de las pruebas y su incidencia en el interés de los menores, que consideran preferente para adoptar la decisión sobre su guarda y custodia.

La referencia hecha en el acto de la vista a la incorrecta valoración de la exploración de la menor tampoco puede ser acogida. Dicha exploración quedó plasmada en el rollo de apelación, mediante acta de 6 de febrero de 2012, y no resulta de su contenido algo distinto de lo considerado por la Audiencia Provincial. No consta que

la menor afirmara que no quería cambiar, pero debe entenderse que esa era la conclusión que la Audiencia Provincial extrajo de la anterior afirmación «está bien así».

Finalmente, la invocación que el recurrente hace del artículo 217 de la ley procesal no tiene cabida en el caso de autos, porque dicha norma regula la carga de la prueba, es decir, las consecuencias de la falta de acreditación de unos hechos: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones». Pero en el caso de autos la Audiencia ha considerado acreditados determinados hechos, y aplica al resultado de la prueba la consecuencia jurídica prevenida en la ley sustantiva, conforme a su criterio jurídico.

Tercero: Los motivos primero y segundo del recurso, que invocan bajo los apartados A) y B) la infracción del artículo 80 del CDFFA, van a ser objeto de examen conjunto. En el primero de dichos apartados se denuncia la inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida y en el segundo la aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual. En resumen, la parte recurrente entiende que ha sido infringido el precepto antes citado al no ser estimada la demanda en cuanto solicitaba la custodia compartida de los hijos.

El criterio establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los hijos es el de otorgar preferencia a la custodia compartida, que el juez adoptará en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Así lo establece el artículo 80.2 del CDFFA, que ordena atender a los factores referidos en la norma.

El caso de autos debe ser tratado como caso límite. La prueba pericial practicada

considera procedente la custodia compartida, aconsejando la psicóloga adscrita al juzgado que los menores compartan el tiempo de permanencia con cada progenitor de manera equitativa, en periodos semestrales alternos. Por otra parte, la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez de primera instancia otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores, relevante especialmente en casos de niños adoptados.

Es de significar que el presente caso afecta a dos menores nacidos en Rusia y que fueron adoptados por los ahora litigantes, cuando éstos mantenían su relación conyugal con normalidad. María, nacida en NUM000 de 2002, fue adoptada en 2006, cuando contaba 4 años y medio de edad. Juan, nacido en NUM001 de 2005, fue adoptado en 2008, teniendo 2 años y medio de edad. De la prueba pericial practicada resulta que la niña se adaptó bien a la vida en España, aunque con déficit en el aprendizaje del idioma que dificultó su comunicación y relaciones sociales, así como su rendimiento académico. Es una niña de carácter tímido y reservado, muy unida a su madre, por la que siente gran apego. El menor Juan se adaptó a España de forma positiva, aunque le está resultando difícil la asunción de las circunstancias familiares y está en tratamiento psicológico desde abril de 2011.

Además de la prueba practicada en la primera instancia, la Audiencia Provincial ha llevado a cabo la exploración de María, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre. El resultado de esta exploración ha sido considerado especialmente en la sentencia recurrida, para confirmar la decisión del Juez de Primera Instancia.

Esta valoración se ajusta a lo establecido en el artículo 80.2 del CDFA, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos, María, que tenía suficiente juicio al tiempo de ser explorada. La opinión de los menores resulta rele-

vante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al artículo 5 del CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión. Como afirma la Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2012, «Sin necesidad de entrar en disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el instrumento por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión (de tal modo que según algún sector doctrinal el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes) lo cierto es que en la exploración adquiere el principio de intermediación su mayor relevancia, pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc. que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas en toda su amplitud en un documento escrito».

Una vez adoptada una decisión sobre María, es de aplicación el precepto contenido en el artículo 80.4 CDFA, a cuyo tenor «Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

La Audiencia Provincial motiva las razones que justifican la decisión adoptada, sin que los razonamientos expresados en la sentencia impugnada resulten arbitrarios o contrarios a la lógica. De su examen resulta la razonabilidad de la argumentación, que se inscribe dentro del ámbito de discrecionalidad que corresponde a los tribunales de instancia, conforme al precepto de referencia, que tiene como frontispicio el interés del menor, lo que es acorde con

la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España. Especialmente se ha tenido en cuenta en este caso la opinión de la menor que tiene capacidad suficiente, a tenor del artículo 12 de la citada Convención.

En consecuencia los motivos de recurso consignados bajo los apartados A) y B) no se estiman.

Cuarto: En el apartado D) del escrito de interposición del recurso se denuncia la aplicación indebida del artículo 76.2.b) del CDFa, en relación con el artículo 14 de la Constitución española, en infracción del principio de igualdad.

En el precepto referido, cuya rúbrica es «Derechos y principios», se recoge que en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetará el derecho de éstos a la igualdad: «Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares». Precepto que traslada al derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocido.

Pero de dicha consideración no se desprende la consecuencia pretendida por el recurrente. Una aplicación literal del derecho a la igualdad respecto a los hijos menores implicaría la imposibilidad de establecer un sistema de custodia para uno solo de los progenitores, con o sin régimen de visitas para el otro. Como afirma la STC, en Pleno, 125/2003, de 19 de junio, con cita de otras precedentes, «el juicio de igualdad ex artículo 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (fundamento de derecho cuarto). Lo que pretende el legislador es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado, y que resulte contrario a los intereses preferentes.

En el caso de la custodia de menores, los factores a que anteriormente hemos hecho referencia han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores. Siendo así, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes, que en este caso ha sido contemplada como la que sirve para propiciar el desarrollo y formación de los menores, conforme al artículo 5.1 del CDFa, y que responde a la voluntad de la hija mayor, expresada libremente ante el tribunal de segunda instancia.

Como afirmó esta Sala en sentencia de 1 de febrero de 2012, «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 artículo 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 menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). 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».

En este caso la Audiencia ha motivado con suficiencia la decisión adoptada, que no vulnera el ordenamiento jurídico sino que se acoge a una de las posibilidades que éste otorga, sin merma del derecho a la igualdad.

Por las razones expresadas, el motivo debe ser desestimado.

Quinto: Invoca la parte recurrente, por último, la aplicación indebida de la Disposición Transitoria Sexta del CDFA. En el desarrollo del motivo y en cuanto concierne a la citada infracción, expresa que las normas de la Sección Tercera del Capítulo II, Título II, son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, y que el convenio suscrito entre los cónyuges en mayo de 2010 y la presentación de la demanda de divorcio el día 23 de junio de 2010 eran hechos anteriores a la aplicación de dichas normas, no afectados por una regulación que aún no estaba en vigor.

Aun siendo ciertas las alegaciones formuladas por el recurrente, el recurso no puede ser estimado, porque la disposición referida no ha sido aplicada al caso. Ni la sentencia de la Audiencia Provincial ni la del Juzgado han aplicado la Disposición cuya infracción se denuncia. La argumentación expresada en la sentencia de primera instancia, referida al momento en que don Juan Francisco firmó el convenio inicial y presentó la demanda de divorcio, sirve para poner de manifiesto que el demandante podía conocer la próxima entrada en vigor de la nueva regulación, cuya promulgación tuvo una importante repercusión social. En ese sentido ha de enten-

derse la argumentación de que «la sociedad aragonesa media estaba al tanto de la novedad legislativa. Más el esposo que toma la iniciativa de divorciarse».

Pero la decisión del Juez de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia, no se funda en la aplicación de la Disposición Transitoria, sino en el resultado de la valoración de la prueba y la consideración del interés preferente de los hijos que, en expresión de la primera sentencia, «no demanda el cambio interesado por el padre».

Por ello procede la desestimación del motivo y, con él, del recurso de casación interpuesto.

Sexto: La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la concurrencia de dudas de derecho en el caso enjuiciado determina la no imposición de las costas devengadas en el mismo, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Juan Francisco contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 13 de marzo de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Decretamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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.

38

NÚM. 38

A. TSJA de 26 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:**

Inadmisión: *En este motivo del recurso lo que la parte reprocha en realidad es la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, y del examen de dicha resolución se advierte que la misma no resulta arbitraria, ilógica o absurda. Se trata, en rigor, no de un motivo de casación, sino de infracción procesal. En su desarrollo la parte parece invocar en realidad una valoración de la prueba diferente a la que resulta de la sentencia recurrida, la que la propia parte considera correcta, más que una motivación insuficiente de la sentencia. Procede inadmitir este motivo por concurrir la causa de inadmisión del 473.2.2º Lec.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 473.2.2º Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

motivo del recurso en cuanto permite la comprobación de la adecuación de la fundamentación de la sentencia a la norma indicada.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MEDIDAS JUDICIALES: Modificación: *El artículo 79.5 C DFA, al prever la posibilidad de modificación de medidas judiciales adoptadas judicialmente en el caso de concurrir causas o circunstancias relevantes, es una norma completa de carácter hermenéutico, que establece una consecuencia jurídica (la modificación de las medidas) si se da el presupuesto de hecho (la concurrencia de causas o circunstancias relevantes), lo que exigirá la comprobación de la existencia de tales circunstancias para llegar a la conclusión de modificar; o no, las medidas anteriormente adoptadas.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 79.5 C DFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

39

NÚM. 39

A. TSJA de 26 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:**

Admisión a trámite: *No ofrece duda la competencia funcional de esta Sala dado que el recurso se funda en infracción de normas del Derecho civil aragonés. Concorre interés casacional porque se trata de normas con menos de cinco años en vigor. El artículo 79.5 no es una norma de procedimiento sino de interpretación, que permite su revisión casacional si efectivamente se produjera una desviación en el razonamiento lógico que exige para la comprobación de la existencia de causas o circunstancias relevantes para la modificación de las medidas judiciales. Aceptado que no se puede proceder a una revisión de la prueba, procede admitir el*

NÚM. 40

A. TSJA de 7 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:**

Inadmisión: *La competencia funcional no ofrece dudas porque el recurso se funda en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. El motivo invocado incurre en causa de inadmisibilidad: interposición defectuosa por falta de técnica casacional (arts. 483.2.2º en relación el el 477.1 Lec.). Esta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, con respeto a los hechos de los que ha partido como probados la sentencia recurrida. Para desvirtuar la base fáctica sustentadora de la decisión de instancia hubiera precisado la formulación de recurso de infracción procesal, siempre que la valoración*

40

probatoria por ser manifiestamente arbitraria e ilógica no supere el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE. Por otra parte, el interés casacional, no es un motivo de recurso sino únicamente un presupuesto de recurribilidad de la sentencia.

PONENTE: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

41

NÚM. 41

S. TSJA 28/2012, de 24 de julio

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Interés casacional: *Alegado como cauce de acceso a la casación el interés casacional por infracción de una norma que lleva menos de cinco años en vigor, no es necesaria la aportación del texto de ninguna sentencia ni la identificación de cuál es el problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia, siendo suficiente la sola mención de una norma del Derecho civil aragonés que no lleve cinco años en vigor, en este caso el artículo 80.2 CDFA, por no existir respecto a dicho precepto doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Alcance del recurso de casación: El carácter extraordinario del recurso de casación, en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial es destacado de forma reiterada por el TS (por todas, STS 23/1/2012). También el TSJA ha advertido en numerosas ocasiones que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, ... lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica con-*

tenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión». Ha de estarse, pues, a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida: *Tras recordar los criterios exegéticos de la Sala para la aplicación del artículo 80.2 CDFA, entiende la Sala que la Audiencia ha realizado una detallada valoración de la prueba al amparo del artículo 80.2 en sus apartados c), referente a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y d), en el extremo que alude a la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores. Y a partir de esos hechos declarados probados en la sentencia de apelación, la Audiencia concluye que en el supuesto enjuiciado concurren circunstancias que aconsejan como más conveniente para el interés del menor el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, de modo que esta Sala no advierte infracción alguna del reiterado artículo 80.2 CDFA.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 80 CDFA.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 19/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 27 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación núm. 643/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1193/2010-B, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Antonio T. O., representado por la Procuradora de los Tribunales doña M^a José Ferrando Hernández y dirigido por el Letrado don Fernando Valladares Rodríguez, y como parte recurrida doña María B. V., representada por el Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque y dirigida por la le-

trada doña Gema Calahorra Brumós, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Antonio T. O. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 27 de marzo de 2012, que confirmamos.

si bien parece más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDF.A.

PONENTE: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

En Zaragoza, a veinticinco de septiembre de dos mil doce.

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 15/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha de 15 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 28/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 104/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don Daniel M. J., representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigido por el Letrado don Esteban Torrijo García, y como parte recurrida doña María M. V., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cabeza Trigo y dirigida por la letrada doña Elisa Julián Asensio, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de don Daniel M. J., presentó solicitud de Modificación de Medidas contra doña María M. V. 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 modifique la resolución dictada el día 29 de octubre de 2010, en el extremo referente a la guarda y custodia del hijo menor de edad y, en consecuencia, se dicte pronunciamiento acordando la custodia compartida en régimen de igualdad entre la madre y el padre en los términos

NÚM. 42

*S. TSJA 29/2012,
de 25 de septiembre*

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: Tras reiterar la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 80.2 CDF.A y la preferencia del legislador por el sistema de custodia compartida, considera que la sentencia de la Audiencia no recoge circunstancia alguna, concurrente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor; por lo que se aparta de la recta aplicación del artículo 80.2 del CDF.A y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y frente a ello no pueden prevalecer las dudas e incertidumbres que, de cara al futuro, dice la madre que planteará el régimen referido, postulando la custodia individual como más conveniente para el menor. Factores para excepcionar la custodia compartida: La corta edad del niño (3 años en 2011) es un hecho que, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la Ley, de acuerdo con lo que la Sala ha proclamado en las sentencias citadas. Que el proceso de adaptación a la escuela en el que el niño se encuentra no se vea favorecido por el cambio semanal de domicilio tampoco es bastante para excluir el régimen preferente,

que más adelante señalamos y derivado de esta consideración se proceda a determinar la desaparición de la pensión de alimentos establecida corriendo cada progenitor con los gastos del menor en el período en que lo tenga bajo su guarda y determinando que los gastos extraordinarios sean sufragados por ambos en igual proporción».

Por otro sí, y conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, presentó Plan de relaciones familiares del siguiente tenor literal: «Que habrá de regir las relaciones existentes entre los progenitores don Daniel M. J. y doña María M. V., todo ello en relación con su común hijo Kevin M. V: siendo la cuestión primordial de debate la guarda y custodia del hijo común, y teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (edad del hijo, arraigo social y familiar, la aptitud y voluntad de los padres de cara a la estabilidad del menor, la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral de ambos progenitores) esta parte propone las siguientes medidas: Guarda y custodia del menor: Al amparo de la normativa ya citada en el cuerpo de esta demanda y pretendiendo la igualdad de ambos progenitores y siempre bajo la primordial consecución del mejor bienestar y necesidades del menor se considera ajustado proponer una guarda y custodia del hijo común semanal y alterna de tal manera que uno de los padres recogerá al menor, del domicilio del otro, el viernes a las 17,00 horas y lo entregará el viernes siguiente a la misma hora en su propio domicilio: Cuando el menor pase a encontrarse escolarizado la recogida del mismo se podrá realizar en el propio colegio (a la hora de su salida, el viernes por la tarde) y lo entregará con la entrada al mismo colegio el viernes a primera hora de la tarde: Durante los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, cada uno de los progenitores tendrán a su hijo durante la mitad de las mismas, distribuyéndose los periodos respectivos de mu-

tuo acuerdo por las partes, y de no existir el mismo mediante la distribución alternativa de los periodos resultantes: Pensión de alimentos: Habida cuenta del régimen de guarda y custodia establecido, ninguno de los cónyuges deberá abonar pensión de alimentos, si bien ambos comparecientes deberán contribuir por mitad e iguales partes a los gastos extraordinarios que se generen, y asimismo, en la misma proporción, a aquellos que considerados ordinarios (vestuario, colegio, etc.) genere el hijo común».

Segundo: Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándolos para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, lo que se hizo dentro de plazo por el Ministerio Fiscal y la recurrida, oponiéndose ésta última y solicitando, que, previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que se acordase como medidas las ya aprobadas en la Sentencia de fecha de 29 de octubre de 2010 dictada en el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda 689/2009, es decir, las siguientes:

«1: Patria potestad: Compartida por ambos progenitores: 2: Guardia y custodia del hijo menor, Kevin, se mantenga a favor de su madre doña María M. V: 3: Régimen de visitas: Se mantendrá lo estipulado hasta la fecha en la Sentencia núm. 396/2010 de fecha 29 de octubre de 2010, en la que estableció, en atención a la edad del menor, un régimen de visitas quincenal, consistente en un régimen alterno en el que una semana disfrutará de su hijo el fin de semana completo, recogiendo en el domicilio materno el sábado a las 11,00 horas de la mañana y reintegrándolo al mismo domicilio el domingo a las 20,00 horas de la noche; y la siguiente semana, el padre recogerá al menor el viernes a las 11,00 horas de la mañana y lo reintegrará en el domicilio materno el mismo viernes a las 20,00 horas: Asimismo, el padre disfrutará semanalmente de la compañía del niño el miércoles, coincidente con el día de cierre del establecimiento que regenta, debiendo recogerlo a las 11,00 horas y reintegrando-

lo en el domicilio materno a las 20,00 horas: Cuando el niño alcance la edad escolar, el régimen de visitas se modificará en el sentido de que los miércoles el horario de visitas será desde que el niño salga por la tarde del colegio hasta las 20,00 horas y los viernes alternos quedarán suprimidos, prolongándose las estancias de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20,00 horas: En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, dividiendo los periodos vacacionales en dos, eligiendo el periodo correspondiente la madre los años impares y el padre los años pares: En época de vacaciones estivales, el padre disfrutará de la compañía del hijo la mitad del periodo vacacional, eligiendo el periodo correspondiente la madre en los años cuya terminación sea par y el padre los años de terminación impar: 4: Pensión de Alimentos: El esposo abonará a la esposa en concepto de alimentos para la hija menor la cantidad de 250 euros mensuales. Dicha cantidad se acomodará anualmente a las variaciones que sufra el IPC fijados por el INE u otro organismo que le sustituya: Los gastos extraordinarios del hijo serán abonados por ambos progenitores al 50%: Y expresa imposición de costas al actor».

Por otro sí y conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 2/2010 presenta el siguiente Plan de relaciones familiares: «Plan de Relaciones Familiares: Que habrá de regir las relaciones existentes entre los progenitores doña María M. V. y don Daniel M. J., todo ello en relación con su hijo menor Kevin M. V.: Siendo la cuestión primordial de debate la guardia y custodia del hijo común, y teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, I Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas (edad del hijo, arraigo social y familiar, la aptitud y voluntad de los padres de procurar estabilidad al hijo menor, la conciliación de la vida laboral y familiar de los padres, y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para la convivencia, tal y como es la naturaleza de la relación comunicativa existente entre ambos progeni-

tores), esta parte propone las siguientes medidas: 1: Guarda y custodia del menor: Al amparo de la normativa ya expuesta en el cuerpo de la presente demanda, y siempre bajo el mejor interés y bienestar del menor, se propone la atribución de la guardia y custodia del menor a la madre, doña María M. V.: 2: Régimen de visitas: El padre disfrutará de la compañía de su hijo Kevin fines de semana alternos recogiendo al menor en el domicilio materno el sábado a las 11,00 horas de la mañana y lo reintegrará en el domicilio materno el domingo a las 20,00 horas de la noche: La siguiente semana, en la que corresponde disfrutar de la compañía del hijo el fin de semana a la madre, el padre disfrutará de la compañía de su hijo el viernes, recogiendo al menor en el domicilio materno a las 11,00 horas de la mañana y lo reintegrará en el mismo domicilio el viernes a las 20,00 horas de la noche: Asimismo, el padre disfrutará de la compañía de su hijo semanalmente los miércoles, coincidiendo con el día de cierre del establecimiento que regenta, debiendo recogerlo en el domicilio materno a las 11,00 horas de la mañana y reintegrándolo el mismo día en el mismo domicilio a las 20,00 horas: Cuando el niño alcance la edad escolar, el régimen de visitas se modificará de la siguiente manera: El padre disfrutará de la compañía del menor los fines de semana alternos, recogiendo al menor los viernes a la salida del colegio y reintegrándolo en el domicilio materno los domingos a las 20,00 horas de la noche: El padre dejará de disfrutar de la compañía del hijo los viernes alternos, suprimiéndose éstos: Asimismo, el padre disfrutará de la compañía de su hijo semanalmente los miércoles, recogiendo al menor a la salida del colegio y debiendo reintegrarlo en el domicilio materno el mismo día a las 20,00 horas de la noche: En cuanto a los periodos vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, los mismos se dividirán en dos periodos, eligiendo la madre el periodo correspondiente los años impares, y el padre los años pares: En cuanto al periodo vacacional estival, verano, disfrutará cada progenitor de la compañía de su hijo la mitad de dichas vacaciones, dividiendo-

se éstas en dos periodos, eligiendo el periodo correspondiente la madre los años pares y el padre los años impares: 3: Cargas del matrimonio: El padre abonará a la madre en la cuenta corriente que esta señala a tal efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes, una cantidad de 250 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijo menor Kevin. Dicha cantidad se acomodará anualmente a las variaciones que sufra el IPC fijados por el INE u otro organismo que le sustituya: Los gastos extraordinarios del hijo, considerándose como tales, gastos médicos, ortopédicos, adquisición de libros, actividades extraescolares, serán abonados por ambos progenitores al 50%».

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel dictó sentencia con fecha siete de noviembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Daniel M. J., representado por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea, y la oposición formulada por doña M^a M. V., representada por la Procuradora doña Asunción Lorente Bailo, acuerdo la adopción de las siguientes medidas: 1^a: La guarda y custodia del hijo menor de los litigantes se atribuye a la madre María M. V., siendo la autoridad familiar ejercida por ambos progenitores: 2^a: Se establece un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio consistente en fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde a la salida del colegio, hasta el lunes por la mañana, en que deberá llevarlo al centro escolar a la hora de entrada, así como dos tardes a la semana desde la salida del colegio, hasta las 20,00 horas, debiendo entregarlo en el domicilio materno. El fin de semana en que el padre no disfrute de la compañía de su hijo, las visitas intersemanales se amplían a una tarde más con el mismo horario, debiendo consensuarse por ambos progenitores los días de la semana en que deban tener lugar las mismas: 3^a: En concepto de pensión alimenticia el padre satisfará mensualmente la cantidad de 200 euros, cantidad que deberá ingresar dentro de los cinco primeros

días de cada mes en la cuenta corriente y entidad bancaria que designe la madre y que se actualizará anualmente, conforme a las variaciones que experimente el IPC: Los gastos extraordinarios serán satisfechos por partes iguales por ambos progenitores: No se efectúa expresa imposición de costas procesales».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez Fortea en nombre y representación de don Daniel M. J., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y al Ministerio Fiscal, que manifestó en su escrito que se adhiere al recurso interpuesto por la representación procesal de don Daniel M. solicitando la estimación del recurso planteado y la revocación total de la resolución recurrida en su fundamento tercero y cuarto (sic).

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas las partes, dictó sentencia de fecha de 15 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea, en nombre y representación del demandante don Daniel M. J., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en el procedimiento de modificación de medidas núm. 104/11, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes: Una vez notificada la presente resolución, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, junto con un testimonio de la presente resolución para su conocimiento y cumplimiento».

Quinto: La representación legal de don Daniel M. J. presentó en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial de Teruel, escrito interponiendo recurso de casación por interés casacional que basó en infracción de lo señalado en el artículo 80.2 del

C DFA por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha de 22 de mayo de 2012 la Sala dictó Auto en el que se acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, del que se dio traslado a las otras partes, presentando escrito la parte recurrida, que se opuso al recurso y el Ministerio Fiscal que consideró que procedía la estimación del recurso de casación interpuesto por apreciarse la infracción legal pretendida por el recurrente (art. 80.2 C DFA), casando la sentencia impugnada con las consecuencias jurídicas expuestas en el cuerpo de su escrito.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 5 de septiembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el único motivo de recurso de casación, con invocación de la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2011, se alega infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 del C DFA por inaplicación del criterio legal preferente de custodia compartida. Tras hacer referencia a las ventajas de dicha opción legislativa, el recurrente indica que se equivoca el juzgador de la Audiencia cuando le exige una prueba de su idoneidad, una especie de «plus» en contra de lo establecido en la norma, cuando el criterio debe ser el contrario.

Segundo: Tal como se señala en el recurso, esta Sala ya ha elaborado una doctrina jurisprudencial relativa al problema que aquí, una vez más, se plantea. Como se expuso en sentencia de 1 de febrero de 2012 entre otras, «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 am-

bos 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 artículo 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 menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 C DFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2.c) C DFA–. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Tercero: La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel y que ahora se recurre, expresa que este Tribunal rechaza toda propuesta de interpretación que establezca la equivalencia entre solicitud de revisión y necesaria concesión de la custodia compartida, si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia, lo que considera que no se ha producido en el caso. Dado que parte de esa base, no recoge circunstancia alguna, concurrente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor. Únicamente alude a la corta edad del niño

(3 años cuando se dictó la sentencia de primera instancia en 7 de noviembre de 2011). Pero este hecho, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la ley, de acuerdo con lo que la Sala ha proclamado en las sentencias citadas. Se expresa también en la sentencia recurrida que el proceso de adaptación a la escuela en el que el niño se encuentra no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio como pretende el padre. Mas esto tampoco es bastante para excluir el régimen preferente, si bien es de compartir la apreciación que se hace en el sentido de que la secuencia semanal podría comportar consecuencias negativas, pareciendo más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal como sugiere el Ministerio Fiscal, de los períodos de estancia del menor con los progenitores.

En suma, la sentencia impugnada se aparta de la recta aplicación del artículo 80.2 del CDFa y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y frente a ello no puede prevalecer lo que se sostiene por la representación de doña María M. en su escrito de oposición al recurso, donde expone las dudas e incertidumbres que, de cara al futuro, planteará el régimen referido, postulando la custodia individual como más conveniente para el menor.

Cuarto: Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, lo que determina que debe la Sala dictar sentencia en cuanto al fondo.

El plan de relaciones familiares propuesto por el recurrente, y que apoya el Ministerio Fiscal, no ha sido específicamente combatido por la parte recurrida, de manera que se acepta por la Sala con las salvedades que de oficio se indican a continuación:

1: En relación con el período de permanencia del niño con cada progenitor, y como se desprende de lo que hemos expuesto, será cada dos semanas por considerarse que tal duración es más conveniente para el interés del menor.

2: Cuando el menor esté escolarizado, la recogida por el progenitor a quien co-

rresponda se hará a las 17,30 en el domicilio del otro progenitor o bien el viernes a la salida del colegio si así lo acuerdan ambos progenitores.

3: La distribución de los períodos vacacionales escolares de Navidad Semana Santa y verano, en defecto de acuerdo de ambos progenitores y en aras a una mayor claridad y a la evitación de posibles conflictos, se establecerá de modo que la elección de los períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.

4: El abono de los gastos extraordinarios, se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 del CDFa, norma a la que en todo caso ha de ajustarse la resolución.

Quinto: Por la estimación del recurso no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC y, en cuanto a las de las instancias, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas, tampoco se hace declaración de condena en las mismas.

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

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages actuando en nombre y representación de don Daniel M. J., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel que casamos y anulamos.

Segundo: En su lugar, estimamos la demanda de modificación de medidas formulada por don Daniel M. J. y acordamos:

1: Se adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, cada uno de ellos tendrá consigo al hijo por períodos de dos semanas, de manera que el progenitor a quien en cada momento corresponda recogerá al menor del domicilio del otro el viernes a las 17.00 horas y lo entregará al otro en su propio domicilio al finalizar el período.

Cuando el menor esté escolarizado, la recogida por el progenitor a quien corresponda se hará a las 17,30 en el domicilio del otro progenitor, o bien el viernes a la salida del colegio si así lo acuerdan ambos progenitores.

2: En las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, cada uno de los progenitores tendrá al menor durante la mitad de las mismas, distribuyéndose los períodos resultantes de mutuo acuerdo por las partes, y de no existir acuerdo la elección de los períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.

3: Serán de cargo de cada progenitor el pago de los gastos ordinarios del hijo durante el tiempo que permanezca con cada uno de ellos.

Los gastos extraordinarios necesarios se abonarán por mitad entre ambos progenitores, y los extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a que lleguen aquellos y en su defecto los abonará aquel que haya decidido la realización del gasto.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

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

Habiéndose estimado el recurso, devuélvase el depósito a la parte que lo constituyó.

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

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

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

NÚM. 43

S. TSJA 30/2012,
de 20 de septiembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *Se reiteran los criterios de interpretación del artículo 80 sintetizados en la STSJA de 1 de febrero de 2012. La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el artículo 80.2 CDFa evidencian que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor; por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida. Ni el enfrentamiento entre los padres, ni la corta edad del menor (nacido en 2009), ni la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor; son circunstancias que, por sí solas, permitan rechazar en el caso de autos la custodia compartida.*

Factores para excepcionar la custodia compartida: *La conflictividad existente entre los progenitores es una circunstancia que puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero tanto en los casos de custodia compartida como en los de custodia individual. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que se den circunstancias excepcionales. La corta edad del menor (nacido en 2009) es el primero de los factores del artículo 80.2 CDFa pero no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren pues el niño acude ya a la guardería. Los horarios laborales de los padres, así como la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor; sin delegar en terceras personas, tampoco resultan concluyentes en el caso para descartar la custodia compartida.*

RELACIÓN DEL MENOR CON SUS ABUELOS:

a) *La adopción de las medidas necesarias*

para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el juez de oficio o a instancia de cualquier persona interesada (79.2 CDFA); b) La responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asumir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos (arts. 77.2.b y 79.2.a CDFA); c) Sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

En Zaragoza, a veintiocho de septiembre de dos mil doce.

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 14/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 14 de febrero de 2012, recaída en el rollo de apelación número 629/2011, dimanante de autos de Divorcio número 314/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente don J A S, representado por el Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque y dirigido por la Letrada doña Carmen Tobías Meneses y parte recurrida el Ministerio Fiscal y doña E C, representada por el Procurador de los Tribunales don Fernando Maestre Gutiérrez y dirigido por el Letrado don Santiago Gimeno García.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 23 de marzo del 2011, el Procurador Sr. Fernando Maestre

Gutiérrez, en representación de doña E M C, presentó ante el Juzgado Decano de los de Zaragoza demanda de divorcio frente a don J A S y, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «A) Declare la disolución, por divorcio, del matrimonio contraído por mi representada con don J A S, con los efectos inherentes a dicha declaración. B) Acuerde las siguientes medidas, solicitadas en el cuerpo de la demanda: 1. Uso y disfrute del domicilio conyugal: La atribución del uso y disfrute de la que fue vivienda familiar se otorgará al esposo en cuyo caso deberá hacerse cargo de los gastos de mantenimiento de la vivienda (luz, gas, teléfono, contribución, agua y vertidos, etc.) incluidas las hipotecas, desde la admisión de la presente demanda. 2. Guarda y custodia del hijo menor de edad: El hijo menor de edad, Alejandro, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, doña Eva M C, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores. 3. Régimen de Visitas: Respecto del progenitor no custodio se establecerá el siguiente régimen de visitas: 1: Hasta que el menor cumpla 4 años de edad. Los fines de semana alternos con pernocta en casa de la madre, desde las diez horas del sábado, hasta las veinte horas del mismo día. Y el domingo en iguales condiciones, debiendo recogerlo en el domicilio del progenitor custodio y reintegrarlo en el mismo en los indicados días y horas. Si por alguna circunstancia el padre no pudiera recoger al hijo en las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento del progenitor custodio con la suficiente antelación. La semana en que concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor el miércoles desde la salida de la guardería hasta las 19 horas. Y la semana en la que no concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor, martes y jueves, en las condiciones establecidas anteriormente, debiendo recoger el padre al menor en la guardería y reintegrarlo al domicilio materno en la hora señalada. Vacaciones de Navidad y Semana Santa: La mitad de los períodos vacaciona-

les del menor en Navidad y Semana Santa, corresponderán al progenitor no custodio, decidiendo éste en los años pares y el progenitor custodio en los años impares. El padre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio de la madre. Vacaciones de Verano: El hijo menor de edad permanecerá con un progenitor la primera quincena del mes de Julio y de Agosto, y el otro, las segundas quincenas. En defecto de acuerdo el progenitor no custodio decidirá los años pares y el custodio los impares. El padre recogerá y reintegrará al menor, durante el período vacacional correspondiente, en la hora y domicilio en que se encuentre la madre. Vacaciones de la madre: por razones laborales, la madre disfruta de una semana de vacaciones, a fijar por la empresa, y fuera del período estival. Por ello, y al objeto de estar con el menor, dicho período será disfrutado por la madre, con suspensión del régimen de visitas y siempre que no interfiera los períodos vacacionales aludidos anteriormente. El disfrute de esa semana será comunicado al progenitor no custodio. 2. Cumplidos los cuatro años de edad: Se pasará a un régimen estándar. Los fines de semana alternos, desde las diez horas del sábado, hasta las veinte horas del domingo, debiendo recogerlo el padre en el domicilio del progenitor custodio y reintegrarlo en el mismo. Si por alguna circunstancia el padre no pudiera recoger al hijo en las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento del progenitor custodio con la suficiente antelación. La semana en que concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor el miércoles desde la salida del colegio hasta las 19 horas. Y la semana en la que no concurra el fin de semana de visitas el padre podrá estar y comunicar con el menor, martes y jueves, en las condiciones establecidas anteriormente, debiendo recoger el padre al menor en el colegio y reintegrarlo al domicilio materno en la hora señalada. Vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa: La mitad de los períodos vacacionales del menor en Verano, Navidad y Semana Santa, corresponderán al progenitor no custodio, decidiendo éste en los años pares y el

progenitor custodio en los años impares. El padre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio de la madre. Vacaciones de la madre. Por razones laborales, la madre disfruta de una semana de vacaciones, a fijar por la empresa, y fuera del período estival. Por ello, y al objeto de estar con el menor, dicho período será disfrutado por la madre, con suspensión del régimen de visitas y siempre que no interfiera los períodos vacacionales aludidos anteriormente. El disfrute de esa semana será comunicado al progenitor no custodio. 4. Alimentos del hijo menor de edad. don Javier Arnas Sánchez deberá entregar la cantidad de cuatrocientos euros mensuales en concepto de alimentos para el hijo menor de edad, hasta que el mismo alcance independencia económica, cantidad que deberá hacerse efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha cantidad deberá ser revisada anualmente conforme al IPC. 5. Contribuciones a las cargas del matrimonio: Atribuyéndose el uso y disfrute del domicilio conyugal al esposo, siendo el mismo privativo del Sr. Arnas, éste vendrá obligado a abonar los gastos de mantenimiento de la vivienda incluida las hipotecas que pesan sobre el mismo y ello desde la admisión de la presente demanda. C) Condene expresamente en costas a don Javier Arnas Sánchez si viniera a oponerse a la presente demanda. Otrosí: esta parte solicita la adopción de las siguientes medidas provisionales. 1: Uso y disfrute del domicilio conyugal: La atribución del uso y disfrute de la que fue vivienda familiar se otorgará al esposo en cuyo caso deberá hacerse cargo de los gastos de mantenimiento de la vivienda incluidas las hipotecas, desde la admisión de la presente demanda. 2: Guarda y custodia del hijo menor de edad: El hijo menor de edad, Alejandro, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, doña E M C, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores. 3: Régimen de visitas: Respecto del progenitor no custodio se establecerá el siguiente régimen de visitas: Los fines de semana alternos con

pernocta en casa de la madre, desde las diez horas del sábado, hasta las veinte horas del mismo día. Y el domingo en iguales condiciones, debiendo recogerlo en el domicilio del progenitor custodio y reintegrarlo en el mismo en los indicados días y horas. Si por alguna circunstancia el padre no pudiera recoger al hijo en las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento del progenitor custodio con la suficiente antelación.

La semana en que concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor el miércoles desde la salida de la guardería hasta las 19 horas. Y la semana en la que no concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor, martes y jueves, en las condiciones establecidas anteriormente, debiendo recoger el padre al menor en la guardería y reintegrarlo al domicilio materno en la hora señalada. Vacaciones de Navidad y Semana Santa: La mitad de los períodos vacacionales del menor en Navidad y Semana Santa, corresponderán al progenitor no custodio, decidiendo éste en los años pares y el progenitor custodio en los años impares. El padre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio de la madre. Vacaciones de Verano: El hijo menor de edad permanecerá con un progenitor la primera quincena del mes de Julio y de Agosto, y el otro, las segundas quincenas. En defecto de acuerdo el progenitor no custodio decidirá los años pares y el custodio los impares. El padre recogerá y reintegrará al menor, durante el período vacacional correspondiente, en la hora y domicilio en que se encuentre la madre. Vacaciones de la madre: por razones laborales, la madre disfruta de una semana de vacaciones, a fijar por la empresa, y fuera del período estival. Por ello, y al objeto de estar con el menor, dicho período será disfrutado por la madre, con suspensión del régimen de visitas y siempre que no interfiera los períodos vacacionales aludidos anteriormente. El disfrute de esa semana será comunicado al progenitor no custodio. 4. Alimentos del hijo menor de edad. Don Javier Arnas Sánchez deberá

entregar la cantidad de cuatrocientos euros mensuales en concepto de alimentos para el hijo menor de edad, hasta que el mismo alcance independencia económica, cantidad que deberá hacerse efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha cantidad deberá ser revisada anualmente conforme al IPC. 5. Contribuciones a las cargas del matrimonio: Atribuyéndose el uso y disfrute del domicilio conyugal al esposo, siendo el mismo privativo del Sr. Arnas, éste vendrá obligado a abonar los gastos de mantenimiento de la vivienda incluida las hipotecas que pesan sobre el mismo y ello desde la admisión de la presente demanda». La parte solicitó la adopción de las medidas provisionales expuestas y la práctica de prueba anticipada.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó la demanda suplicando: «... conforme con la petición de divorcio y por opuesta parcialmente a las medidas definitivas solicitadas en la demanda dicte sentencia por la que se decrete la disolución por Divorcio del matrimonio, adoptándose las siguientes medidas: «A) Guarda y custodia y autoridad familiar respecto del hijo menor: La guarda y custodia del hijo menor Alejandro, que en la actualidad cuenta con 23 meses de edad, será compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos, realizándose los cambios de domicilio los días 1 y 15 de cada mes, cuando será recogido por el progenitor al que le corresponda la estancia siguiente. Durante dicho período, el progenitor que no tenga la custodia podrá visitarlo tres tardes a la semana desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20,30 horas en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda. Cada año se cambiará la alternancia del turno, correspondiendo elegir turno al padre en años pares y a la madre en años impares. La recogida del menor se efectuará por el progenitor al que le corresponda la permanencia del menor; y en el domicilio del

otro. Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano: –En cuanto a las vacaciones de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de tal forma que en años pares, el padre pasará con el hijo la primera quincena de julio y agosto y con la madre la segunda quincena de julio y agosto, siendo al contrario en años impares. En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos períodos, siendo el primer período desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas, y el segundo, desde el 31 de diciembre a las 12 horas y hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que el hijo cada año esté con cada uno de los progenitores en las fechas señaladas. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares. En cuanto a las vacaciones de Semana Santa: Se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada período correspondiente. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares. Caso de que la entrega del hijo corresponda en un día escolar, la recogida del menor se hará en el centro escolar, debiendo recogerse la maleta o enseres del hijo el día anterior a la entrega. La autoridad familiar también será compartida, debiendo ser adoptadas de común acuerdo todas aquellas decisiones referidas a cuestiones sanitarias, personales, médicas o educativas del hijo, cambios de colegio, etc..., que excedan de las decisiones habituales en su cuidado diario. B) Gastos de asistencia al hijo. Ambos progenitores ingresarán mensualmente en una cuenta común la cantidad de 150 euros que irá destinada a atender los gastos del hijo, como guardería, enseñanza, comedor escolar si el hijo lo utilizase, actividades extraescolares, así como los libros y el material escolar. En cuanto a los gastos extraordinarios (gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, ortodoncia, gafas.) deberán ser asumidos por mitad e iguales partes por cada uno de los progenitores y siempre que exista consentimiento entre ambos, en caso contrario la parte

que haya contratado dichos servicios asumirá el importe total de los mismos. Asimismo, el progenitor que tenga en cada momento la custodia del hijo, deberá tener en su poder todos los documentos del hijo como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento prescrito al menor. C) Uso de la vivienda familiar. No se establece pacto alguno en cuanto al uso de la vivienda por cuanto la ha venido usando mi representado, siendo además propiedad del mismo, siendo voluntad de la Sra. Moreno residir en el domicilio de sus padres. D) Pagos de préstamos comunes. Serán abonados por mitad e iguales partes entre ambos...». Por otrosí se solicita la práctica de prueba anticipada.

Por Diligencia de Ordenación de 12 de mayo de 2011 se tuvo por contestada la demanda y por Auto de 20 de mayo de 2011 se acordó por el mismo órgano judicial acumular el procedimiento de divorcio contencioso núm. 352/11 instado por don J A S, que contiene el suplico ya reseñado en la contestación de la demanda de los autos núm. 314/11, contra doña E M M C quien evacuado el trámite de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado el acuerdo de las medidas solicitadas en la demanda de divorcio por esa parte interpuesta.

Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 20 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña E M M C contra don J A S decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio celebrado entre los mismos el día 19 de noviembre de 2005 en Zaragoza, con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes: 1: Los cónyuges pueden vivir separados, cesando definitivamente la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincu-

lar los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. 2: La guarda y custodia del hijo menor de edad Alejandro, nacido el día 22 de mayo de 2009, se atribuye a la madre, compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. Los progenitores deberán conocer, consultarse y autorizarse mutuamente todas las decisiones sobre los hijos menores de edad que excedan de las cotidianas. Cuando el menor cumpla 10 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado. 3: Se atribuye al esposo el uso de la vivienda familiar sita en la calle..., núm. 11, Esc. Dcha, 2º C de Zaragoza, sin limitación temporal. La esposa podrá retirar las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si así se interesa, tanto de lo que se extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo. 4: El régimen de visitas será el siguiente: A) Inicialmente el padre tendrá en su compañía a su hijo los fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 del mismo día, y en iguales condiciones el domingo. Le corresponderá al padre el primer fin de semana, a partir de la fecha de esta sentencia, correspondiendo en su consecuencia a la madre, el siguiente fin de semana, y así sucesivamente. También podrá estar el padre con su hijo dos tardes entre semana, que en defecto de acuerdo serán los martes y los jueves desde la salida de la guardería hasta las 10:30 horas. En el mes de julio el padre podrá estar en compañía de su hijo la última semana del mes, que en defecto de acuerdo será desde el día 25 a las 10:00 horas hasta el día 31 a las 20:00 horas, con pernocta, así como la segunda quincena del mes de agosto. B) Tras el verano, el padre tendrá en su compañía a su hijo los fines de semana alternos, desde el viernes a la hora de salida de la guardería hasta el domingo a las 20:00 horas, con pernoctas. Los puentes festivos se unirán al fin de semana más cercano correspondiendo disfrutarlo al progenitor con quien deba permanecer el menor ese fin de semana. Este régimen de visitas quedará interrumpido durante las vacaciones escolares, en las que regirán las visitas que se indicarán a continuación. Los sábados que el

padre no pueda tener a su hijo en su compañía deberá comunicarlo a la madre con la debida antelación y la visita de fin de semana se iniciará el sábado a las 18:00 horas. C) En cuanto a las vacaciones de Navidad, el hijo pasará la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con su madre y la otra mitad con su padre, iniciándose el primer período el día siguiente a aquel en que finalicen las clases a las 10:00 horas y finalizando el mismo, el día 31 de diciembre al mediodía. El segundo período comenzará el día 31 de diciembre al mediodía y finalizará el día inmediatamente anterior a aquel en que comiencen las clases a las 20:00 horas. Los padres se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo el primer período al padre los años pares y el segundo los años impares, de forma que a la madre le corresponderá los años pares el segundo período y en los años impares el primer período. D) En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, el hijo pasará la mitad de las vacaciones escolares con su madre y la otra mitad con su padre, iniciándose el primer período el día siguiente a aquel en que finalicen las clases a las 10:00 horas y finalizando el mismo el miércoles al mediodía. El segundo período comenzará el primer miércoles al mediodía y finalizará el día inmediatamente anterior a aquel en que comiencen las clases a las 20:00 horas. Los padres se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo el primer período al padre los años pares y el segundo los años impares, de forma que a la madre le corresponderá los años pares el segundo período y en los años impares el primer período, y así sucesivamente. E) En cuanto a las vacaciones estivales, el hijo pasará la mitad de sus vacaciones con el padre y la otra mitad con la madre, correspondiendo al padre disfrutarlas desde el primer día no lectivo a las 21:00 hasta el 30 de junio a las 21:00, así como las segundas quincenas de los meses de julio y agosto los años pares; y las primeras quincenas de esos meses hasta el día anterior a la reanudación del curso escolar a las 21:00 horas, los años impares; y a la madre a la inversa. La madre podrá permutar el disfrute de la semana de vaca-

ciones que tenga fuera del período estival por otra semana de las que le correspondieran a ella en dicho período vacacional, comunicando la permuta al padre con la debida antelación. E) El disfrute de las Fiestas del Pilar corresponderá por entero al padre los años pares y a la madre los impares. El padre será quien asuma la obligación de recoger y retornar al hijo en el domicilio materno. El progenitor con quien conviva el menor proveerá al hijo de ropa adecuada y suficiente para el período de visitas o vacaciones que vayan a pasar con el otro progenitor, debiendo reintegrarse dichas prendas a la finalización del correspondiente período. Este régimen de visitas se establece con carácter de mínimo y se deberá ejercer con flexibilidad, teniendo en cuenta las limitaciones lógicas de escolaridad y las actividades de los hijos, así como su opinión cuando por su edad puedan manifestarla conscientemente, pero sin que en ningún caso el régimen de visitas quede nunca a la exclusiva voluntad de los hijos. 5: Don J A S abonará en concepto de pensión de alimentos para su hijo la cantidad de Trescientos Euros al mes, debiendo ingresar dicha cantidad en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que indique doña E M C. Dicha cantidad se actualizará anualmente, a fecha uno de enero de cada año, conforme a la variación del índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. 6: Los gastos extraordinarios necesarios del menor se abonarán en una proporción del 50% por cada uno de los progenitores. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Deben ser entendidos como gastos extraordinarios necesarios, en principio, aquellos imprevistos que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada. Ciertamente incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de cole-

gios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión alimenticia. Las actividades extraescolares tendrán la consideración de gasto extraordinario. Salvo en caso de urgencia acreditada deberá justificar suficientemente la necesidad del gasto y su coste al otro progenitor. En todo caso no se admitirá la reclamación dineraria entre progenitores de ningún gasto extraordinario del tipo que sea que no haya sido consensuado previamente de forma fehaciente entre las partes o a falta de acuerdo haya sido aprobado su procedencia judicialmente, salvo que se trate de gastos médicos urgente e inaplazables no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. 7. El esposo se hará cargo de la hipoteca por importe de 378 euros y el otro préstamo por importe de 160 euros sea abonado a partes iguales por ambos cónyuges. No procede imposición de costas a ninguna de las partes».

Tercero: La representación procesal de la parte actora así como la de la demandada interpusieron, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación contra la citada sentencia, de los que se dio traslado a la contraria, quienes presentaron escritos de oposición al recurso presentado de contrario. Por Diligencia de ordenación de 30 de noviembre de 2011 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, Sección Segunda, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 14 de febrero de 2012, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don J A S y desestimando el formulado por doña E M M C contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Zaragoza, el 20 de junio de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma, a excepción del pronunciamiento referente a la revisión del régimen de custodia cuando el hijo cumpla 10 años que se suprime y deja sin efecto. No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque, actuando

en nombre y representación de don J A S presentó, en tiempo y forma, escrito interponiendo recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia que basó en los siguientes motivos: 1: Vulneración del artículo 218.3 de la LEC. 2: Vulneración del artículo 80 del Código Foral de Aragón. 3: Vulneración del artículo 76 del Código Foral de Aragón. 4: Vulneración del artículo 60, 75 y 79 del Código Foral de Aragón. 5: Vulneración del artículo 82 del Código Foral de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por providencia de 19 de abril de 2012 dar traslado a las partes para que formularan alegaciones sobre posibles causas de inadmisión:

«El motivo primero se fundamenta en la vulneración del artículo 218.3 de la LEC, por entender el recurrente que la sentencia carece de motivación en tres de los extremos resueltos por el Tribunal. Sin embargo, la argumentación que fundamenta el motivo viene en realidad a mostrar su disconformidad con la misma, más que a justificar una falta de motivación, dado el tenor de la sentencia, lo que puede constituir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la LEC.

«El motivo quinto del recurso invoca la vulneración del artículo 82 del Código del Derecho Foral de Aragón, a cuyo amparo la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos a su cargo debe hacerse proporcionalmente con sus recursos económicos. El recurrente, sin embargo, al fundamentar el recurso no concreta la razón por la que entiende vulnerado el precepto, lo que puede constituir causa de inadmisión que establece el artículo 477.1 en relación con el artículo 483.2.1º de la LEC».

Evacuado el trámite anterior las partes presentaron los escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones y por Auto de 22 de mayo la Sala acordó la admisión de los motivos segundo, tercero y cuarto e inad-

mitir los motivos primero y quinto del recurso interpuesto.

Conferido traslado del escrito de interposición a las partes recurridas por plazo de veinte días, se presentaron los escritos de oposición de las mismas que quedaron unidos al presente rollo y se señaló para la votación y fallo el día 12 de septiembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

Doña E M C y don J A S contrajeron matrimonio en Zaragoza, en fecha de 19 de noviembre de 2005.

De dicha unión ha nacido un hijo, A A M, el día 22 de mayo de 2009.

Doña E M C interpuso demanda de divorcio solicitando, entre otras medidas, que le fuera otorgada la guarda y custodia del menor y que se estableciera un régimen de visitas a favor del padre, distinguiendo dos periodos distintos, hasta que el menor cumpliera cuatro años de edad y una vez cumplidos los cuatro años.

Don J A presentó siete días después una demanda de divorcio contra su cónyuge interesando, por su parte, que la guarda y custodia del menor fuese compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos.

Ambos procedimientos fueron acumulados. Tramitado el proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia de fecha de 20 de junio de 2011 decretando la disolución del matrimonio por causa de divorcio y acordando, entre otras medidas, otorgar la guarda y custodia del hijo a su madre, con un régimen de visitas a favor del padre y la posibilidad de revisar la guarda y custodia cuando el menor cumpliera diez años de edad.

En la sentencia se argumentó que no convenía apartar al niño, de corta edad, de la compañía de su madre. Se expuso que, a

tenor de los informes psicológico y de la trabajadora social, no se detectaban en el padre alteraciones que pudiesen afectar a sus capacidades parentales y que ambos progenitores estaban capacitados para hacerse cargo del cuidado del menor. También se analizaron los horarios de trabajo de los cónyuges y se concluyó que no se apreciaba inconveniente en ninguno de ellos para compaginar las vidas laborales y familiares. No obstante, se destacó el escaso nivel de comunicación existente entre los padres, razón por la que se valoró que no había demasiadas probabilidades de que la guarda y custodia compartida resultase en esas circunstancias beneficiosa para el menor, por todo lo cual se decidió otorgar la guarda y custodia a la madre.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las dos partes. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia de fecha 14 de febrero de 2012 que confirmó la apelada a excepción del pronunciamiento referente a la revisión del régimen de custodia cuando el hijo cumpliera diez años de edad, que se dejó sin efecto.

En los fundamentos de derecho de dicha resolución se destacó que el hijo del matrimonio contaba dos años y nueve meses de edad, y se puso de manifiesto que el informe de la trabajadora social adscrita al Gabinete Judicial revela que el padre no concreta las pautas que aplicaría en materia de cuidado, educación y atención cotidiana del hijo, asumiendo que precisaría de la colaboración de sus padres para atender este cometido. Además, la perito destaca el alto grado de conflictividad existente entre los progenitores. La Sala, en fin, ratificó la sentencia de primer grado por entender que el régimen de custodia individual a favor de la madre resultaba el más beneficioso para el hijo menor, considerando su corta edad, la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del hijo, sin delegar en terceras personas (abuelos), y atendiendo a la posibilidad de compatibilizar su horario laboral (art. 80 apartados a), d) y e) del Código del Derecho Foral de

Aragón, en adelante CDFa). Finalmente, en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho tercero, se argumentó que no procedía autorizar a terceros para el ejercicio de determinados cometidos en el régimen de visitas.

Segundo: Don JA S ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación. De los cinco motivos de impugnación inicialmente planteados, la Sala de Casación admitió finalmente a trámite los motivos segundo, tercero y cuarto.

En el motivo segundo se denuncia la infracción del artículo 80 CDFa, conforme al cual el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea la más conveniente. Razona que no hay ningún motivo para que Alejandro no se beneficie de forma más equilibrada del cuidado y protección de los dos progenitores. Expone que el menor va a cumplir tres años y que se encuentra acostumbrado a estar con su padre y con su madre, hallándose en una edad en la que posee una capacidad de adaptación muy alta. Considera también que la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no será base suficiente para considerar que la misma no coincide con el interés del menor –art. 80.5 CDFa–. Finalmente expone que el horario de trabajo de la madre, hasta las 20 horas entre semana, obliga a dejar al menor en compañía de los abuelos maternos cuando el padre lo tiene que entregar en el domicilio de la madre a las 19.30 horas.

El motivo tercero se interpone por vulneración del artículo 76.3.b) CDFa, a cuyo tenor en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se debe respetar, entre otros derechos, el de la igualdad de los padres en sus relaciones familiares respecto de sus hijos menores de edad. El recurrente afirma que reúne todos los requisitos para ejercer la custodia individual o compartida del menor, y pese a ello se le atribuye la custodia en exclusiva a la madre. Por este motivo considera que no se ha tratado con

igualdad al padre, lo que hace extensivo a los abuelos paternos, a los que no se les autoriza a recoger entre semana al menor en la guardería.

Finalmente, el motivo cuarto se deduce por infracción de los artículos 60, 75 y 79 CDFA (en el desarrollo del motivo se aprecia que la impugnación se ciñe a los apartados 60.1, 75.2 y 79.2.a) del CDFA). El artículo 60.1 reconoce el derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo aconseja. Por su parte, el artículo 75.2 contempla, entre las finalidades de la Sección que regula los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, el que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Y el artículo 79.2.a) dispone que se deben adoptar las medidas judiciales necesarias a fin de garantizar, entre otros vínculos, la relación de los hijos menores con sus abuelos. Y en desarrollo del motivo se expone que la sentencia impide, sin motivo alguno, que los abuelos paternos puedan ir a recoger al menor de la guardería, no autorizándoles para el ejercicio de determinados cometidos en el régimen de visitas. Se argumenta que se exige al padre lo que no se exige a la madre, porque esta puede contar con la ayuda de su madre todos los días, dejándolo a su cargo durante horas, mientras que el padre no puede delegar en sus padres para que recojan a Alejandro de la guardería y lo lleven a su domicilio.

Doña E MM C ha formalizado su oposición al expresado recurso, interesando la íntegra confirmación de la sentencia recurrida. Respecto al motivo segundo, menciona los factores previstos en el artículo 80 del Código que deben ser valorados por el Juez para resolver sobre la custodia del menor, y entre ellos la edad de los hijos –art. 80.2.a)– y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral –art. 80.2.e)–, destacando el resultado del informe pericial psicológico que alude al alto grado de conflictividad entre los padres y

la recomendación de otorgar a la madre la guarda y custodia del menor. En cuanto a los motivos tercero y cuarto, niega que la sentencia haya vulnerado los preceptos mencionados por el recurrente por el hecho de haberse concedido a la madre la guarda y custodia, y afirma que el régimen de visitas se establece judicialmente para el padre, y no para los abuelos, existiendo obligación paterna de recogerlo, sin que pueda designar a terceras personas, aunque sean familia directa, para que cumplan las obligaciones propias del padre.

El Ministerio Fiscal solicita, asimismo, la desestimación de los tres motivos de casación admitidos a trámite. En su escrito de oposición al recurso comienza exponiendo la doctrina jurisprudencial elaborada por esta Sala en la interpretación del artículo 80.2 CDFA. A su criterio, y en aplicación de la misma, tras la valoración de la prueba existen fundamentos suficientes para entender ajustada a derecho la atribución de la custodia individual a la madre, con un amplio régimen de visitas para el otro progenitor. Como hecho más relevante se destaca la edad del menor, nacido el 22 de mayo de 2009, que contaba por tanto dos años de edad al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia. En esta situación, atendido el artículo 80.2.a) del Código, a su criterio no parece irracional, ni arbitrario el mantenimiento de la custodia individual si se tiene en cuenta la, verdaderamente, escasa edad del niño y el resto de circunstancias que se valoran a continuación, señaladamente la falta de comunicación y colaboración entre los padres, entendida como presupuesto para que la custodia compartida pueda ser beneficiosa para el menor. En lo que atañe a la denegación de autorización para que los abuelos paternos puedan recoger al niño de la guardería, considera correctos los razonamientos de la sentencia recurrida y argumenta que no consta que dichos abuelos se vean privados de su derecho a relacionarse con su nieto menor de edad por el mero hecho de que no se acceda a una custodia compartida. Finalmente, expone que el recurrente está ale-

gando la vulneración de derechos de los que serían titulares terceras personas que no han ejercitado acción alguna, lo que plantea el problema de la posible falta de legitimación procesal del actor recurrente para ejercer una acción reclamando derechos de los que no es titular.

Tercero: Para la correcta resolución del recurso se van a examinar conjuntamente los tres motivos de impugnación formulados, porque su invocación y la argumentación que los sustenta se orientan fundamentalmente a defender la custodia compartida solicitada por el actor desde su inicial demanda, y junto a ello, en el régimen de custodia individual acordado en la instancia, a proteger la relación y funciones que pueden desempeñar los abuelos paternos respecto al nieto tras la disolución del matrimonio.

Los criterios de interpretación del artículo 80 CDFa aparecen sintetizados en nuestra sentencia de 1 de febrero de 2012 (recurso 24/2011): «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 artículo 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 menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)».

La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el artículo 80.2 CDFa evidencian, por lo que enseguida se dirá, que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida.

Para fundamentar el mantenimiento de la custodia individual, la sentencia recurrida menciona en primer lugar la conflictividad existente entre los progenitores. Es cierto que esta circunstancia, en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio –y preceptivo– de visitas con el progenitor no custodio –art. 80.1, párrafo tercero CDFa–. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular –art. 75 CDFa–.

Un segundo factor al que aluden las sentencias de instancia es la edad del menor, nacido el 22 de mayo de 2009. Cuenta por tanto en este momento tres años de edad, y se encuentra en la primera infancia. La edad de los hijos es el primero de los factores mencionados en el artículo 80.2 CDFa. No obstante, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren. Así lo ha entendido esta Sala en su sentencia de 25 de septiembre de 2012 en un su-

puesto de un menor de tres años al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, y así debe ser reiterado en una situación, como la enjuiciada, en la que el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.

Un tercer argumento que contempla la sentencia recurrida es la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas. Tampoco esta circunstancia debe resultar concluyente en una situación de disolución del matrimonio y consiguiente cese de la convivencia, en que ordinariamente quiebra el reparto de funciones de los padres anterior a la ruptura. Tras ella, los dos progenitores deben asumir las responsabilidades que les incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del recurrente para afrontar, en un régimen de custodia compartida, las necesidades derivadas de la crianza de su hijo.

En conclusión, conforme al artículo 80.2 CDFA y la jurisprudencia que lo interpreta procede estimar el recurso de casación, lo que determina que la Sala debe dictar sentencia en cuanto al fondo, estimando la petición de custodia compartida que formula el recurrente. Al acogerse la pretensión principal resulta innecesario pronunciarnos expresamente sobre una solicitud de autorización a los abuelos para recoger al menor en la guardería que se planteaba en una situación de custodia individual que se ha dejado sin efecto. En todo caso, conviene precisar: a) Que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el Juez de oficio o a instancia de cualquier persona interesada –art. 79.2 CDFA–, por lo que no se aprecia falta de legitimación del progenitor para plantear esta solicitud a la Sala; b) Resulta evidente que la responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asu-

mir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos –arts. 77.2.b) y 79.2.a) CDFA–; y c) Que sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.

Los únicos pronunciamientos que procede realizar son los referentes a la guarda y custodia compartida, con el régimen de visitas solicitado, y a la modificación que dicha custodia impone en los gastos de asistencia al menor. En lo restante, la sentencia debe ser confirmada. El plan de relaciones familiares presentado por don Javier Arnas Sánchez contiene, en lo que ahora interesa, las siguientes propuestas:

— La guarda y custodia del hijo menor Alejandro, deberá ser compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos, realizándose los cambios de domicilio los días 1 y 15 de cada mes, cuando será recogido por el progenitor al que le corresponda la estancia siguiente. Durante dicho periodo, el progenitor que no tenga la custodia podrá visitarlo tres tardes a la semana desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20,30 horas en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda.

Cada año se cambiará la alternancia del turno, correspondiendo elegir turno al padre en años pares y a la madre en años impares.

La recogida del menor se efectuará por el progenitor al que le corresponda la permanencia del menor; y en el domicilio del otro.

Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.

— En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán

en quincenas alternativas, de tal forma que en años pares, el padre pasará con el hijo la primera quincena de julio y agosto y con la madre la segunda quincena de julio y agosto, siendo al contrario en años impares.

— En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que el hijo cada año esté con cada uno de los progenitores en las fechas señaladas de Navidad. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares.

— En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares.

Caso de que la entrega del hijo corresponda en un día escolar, la recogida del menor se hará en el centro escolar, debiendo recogerse la maleta o enseres del hijo el día anterior a la entrega.

La autoridad familiar también será compartida, debiendo ser adoptadas de común acuerdo todas aquellas decisiones referidas a cuestiones sanitarias, personales, médicas o educativas del hijo, cambios de colegio, etc., que excedan de las decisiones habituales en su cuidado diario.

— Gastos de asistencia al hijo: Ambos progenitores ingresarán mensualmente en una cuenta común la cantidad de 150 euros que irá destinada a atender los gastos del hijo, como guardería, enseñanza, comedor escolar si el hijo lo utilizase, actividades extraescolares, así como los libros y el material escolar.

En cuanto a los gastos extraordinarios (gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, ortodoncia, gafas,...) deberán ser asumidos por mitad e iguales partes por cada uno de los progenitores y siempre que exista consentimiento entre ambos progeni-

tores, en caso contrario la parte que haya contratado dichos servicios asumirá el importe total de los mismos.

Asimismo, el progenitor que tenga en cada momento la custodia del hijo, deberá tener en su poder todos los documentos del menor como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento prescrito al menor.

La Sala acepta las anteriores propuestas con las salvedades que de oficio se indican a continuación, con las precisiones y en la forma que se detallará en el fallo:

1º: En relación con el periodo de permanencia del niño con cada progenitor, se considera preferible que sea no quincenal, sino de dos semanas, porque de esta forma se va a lograr una mayor uniformidad en las rutinas cotidianas del menor, siendo más adecuado limitar las visitas entre semana de tres a dos días.

2º: Se debe mantener la previsión de las Fiestas del Pilar contenida en la sentencia recurrida. Y respetar también la semana de vacaciones de la madre fuera del periodo estival.

3º: Los gastos de asistencia al hijo se actualizarán anualmente.

4º: El abono de los gastos extraordinarios del menor se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 CDFJ, norma a la que en todo caso ha de ajustarse la resolución.

Cuarto: Por la estimación del recurso no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC y, en cuanto a las de las instancias, tampoco se hace declaración de condena, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas.

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

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Pro-

curador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque, actuando en nombre y representación de don J A S, contra la sentencia de 14 de febrero de 2012 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que casamos en parte.

Segundo: En su lugar, estimamos en parte las demandas de divorcio formuladas por doña EM M C y por don J A S y acordamos las siguientes medidas:

— La guarda y custodia del hijo menor Alejandro se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, cada uno de ellos tendrá consigo al hijo por periodos de dos semanas, de manera que el progenitor a quien en cada momento corresponda recogerá al menor del domicilio del otro el viernes a las 17,00 horas y lo entregará en su propio domicilio el finalizar el periodo. El progenitor a quien no corresponda la custodia podrá tenerlo en su compañía dos tardes a la semana, martes y jueves, desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20,30 horas en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda.

Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, verano y en las Fiestas del Pilar.

— En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas, de tal forma que en años pares, el padre pasará con el hijo la primera quincena de julio y agosto y con la madre la segunda quincena de julio y agosto, siendo al contrario en años impares. La madre podrá permutar el disfrute de la semana de vacaciones que tenga fuera del periodo estival por otra semana de las que le correspondieran a ella en dicho periodo vacacional, comunicando la permuta al padre con la debida antelación.

— En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último lectivo hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas, y el segundo desde ese momento hasta el último día

de vacaciones escolares. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares.

— En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares.

— El disfrute de las Fiestas del Pilar corresponderá por entero al padre los años pares y a la madre los impares.

— Gastos de asistencia al hijo: Ambos progenitores ingresarán mensualmente en una cuenta común la cantidad de 150 euros que irá destinada a atender los gastos ordinarios del hijo. Este importe deberá actualizarse anualmente, a fecha uno de enero de cada año, conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios, se abonarán por mitad entre ambos progenitores, y los extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a que lleguen aquellos, y en su defecto los pagará quien haya decidido la realización del gasto. Asimismo, el progenitor que tenga en cada momento la custodia del hijo deberá tener en su poder todos los documentos del menor como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento prescrito al menor.

Procede confirmar la sentencia recurrida en los restantes pronunciamientos.

Tercero: No se hace expresa imposición de las costas del recurso, ni las de las causadas en las dos instancias.

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

Habiéndose estimado el recurso, devuélvase el depósito a la parte que lo constituyó.

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

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

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

44

NÚM. 44

S. TSJA 31/2012, de 5 de octubre

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: JURISPRUDENCIA: Fijación de jurisprudencia: *La fijación de jurisprudencia tiene lugar, conforme a lo ordenado por el artículo 1.6 Cc., por la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo (Tribunal Superior en nuestro caso) al interpretar y aplicar la ley. Por tanto, carecen las partes de legitimación para interesar la fijación de jurisprudencia, y no está habilitado el Tribunal para establecerla en una sola sentencia, como si dictara una norma general y no una resolución judicial llamada constitucional y legalmente a resolver el caso concreto.*

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Bienes de origen familiar: *Aun siendo inaplicable el artículo 34 Lrem. (216 CDF), porque la adquisición del bien de origen familiar tuvo lugar en 1966, la compra por el esposo para el consorcio conyugal de 5/6 de la propiedad de la finca objeto del litigio, desde que la Constitución y la reforma de 1985 hacen que la administración y disposición de los bienes comunes correspondan a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con consentimiento del otro, implicó la extinción de la propiedad exclusiva del esposo, y la pérdida para la finca de su condición de troncal. En momentos históricos pasados, como en 1966, el marido era el administrador de la sociedad conyugal, con facultades de disposición*

(art. 49 Apéndice), por lo que la compra de un bien por el marido para la sociedad, y no para sí, no afectaba a su carácter troncal, ya que, en cualquier caso, el mismo cónyuge que lo traía a la comunidad mediante compra seguía siendo su gestor; y tenía incluso facultades para disponer de él.

Y en parte privativos: *El esposo adquiere 1/6 del inmueble por herencia y los otros 5/6 se compran directamente para la sociedad conyugal. Partiendo de tales hechos realmente sucedidos, no existe apoyo legal alguno en los artículos 37, 38 o 40 Comp. que permita considerar que un bien en su totalidad tenga la condición de privativo de un cónyuge, una vez que han sido adquiridos a título oneroso para la sociedad conyugal 5/6 del bien.*

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: BIENES DE ORIGEN FAMILIAR: *Pero no sólo afectó a la finca y su posible naturaleza troncal la aportación al consorcio conyugal, al menos desde el momento en que las facultades de administración y disposición sobre el bien dejaron de ser exclusivas del cónyuge de cuya línea familiar procedía la titularidad del bien. En 1998, fallecido el esposo, tuvo lugar la liquidación de la sociedad conyugal, con adjudicación a la esposa de la mitad indivisa de los 5/6 consorciales de la finca, como bien de su exclusiva titularidad, por acuerdo de todos los coherederos y ella misma en una transacción judicial. La incorporación al consorcio conyugal de 5/6 de la finca pone fin a su carácter troncal, y la adjudicación de 5/12 partes a la esposa, ya como bien propio, hacen que pasen a ser propiedad tan sólo de su madre, persona ajena a la familia de la que procede el bien.*

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: CUOTA INDIVISA: Enajenación del bien en su totalidad: *Respecto de la pretensión de la parte de que se declare el mantenimiento de la condición troncal de un bien, siempre y cuando una cuota indivisa de su propiedad corresponda a uno de los parientes, hay que considerar que la referencia del artículo 149 Comp. a la permanen-*

cia del bien en el tronco familiar se hace «al dominio pleno, útil o directo de inmuebles», de donde se colige que no basta con la pertenencia de una cuota indivisa de la propiedad a un familiar del futuro titular del derecho de abolorio para que se mantenga, sobre todo el bien, la expectativa del posible derecho de abolorio.

BIENES DE ABOLORIO: Permanencia en la familia: *Sólo 1/6 del bien litigioso fue propiedad del esposo, los 5/6 restantes fueron, primero, de titularidad de la comunidad conyugal, y luego 5/12 de propiedad exclusiva de la esposa. En consecuencia, el bien salió del tronco familiar; y pasó a manos de extraños a la familia de procedencia, por lo que, independientemente de que fuera adquirido a título oneroso o gratuito, lo determinante es que el bien no permaneció como de titularidad de un familiar troncal. De modo que no se infringe norma alguna cuando se deniega, por tal motivo de no permanencia en la familia, el derecho de abolorio. Perdió así la condición de bien de abolorio para el retrayente, pues pasó a ser en parte propiedad de persona extraña a la familia troncal (la esposa).*

76: SUCESIÓN LEGAL: BIENES TRONCALES: *Si por haber adquirido la titularidad total del bien cuatro de los cinco hijos de don Carlos y doña Pilar (7/12 proceden de su padre y 5/12 de su madre, si bien 1/6 fue adquirido por el padre por herencia y 5/6 comprados para el consorcio conyugal y luego divididos por mitad entre la viuda y los herederos del padre), el bien puede entenderse o no de renovada troncalidad, es cuestión que podrá interesar, en su caso, a cualquiera de los cinco hijos, pues ellos son los que mantienen parentesco con todos los ascendientes que han sido titulares del bien.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 49 Apéndice, 34 Lrem., 1.6 Cc., 37, 38, 40, 149 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

En Zaragoza, a cinco de octubre de dos mil doce.

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 18/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 6 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 32/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 403/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don Miguel Ángel, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Sanagustín Medina y dirigido por la Letrada doña M^a Ángeles Carnicer Cañada y como parte recurrida doña Cristina y doña María, y don Hilario, representados por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Ivana Dehesa Ibarra y dirigidos por la letrada doña Mercedes Gorgas Minguez.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Carlos García Dobón, actuando en nombre y representación de don Miguel Ángel, presentó demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de retracto de abolorio contra don Hilario, y doña María y doña Cristina, en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que, previos los trámites legales, incluida la solicitud de prueba, se dicte sentencia por la que: «1: Declare haber lugar al retracto ejercitado, reconociendo el derecho de mi mandante a subrogarse en la posición de los demandados como parte compradora de la finca núm. 1154, inscrita en el tomo 753, libro 34, folio 132, del Registro de la Propiedad de A, inmueble situado en la calle, con la entrega a los demandados al consumarse el retracto del precio cuyo pago ha sido garantizado mediante aval, además de los gastos y cualquier otro pago legítimo efectuado por la compraventa y que resulte debidamente acreditado. 2: Condene a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento, con las obligaciones de: otorgar la correspondiente escritura pública de subrogación en su posición de com-

pradores y con la advertencia de que, si así no proceden, la misma podrá ser otorgada por el Juzgador en su nombre; y destinar el importe que se les entregue en el momento de la consumación del retracto a la amortización y cancelación de la carga hipotecaria que grava la finca objeto de este procedimiento. 3: Imponga las costas causadas a los demandados».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y la contestara, lo que hizo dentro de plazo, solicitando que, previos los tramites legales, dicte sentencia que desestime la demanda y subsidiariamente reconozca el precio efectivamente pactado y satisfecho a los vendedores, y los gastos derivados por la adquisición de la finca, ordenando lo necesario para que por el actor se satisfaga íntegramente el importe total de 560.233,24€, y el resto de gastos en que puedan incurrir.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia num. 2 de Teruel dictó sentencia con fecha 19 de julio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador don Carlos García Dobón, en nombre y representación de don Miguel Ángel, absuelvo a los demandados don Hilario, doña Cristina y doña María, de las pretensiones en ella contenidas. Sin efectuar expresa imposición de costas procesales».

Cuarto: Interpuesto por el Procurador Sr. García Dobón, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte contraria, que presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, dictó sentencia de fecha de 6 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLO: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Carlos García Dobón, en nombre y

representación de don Miguel Ángel, contra la Sentencia de fecha diecinueve de julio de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en autos de Juicio Ordinario número 403/2010, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, sin hacer pronunciamiento expreso respecto de las costas causadas en esta segunda instancia».

Quinto: La representación legal de don Miguel Ángel presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en los siguientes motivos: Primero: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, al infringir la sentencia el ordenamiento jurídico aplicable, por aplicación indebida del artículo 34 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad para resolver el asunto objeto de recurso. Segundo: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, con fundamento en el motivo único que dicho precepto autoriza, al infringir la sentencia por interpretación errónea, el artículo 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones, sin que exista doctrina del TSJA. Tercero: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, por interpretación errónea de los artículos 37, 38 y 40 de la Compilación. Cuarto: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, al infringir la sentencia por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte. Quinto: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa al infringir la sentencia por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte. Una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por interpuesto, acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de

Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 4 de junio de 2012 Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto, admitirlo a trámite y dar traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 12 de septiembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ejercitado por la parte actora, y ahora recurrente, el derecho de retracto de abolorio respecto de finca adquirida por los demandados y recurridos, sita en la localidad de el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Teruel desestimó la demanda, en sentencia dictada el día 19 de julio de 2011 que fue apelada ante la Audiencia Provincial de Teruel.

El recurso fue resuelto por sentencia dictada por la Audiencia Provincial el día 6 de marzo de 2012, en la que lo desestimaba, confirmando en todos sus extremos la sentencia dictada por el Juzgado. El Tribunal consideró que fue correctamente observado el artículo 149 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (CA en adelante) en la sentencia del Juzgado, cuando entendió que la compra para el consorcio conyugal de una cuota de copropiedad de bien troncal de la familia del esposo, y la posterior adjudicación de una parte de tal bien a la esposa viuda, al tiempo de la liquidación del consorcio, comportaron que el bien dejó de pertenecer al tronco familiar del esposo fallecido a los efectos del precepto citado.

Asimismo, la sentencia recurrida desestimó la petición subsidiaria del apelante, de que se acordara el retracto respecto de una quinta parte de la finca, por entender el Tribunal que si bien respecto de tal cuota se cumplieron todos los requisitos legalmente exigidos para el ejercicio del retracto, sin embargo debía ser denegado, por ser contrario a la finalidad de tal derecho

retraer sólo sobre una porción y por ser inconveniente al criterio general del ordenamiento jurídico establecer la comunidad ordinaria que resultaría caso de estimarse tal petición.

Segundo: Según resulta de los hechos admitidos por las partes, los que constituyen la base fáctica de la sentencia impugnada y, por su referencia, del Juzgado de Primera Instancia, el demandante, don Miguel Ángel, es pariente colateral de cuarto grado (primo hermano) de los cuatro hermanos que el día 23 de julio de 2010 vendieron la finca objeto de retracto a los demandados, personas ajenas a la familia.

Los vendedores, don Carlos, doña Pilar, don José M^a y doña Isabel, eran dueños de la totalidad de la finca por acumulación de cuotas indivisas de 7/12 de su padre don Carlos y 5/12 de su madre doña M^a Pilar.

La causa de adquisición de los 5/12 pertenecientes a la madre se remonta al año 1966 tal y como recoge la inscripción registral de la finca. El 12 de diciembre de 1966 el padre de los vendedores adquirió por herencia 1/6 del total de la finca, mientras que fueron comprados 5/6 para el consorcio conyugal. Una vez fallecido el esposo, las desavenencias entre los interesados en la herencia fueron resueltas por transacción judicial aprobada por dos autos de 5 de noviembre de 1998 y de 21 de junio de 1999. En su virtud, en lo que ahora interesa, se adjudicó a la viuda la mitad indivisa de las 5/6 partes que eran de titularidad del consorcio conyugal, mientras que la otra mitad de las 5/6 partes consorciales más el sexto que pertenecía al padre fue adjudicado a cuatro de los cinco hijos del matrimonio, en ambos casos por cuartas e iguales partes pro indiviso. Por tanto, consecuencia de tal adjudicación acordada entre todos los interesados, 5/12 quedaron de propiedad exclusiva de la viuda, mientras que 7/12 eran copropiedad de cuatro de sus hijos.

Fallecida doña Pilar el día 5 de noviembre de 2003, y practicadas las correspondientes operaciones particionales en Escri-

tura de 9 de marzo de 2004, finalmente tuvo lugar el día 23 de julio de 2010 la venta antes indicada por parte de los hermanos copropietarios a los ahora demandados, ajenos a la familiar.

Tercero: Según resulta de las fechas expuestas, es correcta la afirmación mantenida por la recurrente en su primer motivo de recurso, de no ser de aplicación al caso el artículo 34 de la Ley de Aragón 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que la sentencia recurrida cita en su Fundamento de Derecho Primero, ya que tal norma no estaba en vigor ni cuando tuvo lugar la compra de 5/6 cuotas de propiedad de la finca para el patrimonio consorcial, ni cuando se adjudicaron 5/12 cuotas indivisas a la esposa al liquidarse el consorcio.

Ahora bien, la no aplicación al supuesto del mencionado artículo 34 no debe dar lugar a la estimación sin más consideraciones de este motivo de recurso, por las dos razones que a continuación se tratan.

En primer lugar, de la lectura íntegra de la sentencia no resulta con claridad si la cita del artículo 34 es como norma por la que se resuelve la cuestión litigiosa o si se trata, como parece deducirse del conjunto de todo el texto, del colofón al devenir histórico doctrinal y jurisprudencial que recoge la resolución sobre si debe entenderse que la aportación de un bien al consorcio conyugal determina o no la pérdida de su permanencia en la familia a que antes venía perteneciendo.

En segundo lugar, aun siendo inaplicable el artículo 34 mencionado, la normativa que debe ser observada conduce en este caso a igual conclusión que la que pudiera haberse obtenido caso de vigencia del repetido artículo 34, esto es, que los dos negocios jurídicos efectuados, —el de aportación de cuotas indivisas del bien al patrimonio de la sociedad conyugal y el de la posterior adjudicación a la esposa como propietaria exclusiva de otras cuotas—, determinan la salida del bien de la línea troncal de que procedía.

Cuarto: En concreto, y en relación a si debe considerarse que la aportación de un bien a la sociedad conyugal supone la pérdida de su permanencia en la familia a que había venido perteneciendo, no ha sido uniforme la interpretación judicial y doctrinal anterior a la entrada en vigor del mentado artículo 34, tal y como indica la sentencia recurrida. Al respecto debe considerarse, a favor del reconocimiento del abolorio, que en un caso como el presente de procedencia de la troncalidad de la línea del marido, en momentos históricos pasados la administración de la sociedad conyugal e incluso la facultad de disponer de sus bienes correspondía sólo al esposo. Así, en concreto, se recogía en el artículo 49 del Apéndice de Derecho Foral de Aragón de 1925, de aplicación en el momento en que, en este supuesto, tuvo lugar la aportación del bien a la sociedad conyugal mediante compraventa de 5/6 de la titularidad (el día 12 de diciembre de 1966).

Bajo esta óptica, y si consideráramos sólo el hecho de la aportación a la comunidad conyugal, parecería abonarse la doctrina de que, en el momento de que se trata, y con la legislación entonces aplicable, el hecho de que el marido comprara el bien para la sociedad, y no para sí, no afectaba a su carácter troncal, ya que, en cualquier caso, el mismo cónyuge que lo traía a la comunidad mediante compra seguía siendo su gestor, y tenía incluso facultades para disponer de él.

Ahora bien, en contra de tal posible anterior interpretación, debe valorarse que el devenir social y normativo modifican sobremanera el régimen de 1966 expuesto. Especialmente a partir de la entrada en vigor de la Constitución en 1978 y la sanción inviolable de ser el marido y la mujer iguales en derechos y obligaciones. Concreto reflejo normativo de esta orden constitucional fue la inclusión en el artículo 48 de la CA, mediante reforma operada por Ley de 3/1985, de 21 de mayo, de corresponder a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con consentimiento del otro la administración y disposición de los bienes comunes, así como las deci-

siones que afecten a la economía familiar. Esta atribución a ambos cónyuges, conjuntamente, de la posibilidad de disposición de un bien impide ya dudar sobre si respecto de un bien adquirido para el consorcio tiene dominio directo o cualquier vinculación especial demanial uno de los cónyuges, pues ambos quedan en régimen de igualdad respecto de la propiedad y posibles expectativas para con el bien. Debe, por tanto, concluirse que la aportación al consorcio conyugal de 5/6 de la propiedad de la finca objeto del litigio, y su mantenimiento en él a partir de la reforma del artículo 48 CA, implicó la extinción de propiedad exclusiva del esposo, y la pérdida para la finca de su condición de troncal.

Pero no sólo afectó a la finca y su posible naturaleza troncal la aportación al consorcio conyugal. Vigente el modificado artículo 48 CA es cuando en el caso presente tiene lugar un acto jurídico decisivo y añadido al previo ya dicho de compra de 5/6 para la comunidad conyugal: la liquidación de la sociedad conyugal, con adjudicación a la esposa, por acuerdo de todos los coherederos y ella misma, como bien de su exclusiva titularidad, de la mitad indivisa de tales 5/6. De manera que la esposa viuda devino finalmente propietaria única de 5/12 de la cotitularidad de la finca, siendo especialmente reseñable al respecto que esta atribución no cabe apreciar que fuera hecha por mera adjudicación automática de cuotas del consorcio que se disolvía, sino que fue expresamente acordada en la formación de una transacción judicial en que intervenían todos los interesados.

Quinto: Por tanto, a lo largo de la existencia de la comunidad conyugal hasta su disolución por fallecimiento del esposo, el día 5 de noviembre de 1992, no puede sostenerse el punto de partida de que pudiera parecer irrelevante para la condición de troncalidad de un bien que uno de sus titulares lo aporte a su sociedad conyugal. Por el contrario, desde el momento en que las facultades de administración y de disposición sobre el bien dejaron de ser exclusivas del cónyuge de cuya línea familiar pro-

cedía la titularidad del bien, terminó el carácter troncal de la finca.

Y sobre lo anterior se superpone además, en este caso, la adjudicación, ya como bien propio, una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal, de 5/12 partes a la esposa, por avenencia de los implicados en el negocio jurídico liquidatorio, quienes, como descendientes de la línea de procedencia troncal del bien, admitieron de modo expreso y paccionado que 5/12 de su titularidad pasaba a ser propiedad tan sólo de su madre, persona ajena a su familia troncal.

Todo lo cual conlleva que el primer motivo de recurso, que sostenía la naturaleza troncal del bien a pesar de las circunstancias expuestas de aportación a consorcio conyugal y adjudicación de cuotas a la viuda, debe ser desestimado.

Sexto: El segundo motivo de recurso de casación se enuncia en los siguientes términos literales: «SEGUNDO: Al amparo del artículo 1 Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa, con fundamento en el motivo único que dicho precepto autoriza, al infringir la sentencia por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones, sin que exista doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se solicita que se fije como jurisprudencia que un bien troncal de abolorio, a efectos del derecho de abolorio, no pierde su condición mientras una parte indivisa del bien pertenezca a un pariente troncal, por considerar que se mantiene el origen familiar».

Con carácter previo a resolver este motivo parece oportuno aclarar que la fijación jurisprudencial que solicita el recurrente, en términos que luego reproducirá en los motivos de casación tercero a quinto, tiene lugar, en lo que ahora interesa y conforme a lo ordenado por el artículo 1.6 del Código Civil, por la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo (Tribunal Superior en nuestro caso) al interpretar y aplicar la ley.

Por tanto, carecen las partes de legitimación para interesar la fijación de jurisprudencia, y no está habilitado el Tribunal para establecerla en una sola sentencia, como si dictara una norma general y no una resolución judicial llamada constitucional y legalmente a resolver el caso concreto.

Séptimo: Respecto del fondo de la cuestión planteada en el segundo motivo, esto es, la pretensión de la parte de que se declare el mantenimiento de la condición de troncal de un bien, siempre y cuando una cuota indivisa de su propiedad corresponda a uno de los parientes, hay que considerar que la referencia del artículo 149 CA a la permanencia del bien en el tronco familiar se hace «al dominio pleno, útil o directo de inmuebles», de donde se colige que no basta con la pertenencia de una cuota indivisa de la propiedad a un familiar del futuro titular del derecho de abolorio para que se mantenga, sobre todo el bien, la expectativa del posible derecho de abolorio.

En consecuencia con tal regulación legal este motivo debe ser desestimado.

Octavo: El tercer motivo de recurso de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 37, 38 y 40 de la CA, por entender la parte recurrente que si el bien es adquirido por un cónyuge en parte a título gratuito y en parte a título oneroso, debe considerarse, a los efectos de la relación entre el patrimonio del propio cónyuge y el patrimonio consorcial, que su calificación ha de ser la de bien privativo, sin perjuicio del derecho de reembolso de la sociedad conyugal respecto del precio pagado.

Este motivo de recurso se aparta de la realidad fáctica que es enjuiciada. Como ya se ha expuesto con anterioridad, el bien no fue adquirido por don Carlos en parte a título gratuito y en parte a título oneroso, sino que él devino titular, por herencia, de 1/6 del inmueble. Los restantes cinco sextos fueron adquiridos mediante compraventa directamente por la sociedad conyu-

gal. La exposición del motivo omite, además, que tales cinco sextas partes no pertenecieron siempre a la sociedad conyugal, puesto que su mitad, esto es, 5/12 del bien, llegaron a ser de titularidad exclusiva de doña Pilar, una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal.

Partiendo de tales hechos realmente sucedidos, no existe apoyo legal alguno en los artículos 37, 38 o 40 CA que permita considerar que un bien en su totalidad tenga la condición de privativo de un cónyuge, una vez que han sido adquiridos a título oneroso para la sociedad conyugal 5/6 del bien.

Noveno: En el cuarto motivo de casación se entiende infringido por la sentencia recurrida el artículo 149 CA y 212 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte ya que, según enuncia el motivo: «CUARTO: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, al infringir la sentencia, por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, solicitando que fije como doctrina que en los casos en que se adquiriera un bien troncal de abolorio, constante matrimonio y a título oneroso, y a los que no resulte de aplicación el artículo 34 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad por las normas del Derecho transitorio, se considerará que el mismo no ha salido de la familiar y por tanto, conserva su carácter troncal de abolorio, a efectos del derecho de abolorio».

Este motivo reitera lo expuesto en el primer motivo del recurso, resuelto con anterioridad en esta resolución. Como ya se ha tratado en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto precedentes, no siendo de aplicación el artículo 34 de la Ley de Aragón 2/2003, sino el artículo 149 CA en relación con el artículo 48 de la propia CA en la redacción dada por Ley 3/1985, las sucesivas transmisiones de que fue objeto el bien litigioso comportaron que sólo un sexto de su propiedad fuera

propiedad de don Carlos. Los restantes 5/6 fueron, primero, de titularidad de la comunidad conyugal formada con su esposa doña Pilar, y luego 5/12 de propiedad exclusiva de doña Pilar. En consecuencia con ello, como ya se concluyó al resolver el primer motivo de recurso, el bien salió del tronco familiar, y pasó a manos de extraños a la familia de procedencia, por lo que, independientemente de que fuera adquirido a título oneroso o gratuito, lo determinante es que el bien no permaneció como de titularidad de un familiar troncal. De modo que no se infringe norma alguna cuando se deniega, por tal motivo de no permanencia en la familia, el derecho de abolorio.

Décimo: El quinto y último motivo del recurso afirma la infracción de los artículos 149 CA y 212 de la Ley de la Ley de Aragón 1/1999, porque, en consideración del recurrente, el bien conserva su carácter troncal cuando pasa a formar parte de una comunidad de bienes formada por descendientes troncales y su progenitor no tronquero, por ser miembros todos la casa o familia, de modo que el bien no ha salido de la familia.

La situación expuesta en este motivo de recurso se aparta de la que realmente ocupa el retrayente dentro de la familia cuando ejercita su derecho de retracto, por lo que no cabe observar que respecto de él pueda darse la infracción normativa que denuncia.

Así, el inmueble salió del tronco familiar común del retrayente y de los familiares que dispusieron de él en 1966 y en 1998 cuando, respectivamente, pasa 1/6 a ser propiedad de don Carlos, y cuando es adjudicado en sus 5/12 partes en exclusiva propiedad a doña Pilar. Perdió así la condición de bien de abolorio para el retrayente, pues pasó a ser en parte propiedad de persona extraña a la familia troncal (doña Pilar).

Si luego, por haber adquirido la titularidad total cuatro de los cinco hijos de don Carlos y doña Pilar, el bien puede entenderse o no de renovada troncalidad, es cuestión que podrá interesar, en su caso, a cualquiera de los cinco hijos, pues ellos son los que

mantienen parentesco con todos los ascendientes que han sido titulares del bien. Pero no afecta al ahora recurrente, pues respecto de él la línea de troncalidad se perdió definitivamente cuando el bien pasó a ser propiedad de doña Pilar, ajena a la familia troncal a que pertenecen su fallecido esposo don Carlos y el propio retrayente.

En consecuencia, este motivo de recurso debe ser desestimado.

Undécimo: Como resulta de la exposición de interpretación y aplicación de normas hechas en las sentencias dictadas en el presente procedimiento, las conclusiones obtenidas lo son previa decisión de cuestiones que presentan dudas en derecho. Por ello, y de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Miguel Ángel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel el día 6 de marzo de 2012 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

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

Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

NÚM. 45

S. TSJA 32/2012, de 16 de octubre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: *En casación no cabe entrar a valorar nuevamente los hechos para fijar una cantidad distinta a la señalada en la sentencia de instancia, porque de aceptarse esta posibilidad se llegaría a crear una tercera instancia revisora del importe de las pensiones, lo que es absolutamente ajeno a la naturaleza de este recurso extraordinario. Se reitera la jurisprudencia del TS y del TSJA que declara que el juicio de proporcionalidad de la pensión del artículo 82 C DFA corresponde a los tribunales de instancia y no es susceptible de revisión salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional deduciendo el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal.*

RELACIÓN PERSONAL DEL HIJO MENOR: Dificultad de imponer un régimen concreto de visitas: *La sentencia no fija un concreto régimen de visitas para que el padre pueda relacionarse con sus hijas, con ello no infringe los artículos 59 y 60 C DFA porque no prohíbe la posibilidad de relación entre padre e hijas. Simplemente constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de unas menores que cuentan quince años de edad y que venían desarrollando un sistema de visitas que se sustentaba ya en el deseo de las menores de ir con su padre cuando quisieran. En definitiva, padre e hijas deben decidir conjuntamente un régimen de visitas que permita mantener la necesaria relación personal, sin que deba imponerse en este caso un sistema rígido que no conduciría más que a distanciar y dificultar aún más la ya tensa relación que existe entre ellos.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 82, 59 y 60 C DFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilo Molins García-Atance.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 24/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 25 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 64/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 419/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente don José Ignacio, representado por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Pilar Amador Guallar y dirigido por el Letrado don César Garrido Rey y parte recurrida el Ministerio Fiscal y doña M^a Pilar, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Valgañón Palacios y dirigida por el Letrado don Luis Carbonell Pintanel.

[...]

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José Ignacio contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de abril de 2012, que confirmamos.

NÚM. 46

S. TSJA 34/2012, de 19 de octubre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho del menor a ser oído: *De los preceptos citados por el Ministerio Fiscal, en apoyo de su petición de nulidad de la sentencia recurrida por no haber sido explorada judicialmente una menor de 10 años de edad (arts. 12 de la Convención de derecho del niño, 9 de la LO 1/1996 y 6 del C DFA), se desprende la necesidad de que en los casos que indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, pero no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad*

de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entender infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos. La menor fue oída por los profesionales que la entrevistaron para elaborar sus informes periciales.

Valoración de la prueba practicada: *Los tribunales pueden establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor. La valoración de la prueba practicada corresponde a las instancias procesales, y la revisión de la prueba solo cabe al amparo del recurso previsto en el artículo 469.1.4.º Lec., cuando tal valoración resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, pero en el presente supuesto tal valoración resulta del análisis de la opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, y las conclusiones, no plenamente coincidentes, de dichos informes, por lo que no se aprecia infracción del artículo 80.2 CDFa.*

La opinión de los menores: *La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el artículo 80.2 CDFa, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

En Zaragoza, a diecinueve de octubre de dos mil doce.

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 núm. 16/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial

de Huesca, de fecha 16 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 55/2012 dimanante de autos de Modificación de Medidas número 829/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca, siendo parte recurrente don Bredan-Aurelio, representado por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y dirigido por el Letrado don Ramón Torrente Ríos y parte recurrida doña Ana, representada por el Procurador de los Tribunales don Fernando Alfaro Gracia y dirigida por el Letrado don Saúl Gazo Ortiz de Urbina, así como el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 26 de octubre del 2010 la Procuradora Sra. Bovio Lacambra, en representación de don Bredan-Aurelio, presentó ante el Juzgado decano de los de Huesca demanda de Modificación de Medidas adoptadas en el divorcio de mutuo acuerdo frente a doña Ana y, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó solicitando: «acuerde la modificación de las medidas en el sentido solicitado declarando la custodia compartida para ambos progenitores junto con las demás medidas incluidas en la propuesta de pacto de relaciones familiares».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó la demanda interesando: «dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda acordando mantener la guarda y custodia individual a favor de la madre, con expresa condena en costas».

Por decreto de 3 de febrero de 2011 se tuvo por contestada la demanda y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca dictó sentencia en fecha 18 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimar la demanda de Modificación de medidas formulada a instancia de la Procuradora Sra. Bovio en

nombre y representación de don Bredan-Aurelio, asistido por el letrado Sr. Torrente contra doña Ana representada por la procuradora Sra. Pardo y asistida del Letrado Sr. Gazo, manteniendo las medidas del Convenio Regulador acordadas de Mutuo Acuerdo y aprobadas en la sentencia de Divorcio de fecha de 28 de noviembre de 2008. No procede hacer expresa condena en costas».

Tercero: La representación procesal de la parte actora interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a las partes contrarias, quienes presentaron sendos escritos de oposición al recurso presentado de contrario. Por diligencia de ordenación de 23 de diciembre de 2012 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 16 de marzo de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el demandante, Bredan-Aurelio, contra la sentencia referida, que confirmamos íntegramente. No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña M^a Teresa Bovio Lacambra, actuando en nombre y representación de don Bredan-Aurelio presentó, en tiempo y forma, escrito de interposición de recurso extraordinario de casación que basó en el siguiente motivo: «Por infracción del artículo 6.2 de la Ley 2/2010 de 26 de mayo de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, hoy artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2001 de 22 de marzo, por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida, así como por infracción de la doctrina jurisprudencial sentada en Sentencia del TSJA de 9 de febrero de 2012».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las

partes, se acordó por auto de 13 de junio de 2012 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a las partes contrarias por plazo de veinte días y evacuado dicho trámite, las partes presentaron los escritos en apoyo de sus pretensiones y, por providencia de 5 de septiembre, dado que el Ministerio Fiscal instó la nulidad de la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca, se consideró necesaria la celebración de la vista que, por diligencia de ordenación de 25 de septiembre, se señaló para el día 26 de septiembre de 2012 a las 10 horas., en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El único motivo del recurso de casación interpuesto por la representación de don Bredan-Aurelio se fundamenta en la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida que el recurrente pretende respecto a las dos hijas de su matrimonio, Paula, nacida el 15 de junio de 2001, y Cristina, nacida el 23 de abril de 2005.

Tras el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo (número 641/2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca), terminado por sentencia de 28 de noviembre de 2008 que aprobó el convenio regulador presentado por los cónyuges, el recurrente instó el procedimiento de modificación de medidas del que deriva el presente recurso solicitando que se acordara la guarda y custodia compartida de las hijas del matrimonio. Fue desestimada su demanda por la sentencia del Juzgado de 18 de octubre de 2011, e igualmente desestimado el recurso de apelación en sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de marzo de 2012.

En las sentencias del Juzgado y de la Audiencia se toman en consideración las pruebas periciales practicadas, tanto las aportadas a instancia de las partes (de la psicóloga Sra. Lascorz a instancia de la

parte actora y del psiquiatra Dr. Pavón a instancia de la parte demandada), como de la psicóloga adscrita al Instituto de Medicina Legal de Huesca y de la trabajadora social adscrita al mismo Instituto. Todos ellos examinaron personalmente a las niñas. Ninguna de las partes, tampoco el Ministerio Fiscal, solicitó la exploración judicial de las dos menores.

Tras la admisión del recurso de casación y el traslado del mismo a las partes, el Ministerio Fiscal instó, en primer lugar, que la Sala declarase la nulidad de la sentencia recurrida para que la Audiencia Provincial de Huesca oyerá a la menor Paula, previamente a resolver el recurso de apelación. Dado el contenido de dicha petición y las consecuencias que comportaría su estimación, resulta obligado resolver la misma en primer lugar.

El representante del Ministerio Fiscal alega la nulidad de la sentencia recurrida al amparo del artículo 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no haber sido oído el menor, en este caso la niña Paula, nacida el 15 de junio de 2001 (de diez años y nueve meses de edad en el momento de ser dictada la sentencia de apelación).

En apoyo de lo anterior cita el artículo 12 de la Convención de derechos del niño, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y el artículo 6 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA). También en el acto de la vista del recurso aludió al artículo 20 CDFA. El primero de los preceptos citados dice:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por

medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Se garantiza, por lo tanto, el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, para lo que se le dará la oportunidad de ser escuchado. No se exige que se practique la exploración judicial del menor mediante audiencia directa por el juez, pues se prevé que exprese su opinión directamente o por medio de representante, conforme a las normas del procedimiento de la ley nacional.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor enuncia el derecho del menor «a ser oído... en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social». Se especifica que «en los procedimientos judiciales las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación..., cuidando de preservar su intimidad». Se expresa, por lo tanto, el derecho del menor a ser oído, pero tampoco se exige que se practique mediante audiencia directa por el juez pues en el apartado 2 se prevé que pueda ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de representante u otras personas que por su profesión o especial relación de confianza puedan transmitir su opinión objetivamente. En el apartado 3 se exige que cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de representante, la denegación de la audiencia será motivada. En el presente supuesto la menor no solicitó ser oída, y su opinión fue escuchada en cuatro ocasiones por profesionales que trasladaron al tribunal su opinión, que ha sido expresamente valorada en ambas sentencias.

El artículo 6 del CDFA dice:

Artículo 6. *Derecho del menor a ser oído.*

Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su perso-

na o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.

Nuevamente se proclama el derecho del menor a ser oído, sin especificarse que haya de hacerlo directamente el tribunal.

Debe rechazarse la aplicación en este supuesto del artículo 20 del CDFA, igualmente citado por el representante del Ministerio Fiscal, ya que se refiere a las reglas que deben seguirse en los supuestos de intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor de catorce años.

En resumen, de los preceptos citados se desprende la necesidad de que en los casos que se indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, lo que ha sido debidamente cumplido mediante la intervención de los profesionales citados. Por el contrario, no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido en derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos.

El artículo 238.3º LOPJ, a cuyo amparo solicita el Ministerio Fiscal la nulidad de lo actuado hasta el momento en que, a su juicio, debió ser explorada la menor por la Audiencia Provincial, exige que se haya prescindido de normas esenciales del procedimiento siempre que por esa causa haya podido producirse indefensión. Como se ha indicado, la menor fue oída por los cuatro profesionales que intervinieron en el procedimiento, quienes trasladaron al Juzgado las impresiones percibidas de ella en las entrevistas habidas para la elaboración de sus informes, y ninguna de las partes, ni el Ministerio Fiscal, consideró necesaria la exploración, ni se echó en falta en ninguno de los trámites procesales. Tampoco lo hicieron valer las partes, o el Ministerio Fiscal, mediante la interposición de los recursos legalmente estableci-

dos, como exige el artículo 240 LOPJ, ni se afirma que no hubiera podido denunciarse antes (art. 241.1 LOPJ). Tampoco argumenta el Ministerio Fiscal, habida cuenta de lo expuesto hasta ahora, cómo se ha producido la indefensión del menor.

Las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo esgrimidas por el Ministerio Fiscal en apoyo de su solicitud no proclaman la exigencia de que el derecho del menor a ser oído se haga en todos los casos mediante la exploración judicial, sino que analizan casos concretos que carecen de la identidad necesaria con el presente en términos tales que su doctrina exigiera la declaración de nulidad pretendida.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio, resuelve un supuesto en que, atribuida inicialmente la custodia al padre tras oír al menor, resultó modificada la custodia sin nueva exploración. El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por el padre y anula la última sentencia porque no fue oído el menor por la Audiencia Provincial, teniendo en cuenta que se modificaba la guarda y custodia. Siendo ésta la razón que, fundamentalmente, es considerada por el TC, resulta claro que se trata de una situación bien distinta que no permite aplicar la misma decisión al caso presente.

La sentencia 610/2005 del Tribunal Supremo, de 15 de julio, anulando la dictada por la Audiencia Provincial, fue dictada en un procedimiento de incapacidad en el que no fue oído el presunto incapaz a pesar de ser un requisito específicamente previsto para estos procedimientos en el artículo 759.3 LEC. Resulta evidente que se trata de una situación bien distinta, en la que el indicado precepto de forma imperativa exige dicho trámite, a diferencia de la forma en que viene indicado en los preceptos antes citados para este caso.

Consecuencia de todo lo anterior es la desestimación de la petición de nulidad instada por el Ministerio Fiscal.

En la misma alegación sobre la nulidad el Ministerio Fiscal se refiere a la relevancia

preponderante que, a su juicio, debe darse a la opinión de los menores, a lo que nos referiremos al resolver sobre el motivo del recurso de casación admitido.

Segundo: El motivo único del recurso denuncia la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida que, a juicio del recurrente, en la sentencia de primera instancia y en la recurrida se convierte en excepcional en vez de normal o preferente. Afirma sentirse desconcertado porque la sentencia de la Audiencia Provincial, después de rebatir los argumentos por los que la del Juzgado estimó que resultaba más conveniente la custodia en favor de la madre, utiliza otros distintos para rechazar la custodia compartida.

La sentencia del Juzgado pone de relieve, por la prueba practicada, la mala relación existente entre los padres y la diferente manera de ambos de enfrentar la vida cotidiana sin que, según las periciales practicadas, se cuestione la idoneidad de cada uno. La sentencia contrasta los dos informes de parte y las diferentes posturas de ambos, así como el del Área Social que recoge la situación de enfrentamiento existente entre los padres y llega a la conclusión de ser más beneficiosa para las menores la custodia compartida. Sin embargo, por la edad de las menores, la conflictividad entre los progenitores, la judicialización de sus relaciones y esa conflictividad, considera la sentencia que los cambios de status de vida con cada progenitor pueden afectar al desarrollo de la personalidad de las hijas, y que es necesario procurar una continuidad en su entorno por lo que no estima procedente la modificación de las medidas.

La sentencia de la Audiencia Provincial afirma en su fundamento jurídico quinto, con cita de la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2012, que la mala relación entre los cónyuges no puede ser, por sí misma, un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas, y lo más beneficioso para las menores es que se relacionen con ambos

progenitores aunque los adultos se lleven mal personalmente; que en el supuesto enjuiciado el mal entendimiento personal y su animadversión, e incluso enemistad, no llega a un grado de conflictividad tal que imposibilite la custodia compartida, como tampoco impide el régimen de visitas; que la judicialización de sus relaciones se concreta en dos procedimientos alegados por el actor en su recurso de apelación, el primero para ampliar las visitas y el segundo para autorizar al apelante a viajar a Canadá con sus hijas durante quince días; que las distintas costumbres, pensamientos y modo de vida de uno y otro no deben suponer ningún inconveniente para la custodia compartida porque ninguna forma de educar en el ámbito de la familia es preferente por sí misma a otra cuando, como aquí ocurre, no acarrea perjuicio alguno para las menores; y que la actual edad de las niñas (diez años y casi siete) no supone un obstáculo para la concesión de la guarda y custodia compartida.

Pero en el fundamento siguiente reseña la sentencia los cuatro informes periciales practicados, con detalle de los aspectos que le resultan más destacables, esencialmente las manifestaciones de la niña mayor a cada uno de los peritos informantes y concluye que la hija mayor no ha aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, aunque intenta adaptarse a la nueva situación, lo que no es considerado en la sentencia como un capricho de la menor sino una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el artículo 80.2 –la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia–.

Tercero: El recurrente analiza las anteriores consideraciones de la sentencia y

comparte las más generales de su fundamento quinto, pero expresa su disconformidad con las conclusiones que extrae de los informes periciales afirmando que «... si partimos de los informes periciales... podemos decir que de manera global y objetiva no existe razón o motivo para rechazar la guarda y custodia compartida». A partir de ahí se extiende en su particular valoración de los informes periciales incurriendo así en el defecto de pretender convertir el recurso de casación en una tercera instancia y que esta Sala valore de nuevo las pruebas, en este caso los citados informes periciales, lo que está vedado pues el objeto de este recurso no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a las instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos.

Hemos recordado en otras sentencias (por todas la de 1 de febrero de 2012, recurso 24/2011) que: «Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible p respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005)».

En el presente supuesto la propia parte recurrente admite que la Sala de apelación analiza correctamente algunos de los criterios a tener en cuenta en la aplicación del régimen legal preferente de la custodia compartida establecido en el artículo 80.2 CDFFA, pero discrepa de la valoración de la prueba y de la conclusión que de la misma extrae la sentencia recurrida.

Como hemos visto, señala el Tribunal Supremo y ha reiterado esta Sala que la revisión de la prueba solo cabe al amparo del recurso previsto en el artículo 469.1.4.º LEC, cuando tal valoración resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, pero en el presente supuesto no cabe duda de que en la sentencia de apelación han sido pormenorizadamente analizadas las manifestaciones de las menores ante los peritos que informaron en primera instancia, y las conclusiones, no plenamente coincidentes, de dichos profesionales.

Cuarto: La sentencia de apelación expone la doctrina ya sentada de forma reiterada por esta Sala (por todas la citada de 9 de febrero de 2012) en la aplicación del artículo 80.2 del CDFFA, y en particular de la posibilidad de que los tribunales puedan establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor.

El análisis que la sentencia realiza de la prueba practicada, en particular los informes periciales en los que se recogen las manifestaciones de las menores, cumple adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada.

La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el artículo 80.2 del CDFFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.

Así lo ha razonado debidamente la sentencia recurrida, por lo que no se aprecia infracción del artículo 80.2 del CDFFA.

En consecuencia, el recurso debe ser rechazado.

Quinto: La naturaleza del asunto debatido y las cuestiones planteadas, que suscitan dudas de derecho, aconsejan en este caso no imponer las costas devengadas en

el recurso de casación atendiendo a lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro, en nombre y representación de don Bredan Aurelio, contra la sentencia de fecha de 16 de marzo de 2012 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas de este recurso.

Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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.

prueba o de los hechos, argumentando como en una nueva instancia y sin identificar el precepto sustantivo que habría sido vulnerado en la interpretación sostenida por el recurrente.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilio Molins García Atance.

NÚM. 48

S. TSJA 35/2012, de 26 de octubre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Valoración de la prueba practicada: *Se reitera que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión».*

PONENTE: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

NÚM. 47

A. TSJA de 24 de octubre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: *La técnica casacional exige el planteamiento de una cuestión jurídica al margen de los hechos, es decir, requiere el examen de la aplicación al caso de la norma sustantiva en sí misma, sin que pueda transformarse el recurso de casación, de carácter extraordinario, en una suerte de tercera instancia. El motivo se desestima porque la parte pretende una valoración distinta de la*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 20/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 84/2012, dimanante de autos de guarda y custodia y alimentos de hijo menor número 259/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, doña Susana, representada por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Olvido Latorre Mozota y dirigida por

la Letrada doña Ana Cristina Vives Luzón y como recurridos don Miguel Ángel representado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Isern Longares y dirigido por la Letrada doña M^a Carmen Sanz Lagunas y el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 20/2012, interpuesto por doña M^a Olvido Latorre Mozota en nombre y representación de Susana, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha de 20 de marzo de 2012 con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

NÚM. 49

A. TSJA de 29 de octubre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Fraude de ley por la introducción del standum: La introducción de un principio de Derecho aragonés ex novo en la articulación del recurso de casación, como instrumento para determinar la competencia de esta Sala, constituye un fraude de ley para conseguir un propósito no deseado por la norma jurídica. La materia sobre la que versa el proceso es de derecho de obligaciones entre sociedades mercantiles, no regulada por el derecho aragonés, y la inadmisibilidad del motivo señalado supone la incompetencia de este tribunal para el conocimiento del recurso, al tratarse los restantes motivos de cuestiones de derecho estatal.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

NÚM. 50

A. TSJA de 19 de noviembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Falta de competencia funcional: Esta Sala carece de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por infracción de normativa general sobre defensa de consumidores y usuarios, al no haber sido alegada infracción de normas del Derecho civil aragonés. Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de competencia funcional: Esta Sala sólo resultaría competente si se interpusiera simultáneamente recurso de casación para cuyo conocimiento también lo fuera pues, en otro caso, correspondería a la Sala Primera del TS la competencia para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. No siendo competente para conocer de un hipotético recurso de casación pues se aplican en la sentencia recurrida normas de derecho civil estatal y no normas de derecho civil aragonés, es claro que la Sala del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

NÚM. 51

A. TSJA de 22 de noviembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: En la articulación del recurso se mezclan razones relativas a la infracción de precepto sustantivo con otras referidas a la valoración de la prueba, lo que no resulta admisible por tratar de sustituir la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida por sus propias consideraciones al respecto. Por otra parte, la recurrente introduce razones de orden procesal, como las relativas a la posible indefensión o falta de motivación, que en su caso serían objeto de

un recurso extraordinario por infracción procesal no interpuesto.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

52

NÚM. 52

S. TSJA 37/2012,
de 22 de noviembre

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL: Procedimiento: *El proceso de liquidación del régimen económico conyugal se regula en el artículo 810 Lec., que en caso de no lograr acuerdo y tener que nombrar partidador y, en su caso, peritos, remite al trámite de los artículos 785 y ss. El 787, a su vez, previene en su apartado 5 que, si no hubiere conformidad con el cuaderno particional, la sustanciación del procedimiento continúa con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. Pero la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. Doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada.*

VALORACIÓN DE LOS BIENES: *La valoración de los bienes, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, ha de hacerse a la fecha de la liquidación.*

DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN: Régimen supletorio: *La división y adjudicación del caudal remanente de que trata el artículo 267.1 CDFA, a falta de acuerdo, ha de hacerse, como dice el artículo 270, conforme a las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria. Si los artículos a que remite no resuelven la cuestión planteada (división del único bien existente o de un bien de valor muy superior a los restantes) es necesario acudir supletoriamente a las normas del Código civil que regulan la división de la*

comunidad de bienes (art. 1.2 CDFA). En el caso resultan de aplicación los artículos 401, 404, 406, y por la remisión que éste contiene, los artículos 1051, 1061 y 1062 Cc. Sobre la interpretación del artículo 1062 se transcribe lo dicho por la STS 10/2/1997. Interpretación jurisprudencial: A) Cualquiera de las partes tiene acción para pedir la división del haber; y ha de hacerse la partición mediante reparto de los bienes, evitando en lo posible la indivisión; B) Ciertamente, de modo general no es ajustado a derecho llevar a efecto la liquidación de un patrimonio consorcial, considerado como comunidad en mano común, convirtiéndolo en una comunidad romana o proindiviso; pero si la comunidad consorcial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esta forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común; C) A la división de cosa común es plenamente aplicable el artículo 1062 Cc. (STS 14/12/2007). División del único bien existente: Es correcta la adjudicación de la vivienda pro indiviso a ambas partes, pero basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse (arts. 404 y 1062 Cc.). No es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar; por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 810 y 785 y ss. Lec.

PONENTE: Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

En este caso la solución adoptada en la instancia vulnera el artículo 267 CDFA por cuanto atribuye a la recurrente la propiedad de la vivienda unifamiliar por un precio de 600.000 euros,

que no fue nunca aceptado por ella como valor del inmueble, y se la obliga así a satisfacer a su ex cónyuge una compensación en metálico que manifiesta ser desproporcionada a sus posibilidades económicas y al valor real de la finca.

En Zaragoza, a veintidós de noviembre de dos mil doce.

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 22/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 11 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 141/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 510/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña M^a José F C, representada por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Pilar Serrano Méndez y dirigida por la Letrada doña Ana M^a Gil Montalbán y como parte recurrida don Julián Óscar G A, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por la letrada doña Margarita Pomar García.

Es Ponente el Presidente Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña M^a Pilar Serrano Méndez, actuando en nombre y representación de doña M^a José F C, presentó demanda de juicio ordinario para la liquidación de su régimen económico matrimonial contra don Julián Óscar G A en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se declare que «la vivienda que forma parte del inventario sita en U, se adjudique a las partes por mitades indivisas. Subsidiariamente y de considerar que su propiedad debe ser íntegramente adjudicada a mi representada, lo sea por el precio de 480.000€ que fijó el perito Sr. Vallés en el pleito de liquidación de régimen económico matrimonial o por aquel otro que resulte tras la

pericial judicial pertinente. Con costas al demandado».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y la contestara, lo que no hizo dentro de plazo declarándose a la parte demandada en rebeldía. Presentado fuera de plazo escrito de contestación se tuvo por comparecida a la demandada y por precluida en el trámite de contestación a la demanda.

La Procuradora Sra. Uriarte González presentó demanda de Juicio Ordinario contra doña M^a José F C en la que tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos terminó suplicando: «... previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se declare, en relación con la liquidación y partición del régimen económico matrimonial de las partes, aprobado en sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de marzo de 2010 en auto 1655/2006, que la única actualización que procede efectuar sobre el crédito por importe de 92.877,05€, que la actora ostenta contra el consorcio es la fijada en la sentencia de inventario, esto es, a 13 de septiembre de 1999 por aplicación del IPC, manteniendo las adjudicaciones aprobadas en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia Seis de 12 de mayo de 2008 y de la Audiencia Provincial de 2 de marzo de 2010, con la corrección que proceda en las cuantías al quedar el importe del citado crédito, una vez actualizado, en 119.816,07€. Subsidiariamente, para el caso de que se entendiera que procede actualización posterior, se determine hasta 25 de febrero de 2004, fecha de comienzo del procedimiento de liquidación. Si se entendiera que debe actualizarse hasta la partición efectiva, lo sea hasta 19 de diciembre de 2006, fecha en que la esposa instó la liquidación propiamente dicha o el momento en que se valoraron ambos inmuebles». La parte contraria contestó la demanda suplicando la desestimación íntegra de la misma.

Por Auto de 14 de septiembre de 2011 se acordó acumular la demanda interpues-

ta por la representación de don Julián Óscar G A que se registró en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de esta Ciudad con el núm. 758/11 al procedimiento ordinario 510/11 del mismo Juzgado, continuándose y sustanciándose en un mismo procedimiento.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimando totalmente la demanda interpuesta por doña M^a José F C contra don Julián Óscar G A, así como la demanda interpuesta por don Julián Óscar G A contra doña M^a José F C, acuerdo que procede mantener las adjudicaciones y valoraciones efectuadas por las sentencias de instancia de 12 de mayo de 2008, con las modificaciones realizadas por la sentencia de la Excm. Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de marzo de 2010. No se hace expresa condena en costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Serrano Méndez, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, que presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia de fecha de 11 de abril de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña M^a José F C contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, en autos de Juicio Ordinario número 510/2011 en fecha de 22 de diciembre de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma con expresa condena en costas a la parte apelante».

Quinto: La representación legal de doña M^a José F C presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó

en los siguientes motivos: Primero: Por infracción del artículo 267.1 del Código de Derecho Foral de Aragón. Segundo: Por infracción del artículo 81 apartado 4º del Código de Derecho Foral de Aragón. Tercero: Por infracción del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por interpuesto, acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 12 de junio de 2012-10-08 providencia acordando oír a las partes para que alegaran lo que consideraran oportuno sobre la posible concurrencia de causas de inadmisión: «Visto el escrito de interposición del recurso de casación, la Sala estima que concurre causa de inadmisión de los motivos 2º y 3º del recurso: En cuanto el 2º, porque la infracción del artículo 81.4º del CDFR incurre en la causa de inadmisión del artículo 483.2.2º, con relación al artículo 477.1 LEC, al no haber sido aplicado el citado precepto en la sentencia recurrida ni resultar de aplicación para decidir sobre la prestación deducida. En cuanto al 3º, porque se denuncia la infracción de una norma procesal, no sustantiva, concurriendo la causa de inadmisión establecida en el artículo 483.2.2º, en relación con el 477.1 de la LEC».

En fecha 5 de julio de 2012 se dictó Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto, no admitir el motivo tercero y admitir a trámite el primero y segundo. Se dio traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 24 de octubre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Hechos relevantes. De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

1. Los ahora litigantes, don Julián Óscar G A y doña María José F C, contrajeron matrimonio el día 6 de agosto de 1988, de cuya unión nacieron dos hijos. El matrimonio se separó, habiéndose dictado en el proceso correspondiente sentencia de separación de fecha de 26 de abril de 2000, y de divorcio de 28 de febrero de 2002.

2. Como consecuencia de la disolución del matrimonio se produjo la del consorcio conyugal, o sociedad conyugal tácita aragonesa. Al existir discrepancias entre ellos, se interpuso demanda en juicio verbal sobre formación de inventario, que concluyó por sentencia del juzgado de primera instancia de 29 de junio de 2004, y recurrida ésta, sentencia definitiva en ese proceso dictada por la Audiencia Provincial de 1 de septiembre de 2005. En el inventario definitivo se incluyó, como activo, lo siguiente: Vivienda unifamiliar rotulada con el núm...., con la descripción que consta en autos, y que se da por reproducida; además de plaza de garaje en el inmueble sito en..., y mobiliario y ajuar doméstico.

3. Posteriormente se siguió juicio de liquidación de la sociedad conyugal, y no habiendo acuerdo entre ellos se nombró contador partidor, que en fecha de 28 de enero de 2008 emitió el cuaderno particional, con formación de lotes, valoración de bienes y propuesta de adjudicación. En lo que aquí interesa, el cuaderno particional otorgaba un valor a la vivienda unifamiliar de 480.000 euros, y proponía su adjudicación a la Sra. F, juntamente con otros bienes y derechos, y al Sr. G la plaza de garaje expresada. Como consecuencia de estas atribuciones patrimoniales, y ante la diferencia de sus respectivos valores, la Sra. F habría de compensar en metálico a su anterior consorte en la suma de 143.127,71 euros.

4. Impugnado el citado cuaderno por ambas partes, se siguió juicio verbal en el

que recayó sentencia de 12 de mayo de 2008, que falló: valorar la vivienda unifamiliar en 600.000 euros, y como consecuencia el total activo quedó fijado en 649.696,19 euros, el pasivo en 180.161,58 euros, el total adjudicado a la Sra. F en 437.725,54 euros y el total adjudicado a su ex cónyuge en 31.809,07 euros. Recurrida dicha sentencia, fue confirmada en lo sustancial por la Audiencia Provincial en sentencia de 2 de marzo de 2010.

5. La representación de la Sra. F interpuso demanda de juicio ordinario, que ha dado lugar a los presentes autos. En ella, tras efectuar alegaciones sobre el valor atribuido a la vivienda familiar, que a su entender era desproporcionado a la realidad del mercado, instaba del juzgado que la mencionada vivienda se adjudicase a las partes por mitades indivisas; subsidiariamente, y de considerar que debía ser íntegramente adjudicada a la actora, lo fuera por el valor de 480.000 euros, o por aquel otro resultante de prueba pericial. El demandado se opuso a la demanda, formuló a su vez otra relativa a las actualizaciones que a su criterio procedían, siendo acumulados los dos procesos, y recayó sentencia de 28 de diciembre de 2011, en la que fueron desestimadas ambas demandas y se mantuvieron las adjudicaciones y valoraciones efectuadas en las sentencias anteriormente citadas. Interpuesto recurso de apelación por la actora, fue desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de 11 de abril de 2012, que es ahora objeto del presente recurso de casación.

Segundo. Motivos del recurso. El recurso de casación se ha fundado en tres motivos: el primero denuncia infracción del artículo 267.1 del Código de Derecho Foral Aragonés (en lo sucesivo, CDFA), en cuanto a la adjudicación de la vivienda a la recurrente, por el valor expresado; el segundo entiende infringido el artículo 81.4 del CDFA, relativo a la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar; y el tercero se funda en la infracción del artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (en lo sucesivo, LEC), sobre costas.

La Sala, tras el trámite prevenido en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decidió la admisión de los dos primeros motivos, y la inadmisión del tercero.

Tercero. Admisibilidad del recurso. La parte recurrida, en el trámite de oposición al recurso, ha efectuado alegaciones tendentes a mostrar las razones que concurren para la inadmisibilidad del recurso deducido de contrario, en cuanto a los motivos admitidos. Esta pretensión de inadmisibilidad tiene cobertura procesal en el artículo 485 Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «en el escrito de oposición también se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal». Ahora bien, se va a examinar únicamente respecto del motivo primero, pues las causas relativas al segundo motivo ya fueron rechazadas por esta Sala.

A criterio de esa parte el primer motivo del recurso no debió ser admitido, por cuanto la recurrente impugna realmente la valoración dada a la vivienda consorcial, tal como fue efectuada en la sentencia recaída en el proceso de liquidación, en el que se impugnó el cuaderno particional, y no resulta posible impugnar en un recurso de casación la valoración de la prueba, lo que solamente cabe mediante el recurso extraordinario por infracción procesal y en sus propios límites, ya que los recursos extraordinarios no constituyen una tercera instancia.

Pese a los reproches de la parte recurrida, la causa de inadmisibilidad no procede. Aun siendo cierto que las alegaciones de la recurrente dedican buena parte de la argumentación a considerar el valor del bien, el motivo de recurso viene claramente fijado en su exposición y en el *petitum*, y se contrae a estimar infringido el precepto sustantivo denunciado, en cuanto a los efectos para la adjudicación de los bienes que fueron consorciales.

Cuarto: Examen del primer motivo. El proceso de liquidación del régimen econó-

mico conyugal se regula en el artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en caso de no lograr acuerdo, remite al trámite de los artículos 785 y siguientes. El 787, a su vez, previene en su apartado 5 que «Si no hubiere conformidad, el Tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda».

Aunque doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada, en el caso de autos las partes y la sentencia de la Audiencia Provincial parten de esa consideración, lo que permite debatir en este juicio ordinario la cuestión en los términos en que la actora la ha planteado.

De modo que la cuestión que es objeto de la decisión jurisdiccional no es, realmente, el valor de la finca, sino la forma en que se ha de llevar a cabo, con arreglo a lo establecido en el artículo 267.1 del CDF, la partición del haber.

La parte actora suscita dos alternativas: que el bien principal del consorcio, vivienda unifamiliar sita en el complejo residencial, sea adjudicado a los dos que fueron cónyuges, pro indiviso; o que se mantenga la adjudicación a la actora, siempre que el precio de valoración del bien sea de 480.000 euros, tal como se planteó inicialmente por dicha parte. La valoración de la vivienda unifamiliar no es, directamente, objeto del proceso, ni motivo del recurso; pero incide en la decisión a adoptar, como presupuesto de la acción que se ejercita condicionalmente. Partiendo de la valoración efectuada, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, y de que el valor de la vivienda ha de hacerse a la fecha

de la liquidación, la cuestión jurídica radica en determinar si es posible obligar a una de las partes a adjudicarse el bien inmueble por el precio de tasación contra su voluntad, indemnizando a la otra por la diferencia.

El artículo 267.1 del CDFA previene que «Liquidado el patrimonio y detraídas las ventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas». La división, a falta de acuerdo, ha de hacerse teniendo en cuenta el artículo 270, a cuyo tenor «A la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria».

Los artículos a que remite no resuelven la cuestión planteada. Por ello es necesario acudir supletoriamente a las normas que en el Código Civil regulan la división de la comunidad de bienes (art. 1º.2 CDFA).

Al respecto, resultan de aplicación las siguientes: Artículo 401: Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina.

Artículo 404: Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los conductos no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.

Artículo 406: Serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia.

De las que, a su vez, resultan de aplicación las siguientes:

Artículo 1051: Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.

Artículo 1061: En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igual-

dad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

Artículo 1062: Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

En cuanto a la aplicación de este último precepto, la sentencia del TS de 10 de febrero de 1997 ha apreciado que «El párrafo primero del artículo 1062 del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros su exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo segundo de este artículo 1062, aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo primero en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el artículo 1062 citado».

De la aplicación al caso de las normas expresadas se extraen las siguientes consecuencias:

A) Cualquiera de las partes tiene acción para pedir la división del haber, y ha de hacerse la partición mediante reparto de los bienes, evitando en lo posible la indivisión;

B) ciertamente, y como afirma la parte recurrida, de modo general no es ajustado a derecho llevar a efecto la liquidación de un patrimonio consorcial, considerado como comunidad en mano común, convirtiéndolo en una comunidad romana o proindiviso; pero si la comunidad consor-

cial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esa forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común;

C) la STS de 14 de diciembre de 2007 ha establecido que resulta «plenamente aplicable al supuesto de división de cosa común la norma contenida en el artículo 1062 del Código Civil, por la remisión que a las reglas propias de la división de la herencia realiza el artículo 406, de modo que basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse, pues en tal caso resulta claro que falta el acuerdo de adjudicación a uno de ellos a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Dicha solución es además la más beneficiosa para los propios intereses de la comunidad en orden a obtener un precio superior por el bien de propiedad común, permitiendo que en la subasta a celebrar participen, junto con los propios comuneros, licitadores extraños; sin que pueda obligarse a ningún partícipe a aceptar la adjudicación a uno del bien por una cantidad determinada, percibiendo su parte, cuando su voluntad es la de que se subaste para obtener el mayor precio posible».

Criterio que, traído al caso de autos, trae como consecuencia que no es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor.

En este caso la solución adoptada en la instancia vulnera el artículo 267 del CDFA por cuanto atribuye a la recurrente la propiedad de la vivienda unifamiliar por un precio de 600.000 euros, que no fue nunca aceptado por ella como valor del inmue-

ble, y se la obliga así a satisfacer a su ex cónyuge una compensación en metálico que manifiesta ser desproporcionada a sus posibilidades económicas y al valor real de la finca.

Ciertamente, bastaría que se hubiera pedido la venta en pública subasta, pero las partes no han optado por esta solución, que en todo caso no está cerrada, a tenor de los artículos 404 y 1062 del Código Civil.

Por todo ello se estima el motivo. Al hacerlo, la Sala asume la instancia y estima la petición inicial de la parte actora, en cuanto a la adjudicación de la vivienda pro indiviso a ambas partes, decisión que afectará al resto de las que fueron adoptadas en la partición, que habrán de ajustarse para lograr que el conjunto del haber se reparta igualitariamente.

Quinto: Al ser estimado el primer motivo del recurso no resulta necesario entrar a considerar el segundo. Procede así casar la sentencia recurrida y la Sala, asumiendo la instancia, acuerda estimar la pretensión primeramente articulada por la demandante.

Sexto: Régimen de las costas.

Sobre las costas del recurso de casación no procede pronunciamiento de condena, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser apreciado.

Y acerca de las costas de las dos instancias, la complejidad de las cuestiones debatidas y la existencia de dudas jurídicas determinan la no imposición, ex artículo 394 y 398 LEC.

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

FALLO

Primero: Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de doña M^a José F C, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha de 11 de abril de 2012, en autos de juicio ordina-

rio 510/2011, procedentes del juzgado de primera instancia núm. 6 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

Segundo: Estimamos la demanda deducida por la citada actora, contra don Julián Óscar G A, y declaramos que la vivienda que forma parte del inventario del consorcio que existió entre ambos, sita en ha de adjudicarse a las partes por mitades indivisas. En ejecución de sentencia deberá ajustarse la partición de los restantes bienes y derechos de la comunidad al anterior pronunciamiento.

Tercero: No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

Cuarto: Hágase entrega a la recurrente del depósito constituido.

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

Sexto: 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 de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

53

NÚM. 53

S. TSJA 38/2012,
de 22 de noviembre

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Admisión: *En el escrito de oposición al recurso de casación se pueden alegar causas de inadmisibilidad que se consideren existentes y no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (485.2 Lec.). En el presente caso, aunque se produjo cierta confusión en la invocación formal de los preceptos procesales, pudo la parte recurrida conocer la vía de acceso y los motivos del mismo, como acredi-*

ta su amplia oposición a cada uno de los motivos, por lo que debe rechazarse su petición de inadmisión. Lo ahora alegado por la parte recurrida ya fue objeto del Auto de 19 de julio de 2012, donde quedó concretado lo que se entendía como motivo del recurso, por lo que no cabe resolver nuevamente sobre ello.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDFFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también indica con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. La sentencia reitera el resumen de los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFFA contenidos en la STSJA 4/2012 de 1/2. Aplicando los anteriores criterios al caso concreto, hemos de comprobar si los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general de la custodia compartida, han seguido adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada. Valoración de la prueba practicada: La sentencia recurrida, asumiendo la valoración de la prueba realizada por el Juzgado, y explicando ampliamente las razones de tal asunción, llega razonadamente a su conclusión de entender más beneficiosa en este caso la custodia individual de la madre. En cambio, la parte recurrente concluye que se ha valorado la prueba de forma ilógica e incluso absurda. Incurre así en el error de pretender hacer prevalecer su propia valoración de la prueba y que esta Sala avale tal interpretación olvidando que tal función corresponde a los tribunales de instancia y está vedada en el recurso extraordinario de casación, salvo si la valoración efectuada resultara irracional, ilógica o arbitraria, lo que no sucede en el presente pues tal valoración está basada en un conjunto de factores del artículo 80.2 CDFFA.*

Factores para excepcionar la custodia compartida: *La decisión favorable a la custodia individual de la madre no se basa solo en las mejores posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de la madre [art. 80.2.e) CDFFA] sino, además, en la edad de los hijos (80.2.a) que aconseja mantener determinados hábitos favorecedores de su estabilidad física y emocional y, fundamentalmente, en el informe pericial psicológico (art. 80.3) y en la opinión de la hija mayor (80.2.c). La expresión de la sentencia («no existen motivos que justifiquen que es más beneficiosa la custodia compartida»), tras la amplia explicación de las pruebas tenidas en cuenta, debe ser entendida en el correcto sentido de que, a la vista de las mismas, la custodia individual aparece en este caso como más beneficiosa.*

DERECHOS Y PRINCIPIOS: Derecho de los padres a la igualdad: *El derecho de los hijos menores al contacto directo con sus padres (76.3.a) y la igualdad de éstos en las relaciones con sus hijos (76.3.b) no se quiebran por la atribución de un régimen de custodia individual, pues ello impediría la elección de la custodia individual cuando sea lo más conveniente conforme a los parámetros establecidos en el artículo 80.2 y sintetizados por la doctrina de esta Sala. Tales derechos quedan a salvo, en los supuestos de custodia individual, mediante el establecimiento del más adecuado régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio quien, además, ostenta las facultades inherentes a la autoridad familiar de la que sigue siendo cotitular.*

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Limitación temporal: *Adecuada atribución del uso de la vivienda familiar a la madre titular de la guarda y custodia individual en aplicación del artículo 81.2. El tiempo de uso queda limitado a un periodo inferior (de 8 años pasa a 6 años), por entender la Audiencia que la anterior limitación temporal daba un tiempo de uso excesivo, contrario a la naturaleza esencialmente temporal de este derecho. Ello resulta adecuado a las facultades que concede el artículo 81.3 a los tribunales para ajustar esa duración a las circunstancias concretas de cada familia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 76.3, 80 y 81 CDFFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 26/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha de 20 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 58/2012, dimanante de autos de Divorcio núm. 161/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo partes, como recurrente don Manuel Mario M F, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Gemma Laguna Broto y dirigido por la Letrada doña M^a Pilar Español Bardají, como recurrida doña M^a Victoria N E, representada por la Procuradora doña Nieves Omella Gil y dirigida por la Letrada doña Alicia Campos Morón, y el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Gemma Laguna Broto, en nombre y representación de don Manuel Mario M F, contra la sentencia de fecha de 20 de abril de 2012 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

NÚM. 54

S. TSJA 39/2012,
de 27 de noviembre

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Valoración de la prueba practicada: El trámite

de recurso extraordinario, tanto de infracción procesal como de casación, no constituye una tercera instancia, por lo que no puede esta Sala realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso, que es función de las instancias. La invocación de error en la valoración de las pruebas, tanto de la pericial como del interrogatorio de parte, no puede entenderse incluida en el ámbito y alcance de este recurso extraordinario (art. 469.1.4º Lec.). Únicamente procede considerar si la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de la pericial, efectuada por el tribunal de segunda instancia, resulta arbitraria, ilógica o contraria a toda razonabilidad, pues en este caso el recurso prosperaría, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir la arbitrariedad de los poderes públicos. La valoración efectuada no puede estimarse que sea arbitraria o contraria a la lógica.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: En la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 80.2 la Sala ha considerado que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor el sistema de guarda compartida, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar; guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge en el artículo 80.2, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ellas el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor. **Infracción de la preferencia legal por argumentación incorrecta:** Dice la Audiencia que «no se entiende la causa que pueda motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables». Para el TSJA esta argumentación revela que no se ha

aplicado correctamente el artículo 80.2 CDFA, y que ha sido efectivamente infringido en la sentencia de instancia. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor; aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior; sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida. Los cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación resultan de la aplicación de la ley y deberán llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida. Se casa y anula la sentencia.

Principio de no separación de los hermanos: El precepto establecido en el artículo 80.4 CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador; y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviese hijos habidos con sus nuevas parejas. No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura. En el caso de autos el joven A podrá relacionarse con su hermano de madre cuando corresponda a ésta la custodia y cuando corresponda al padre mediante el sistema de visitas con el progenitor no custodio, y es igualmente posible que el hermano menor pueda relacionarse con A en el domicilio en el que éste viva.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

En Zaragoza, a veintisiete de noviembre de dos mil doce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto los presentes recursos de casación e infracción procesal número 32/2012 interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 2 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 166/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 328/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Javier M O, representado por el Procurador de los Tribunales don José Andrés Isiegas Gerner y dirigido por el Letrado don Fernando Alonso Terraza y como parte recurrida doña Amalia T E, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Artero Fernando y dirigida por el letrado don Emilio Agra Valera, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Andrés Isiegas Gerner, actuando en nombre y representación de don Javier M O, presentó solicitud de Modificación de Medidas contra doña Amalia T E 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 acuerde la estimación de la demanda y la modificación de las medidas establecidas en la causa de divorcio relativas a la guarda y custodia del menor y alimentos, y en sustitución de las mismas se acuerde el régimen de custodia compartida y contribución a los gastos de asistencia del hijo común en los términos especificados en el Plan de relaciones familiares «(...) La custodia será compartida por ambos progenitores en la siguiente forma: La madre tendrá la custodia del hijo menor en el período comprendido entre las 18 horas del 1 de febrero y las 18 horas del 31 de julio de cada año, por su parte el padre el período comprendido entre las 18 horas del 31 de julio y las 18 horas del 1 de febrero de cada año. (...) Se reconoce al

cónyuge no custodio el derecho-deber a tener a su hijo, fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, si no hubiera colegio desde las 17,30 horas, hasta el lunes, siguiente, en que el progenitor lo llevará directamente al colegio en período escolar, o hasta las 21 horas del domingo, en otro caso. Cuando coincidan con puentes el fin de semana se extenderá desde la víspera del inicio del puente a la salida del colegio, en otro caso desde las 17,30 hasta el día siguiente del último del puente en que el progenitor lo deberá llevar al colegio, en período escolar, en otro caso hasta las 21 horas del último día del puente. El cónyuge no custodio, entre semana, tendrá al hijo consigo dos días, martes y jueves, desde la salida del colegio donde los recogerá el cónyuge no custodio hasta las 20,30 horas en que lo retornará al domicilio del cónyuge que ostente la custodia. En el supuesto de enfermedad prolongada del menor, más de 10 días, que impidiera la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlo en el mismo, durante una hora cada día, que señalará el progenitor custodio dentro del horario marcada por las visitas. Vacaciones: El cónyuge no custodio tendrá al hijo consigo durante la mitad de los períodos vacacionales de Navidad y verano. Las vacaciones de verano se dividirán en los períodos que siguen: El primero desde las 17 horas del último día lectivo hasta las 17 horas del 30 de junio y desde las 17 horas del 31 de julio hasta las 17 horas del 31 de agosto y el segundo desde las 17 horas del 30 de junio hasta las 17 horas del 31 de julio, y desde las 17 horas del 31 de agosto hasta las 17 horas del 10 de septiembre. Las vacaciones de Navidad se dividirán igualmente en dos períodos: El primero desde las 17 horas del último día lectivo, hasta las 12 horas del día 31 de diciembre, y el segundo desde las 12 horas del 31 de diciembre hasta las 17 horas del último día de vacaciones. En los años pares la primera de dichas mitades corresponderá a la madre y la segunda al padre en los años impares la primera mitad al padre y la segunda a la madre. Asimismo en los años pares la madre tendrá consigo al hijo durante las

vacaciones de Semana Santa y el padre durante las vacaciones de la festividad del Pilar, y los años impares el padre tendrá al hijo durante las vacaciones de Semana Santa y la madre las vacaciones del Pilar. (...) En el cumpleaños del menor el cónyuge no custodio podrá tener al hijo consigo desde la salida del colegio o desde las 17,30 horas, si no fuese lectivo, hasta las 20 horas, asimismo el día de cumpleaños de cada progenitor, con independencia de a quien corresponda ese día, el menor lo pasará con el progenitor que cumpla los años, desde la salida del colegio o desde las 10 de la mañana si el día no fuese lectivo, hasta el día siguiente en que el progenitor deberá llevarlo al colegio, en período escolar, en otro caso hasta las 10 de la mañana del día siguiente. (...) Pensión de alimentos para el hijo: no se fija pues cada una de las partes deberá atender sus necesidades el semestre que ostente la custodia. Los gastos correspondientes a comedor y actividad de natación, ambos progenitores abrirán una cuenta a nombre de dicho menor estableciéndose disposición conjunta en la que se domiciliarán los recibos de dichos gastos. Los progenitores ingresarán cada uno la cantidad de 75€ mensuales. Para atender a la compra de ropa, calzado, material escolar, matrícula, cada progenitor ingresará la suma mensual de 50€. Los años pares se encargará la madre de comprar la ropa y el material escolar y los años impares el padre, con cargo a dicho fondo. (...) Los gastos extraordinarios de carácter necesario serán abonados por ambos al 50%. Cualquier otro gasto ordinario de carácter voluntario, será preciso la conformidad de ambos padres asumiendo en tal supuesto el gasto al 50% salvo pacto en contrario. Si alguno no prestara su conformidad, la actividad se desarrollará a cargo de quien ordene la misma, ello sin perjuicio de la facultad del discrepante de someter la cuestión al Juez si considera que tal actividad no es conveniente para el menor».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el

plazo de 20 días y contestaran a la demanda, compareciendo, dentro de plazo, contestando a la demanda solicitando la demandada se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, dictó sentencia con fecha diecinueve de diciembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimo esencialmente la petición de modificación de medidas formulada por don Javier M O contra doña Amalia T E. Por tanto: -1: El hijo común, A, quedará bajo la custodia compartida de sus progenitores; los mismos ostentarán la autoridad familiar sobre el menor en lo que exceda de su ejercicio ordinario: Facilitarán una dirección de correo electrónico para transmitir información sobre el menor y el régimen de visitas: 2: Se fijan los siguientes periodos de convivencia alterna con cada uno de los progenitores:– septiembre y octubre: noviembre y diciembre: enero a marzo: abril a junio: 3: Cada curso escolar reiniciará un turno que no coincidirá con el fijado para el anterior (septiembre y octubre corresponderá a quien no tuviera al hijo el septiembre anterior): Los turnos de custodia finalizarán a las 20 horas del último día del mes correspondiente: 4: El primer turno del año 2012 corresponderá al padre: 5: En cuanto a visitas, regirá en primer lugar el acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto: en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio (17 horas en otro caso) y hasta el lunes por la mañana. El progenitor correspondiente se encargará de llevar al menor al colegio, al comienzo de su horario lectivo (en otro caso, la entrega se hará a las 10 horas del lunes): Caso de poder unirse el fin de semana un puente festivo, el fin de semana se extenderá desde la salida del colegio del día de inicio del puente o, en su caso, hasta el inicio del colegio el día de su finalización. (para ambos progenitores): Los martes, desde la salida del colegio a las 20,30 horas: Los jueves, desde la salida del colegio a la entrada en el centro escolar al día siguiente (10 horas, en otro caso): Durante

el curso escolar las festividades entre semana, salvo las que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente el padre y la madre. Si fueran de más de un día, se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día previo al festivo y finalizarán a la entrada en el colegio: Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá al padre; la segunda, a la madre. En años impares, a la inversa: Las fiestas del Pilar y puente de la Constitución, si en el calendario generan un periodo vacacional por unirse a un fin de semana, se dividirán por mitad con el mismo criterio de la Semana Santa. En otro caso (ser varios días festivos intersemanales), seguirán el criterio general de éstos: Las vacaciones de Navidad no supondrán una regulación especial. Seguirán el turno de custodia que corresponda. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor que no lo tenga consigo el primer trimestre del año, entre las 17 y las 20,30 horas: Vacaciones de verano: corresponderá al padre el mes de julio en años pares; agosto en años impares. A la madre, a la inversa: Los días de cumpleaños de cada progenitor, así como el día de la madre y el del padre, los pasará el hijo con quien los celebre, aunque tal jornada no sea festiva: Las entregas de la menor (sic), con excepción de las que coincidan con la finalización o comienzo del horario escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor custodio: Los periodos vacacionales descritos interrumpirán la alternancia de fines de semana: 6: En vacaciones de Navidad de este año, en consonancia con el régimen de custodia fijado, el menor estará con la madre hasta las 20 horas del día 31 de diciembre. El día 6 de enero, Adrián estará con la madre entre las 16 y las 20,30 horas: 7: Cada progenitor hará frente a las necesidades alimenticias ordinarias del hijo en los periodos en que esté a su cargo: 8: Se abrirá una cuenta común antes del próximo 1 de enero. Se cargarán en la misma los

siguientes gastos de A (libros, material escolar, uniformes, comedor, excursiones, actividades del colegio acordadas, clases de apoyo si los resultados académicos lo exigen), gastos de ropa en general y gastos extraordinarios y otros en los que exista acuerdo: Inicialmente aportará cada progenitor la cantidad de 150 euros: Cuando el saldo sea inferior a 50 euros se repondrá en los anteriores importes: 9: La contribución a gastos extraordinarios necesarios será por mitad: 10: Comenzará la regulación nueva de pensión y gastos desde el próximo mes de enero; hasta entonces el padre se atenderá a lo pactado: 11: No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Artero Fernando en nombre y representación de doña Amalia T E, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron sendos escritos de oposición al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas la partes, dictó en fecha 2 de mayo de 2012 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Amalia T E contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Zaragoza el 19 de Diciembre de 2011, debemos revocar y revocamos la misma, y desestimando la demanda deducida por don Javier M O, debemos declarar y declaramos vigentes las medidas acordadas en Sentencia firme de divorcio de 15 de Septiembre de 2008, y, todo ello, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada».

Quinto: La representación legal de don Javier M O interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, basando el primero en: 1º: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1, artículo 2.2 3 de la Ley

de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón. 2º: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1, artículo 2.2 y artículo 3 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.4 del Código del Derecho Foral de Aragón. El recurso extraordinario por infracción procesal lo basó en un único motivo: al amparo de lo preceptuado en el artículo 469.1.4º, por vulneración de los artículos 218.2, 348, 316.1 2, 137 de la LEC y 24 de la Constitución.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 12 de julio se dictó Auto declarándose competente para el conocimiento del recurso de casación y del extraordinario por infracción procesal y acordando su admisión a trámite. De los recursos presentados se dio traslado a las otras partes. La representación de doña Amalia T E se opuso a los recursos de contrario, mientras que el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación de los dos motivos del recurso de casación.

Por providencia de 20 de septiembre se acordó señalar para votación y fallo el día 31 de octubre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: don Javier M O y doña Amalia T E, cónyuges, promovieron proceso de divorcio de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, en el que recayó sentencia de 15 de septiembre de 2008 (autos 961/2008), que declaró su divorcio y aprobó el convenio regulador suscrito por ambos de fecha 17 de julio de 2008. En dicho convenio se pactó que el hijo común A, nacido el año 2005, quedaba bajo la custodia de la madre, se fijaba régimen de visitas con el padre, quien se comprometía a abonar mensualmente la cantidad de 300€, y ambos aceptaban abonar los gastos extraordinarios por mitad.

Por demanda interpuesta ante el mismo juzgado y al amparo de lo preceptuado en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, la representación procesal de don Javier M O instó la revisión del convenio regulador postulando la custodia compartida respecto de su hijo A, así como la modificación de medidas adoptadas, acompañando a su demanda Plan de Relaciones Familiares.

Tramitado el proceso, el juzgado de primera instancia dictó sentencia el 19 de diciembre de 2011 en la que estimó esencialmente la demanda y acordó, entre otros pronunciamientos, que el hijo común A quedará bajo la custodia compartida de sus progenitores, los que ostentarán la autoridad familiar sobre el menor en lo que exceda de su ejercicio ordinario. Dicha sentencia consideraba, respecto al fondo de la cuestión planteada, lo prevenido en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010, actualmente el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo C DFA), y partiendo de la consideración efectuada por la psicóloga del juzgado que «considera que es perfectamente viable en el caso que nos ocupa un reparto igualitario del tiempo de permanencia con el hijo», estimó que no hay inconveniente para fijar una custodia compartida, con las consecuencias personales y patrimoniales que de ella derivan.

Apelada la sentencia por la representación de la madre, la Audiencia Provincial, en sentencia de 2 de mayo de 2012, estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y, desestimando la demanda, declaró vigentes las medidas acordadas en la sentencia firme de divorcio de 15 de septiembre de 2008.

Frente a dicha sentencia se alza el actor, interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, ambos admitidos a trámite.

Segundo: El recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo de lo preceptuado en el artículo

469.1.4.º de la LEC, invocando la vulneración del artículo 218.2 de la misma por falta de valoración adecuada de las pruebas, vulneración del artículo 348 por vulneración errónea del dictamen pericial, vulneración del artículo 316.1 2 por valoración inadecuada de la prueba de interrogatorio de parte, del artículo 137 del mismo texto legal y 24 de la Constitución, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para el examen de este recurso extraordinario debemos recordar su contenido y alcance. El trámite de recurso extraordinario, tanto de infracción procesal como de casación, no constituye una tercera instancia, por lo que no puede esta Sala realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso, que es función de las instancias. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012, núm. 263/2012, recuerda que «Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC, ya que este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia» que comprenden el procedimiento para dictarla, forma, contenido y requisitos internos de la sentencia, pero no las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, ya que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación al amparo del artículo 469.1.4.º LEC cuando se funde en un error patente siempre que pueda demostrarse que, siendo manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración efectuada, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, ya que la valoración de la prueba es función de la instancia y estas se agotan en la apelación (en este sentido, sentencias 261/2011, de 20 de abril, y 577/2011, de 20 de julio)».

Así, la invocación de error en la valoración de las pruebas, tanto de la pericial como del interrogatorio de parte, no puede

entenderse incluida en el ámbito y alcance de este recurso extraordinario. Únicamente procede considerar si la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de la pericial, efectuada por el tribunal de segunda instancia, resulta arbitraria, ilógica o contraria a toda razonabilidad, pues en este caso el recurso prosperaría, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir la arbitrariedad de los poderes públicos.

Tercero: Limitado así el alcance del recurso extraordinario por infracción procesal, debemos examinar el razonamiento efectuado en la sentencia recurrida, en cuanto valora la prueba pericial que se ha practicado en autos. En su fundamento tercero expresa que «la Sala aprecia importantes contradicciones en el informe psicológico practicado en el proceso (folio 182 y ss.) en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el juzgador en su resolución». Explica seguidamente que en dicho informe se atribuye al actor una actitud retraída, con dificultades en sus habilidades sociales, mientras que en la demanda el propio Sr. M funda su petición en participar activamente en los ámbitos relativos al cuidado del hijo. Señala que concurren déficits asertivos en el actor, pero no especifica qué circunstancia pueda existir en la actualidad para evitar que esa actitud pasiva cambie. Tras exponer otras consideraciones relativas al informe pericial, estima que «las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor».

La valoración efectuada respecto de la prueba pericial entra dentro de las facultades del tribunal de apelación, y no puede estimarse que sea arbitraria o contraria a la lógica. El recurso extraordinario interpuesto tiene un alcance restrictivo en cuanto a sus efectos, y en el caso examinado las consideraciones efectuadas no quedan bajo el nivel del test de razonabilidad que el Tribunal Supremo viene considerando a estos efectos, sino que se trata de un examen y valoración de la prueba peri-

cial, en el que la Audiencia llega a conclusiones distintas de las adoptadas por la perito informante.

En consecuencia, el motivo de recurso por infracción procesal ha de ser desestimado, procediendo seguidamente al examen del recurso de casación interpuesto.

Cuarto: El primer motivo de este recurso invoca la infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 del CDFa, que establece como régimen preferente el de custodia compartida. Apoya el recurso en la cita de doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida, entre otras, en las sentencias de: 15 de diciembre de 2011, recaída en recurso de casación 17/2011; 18 de abril de 2012, en recurso de casación 31/2011; y 9 de abril de 2012, en recurso de casación e infracción procesal 29/2011.

En las sentencias que se citan, esta Sala ha establecido su criterio acerca de la aplicación del precepto contenido en el artículo 80.2 del CDFa, que establece como criterio legal para casos de separación conyugal en que existen hijos menores, el de custodia compartida por parte de los progenitores. Lo ha hecho considerando que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor dicho sistema, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge, relativos a la edad del menor, su arraigo social y familiar, la opinión de los menores si tienen suficiente juicio, la aptitud y voluntad de los padres y las posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ella el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor. Como expresamos en nuestra Sentencia de 18 de abril de 2012, núm.

17/2012 (recurso 31/2011), «siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará».

En el caso de autos, la Audiencia Provincial considera que la argumentación de la primera instancia descansa exclusivamente sobre la prueba pericial psicológica practicada en autos y, al estimar que existen contradicciones en dicho informe y que no es exhaustivo al considerar las consecuencias del cambio de custodia, revoca el fallo de primera instancia y mantiene la custodia individual. Arguye, además, que no se tiene en cuenta las consecuencias que se producirán respecto a la separación del menor Adrián y su hermano de madre, de casi dos años de edad, con el que está especialmente vinculado, expresando que «no se entiende la causa que pueda motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables».

Esta argumentación revela que no se ha aplicado correctamente el precepto legal que se invoca en el motivo, y que ha sido efectivamente infringido en la sentencia de instancia. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida.

La Sala comprende que, en esta situación transitoria en la que se tramitan procesos de modificación de medidas adoptadas en sentencias de separación o divorcio, pueden producirse situaciones de cambio en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo.

Quinto: El segundo motivo del recurso de casación se interpone por infracción de lo dispuesto en el artículo 80.4 del CDFa que, tras otras normas referidas a la procedencia de la custodia compartida o individual, establece que «salvo que las circunstancias lo justifiquen específicamente no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

Habiendo sido estimado el primer motivo del recurso, no es preciso entrar a considerar el segundo. No obstante, la Sala entiende necesario argumentar respecto a los razonamientos efectuados en la sentencia acerca de esta cuestión, en cuanto son razones que condujeron a la Audiencia a revocar la sentencia de primera instancia.

En el caso de autos consta acreditado que doña Amalia T E, tras el divorcio de su cónyuge, entabló una nueva relación de pareja y ha tenido un hijo, que en la fecha de la sentencia de segunda instancia tenía casi dos años de edad. Este niño convive en el domicilio de su madre con A, y la prueba pericial practicada muestra efectivamente una cordial relación fraternal, en cuanto que A se muestra cariñoso y protector con su hermano, cuya presencia favorece su desarrollo y evolución, pues a través de ese rol fraterno se le fomentan pautas de responsabilidad, protección y autocontrol.

El precepto establecido en el artículo 80.4 del CDFa está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviese hijos habidos con sus nuevas parejas.

No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también

deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura. En el caso de autos, el establecimiento de la custodia compartida que se demanda no será obstáculo para que el joven A se relacione con su hermano de madre, tanto en el período en que corresponda a ésta la custodia, como en el que sea el padre el custodio del menor, ya que existe un plan de relaciones que incluyen visitas al progenitor no custodio, y es igualmente posible que el hermano menor pueda relacionarse con A en el domicilio en el que éste viva.

Sexto: Consecuencia de lo expuesto en los precedentes fundamentos ha de ser la estimación del recurso de casación, lo que da lugar a casar y anular la sentencia recurrida. Esta Sala, asumiendo la instancia, acuerda confirmar íntegramente el fallo de la sentencia recaída en primera instancia, que estimó en lo sustancial la demanda interpuesta, en cuanto aplicó correctamente las normas citadas en los precedentes fundamentos y resolvió conforme a ellas las pretensiones deducidas.

Séptimo: La estimación del recurso de casación determina la no imposición de las costas devengadas en el mismo; y en cuanto a las de las instancias, apreciándose que concurren razonables dudas de hecho y de derecho, procede igualmente la no imposición, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la LEC.

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

FALLO

Primero: Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de don Javier M O.

Segundo: Se estima el recurso de casación interpuesto por dicha parte, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 2 de mayo de 2012, en autos de modificación de medidas núm. 328/2011, procedentes del juzgado de primera ins-

tancia núm. 5 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

Tercero: Confirmamos íntegramente el fallo dictado por el juzgado de primera instancia, en su sentencia de 19 de diciembre de 2011.

Cuarto: No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

Quinto: Hágase entrega al recurrente del depósito constituido.

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

Séptimo: 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 de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NÚM. 55

A. TSJA de 27 de noviembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de competencia funcional: El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la que la Sala de lo Civil del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso al no haberse interpuesto también recurso de casación foral, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del TS (arts. 73.1 y 56.1 LOPJ, en relación con la DF 16ª Lec.), por lo que procede abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso (art. 62 Lec.).

PONENTE: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

NÚM. 56

S. TSJA 40/2012,
de 4 de diciembre

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: Flexibilidad en la admisión de pruebas: Las consideraciones legales y jurisprudenciales expuestas en la sentencia permiten extraer la conclusión de que la clara prevalencia del interés del menor en casos como el presente exige la búsqueda de la realidad de lo acontecido y enjuiciado de la manera más completa que sea posible, atendiendo con amplitud interpretativa la posible admisión de pruebas, sean propuestas por uno u otra parte, o de oficio por el tribunal e, incluso, con atención a lo sucedido con posterioridad al momento de presentación de la demanda. La omisión de la práctica de las pruebas solicitadas, consideradas necesarias, supuso la privación injustificada de acceso a la plena tutela judicial, y con efecto de posible indefensión, lo que conlleva la estimación del recurso por infracción procesal (469.1, motivos 3º y 4º Lec.).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 38/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 19 de junio de 2012, recaída en el rollo de apelación núm. 156/2012, dimanante de autos número 25/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, doña Soraya R P, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Silvia Tizón Ibáñez y dirigida por el Letrado don Daniel Val Martín y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).

[...]

FALLAMOS

Que estimando el recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de doña Soraya R P contra la sentencia núm. 338/2012, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha de 19 de junio de 2012, anulamos la sentencia recurrida y las actuaciones practicadas desde el dictado en el rollo de apelación del auto de fecha 12 de marzo de 2012, debiendo la Audiencia Provincial practicar las pruebas testimoniales de doña Llariver R P y don Manuel O G que fueron denegadas, y continuar con la tramitación del recurso de apelación hasta dictar nueva sentencia con arreglo a derecho.

57

NÚM. 57

A. TSJA de 17 de diciembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Inadmisión: *No se admite el recurso por carecer manifestamente de fundamento al haber alegado que «ambas sentencias, la de instancia y la de apelación, contienen una insuficiente motivación sobre la custodia compartida.». Ante tan genérica impugnación no cabe sino resaltar que en el FD 2º de la sentencia de la Audiencia específica con claridad qué circunstancias ha valorado para excluir en este caso el posible establecimiento de la custodia compartida. Ante la falta de concreción del recurrente sobre qué extremos entiende que debieron ser tratados y no lo han sido, en la motivación de que se trata, debe estarse, en definitiva a entender que sí existe motivación clara y determinante del sentido del fallo.*

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

NÚM. 58

S. TSJA 41/2012,
de 19 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho transitorio: *Si no hubiera sido promulgada la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, podría estimarse que se dieran los requisitos de identidad de sujetos, acción y hechos entre la sentencia dictada el día 21/3/2011, que no aplica dicha Ley, y la de 10/12/2011, por lo que habría sido posible la apreciación de existencia de cosa juzgada (art. 222 Lec.). Pero tal conclusión no es admisible ante la publicación de la citada Ley 2/2010 y a la vista de su DT 1ª. La revisión de las medidas adoptadas bajo la legislación anterior puede solicitarse durante un año desde el día en que entró en vigor la nueva ley, el 8 de septiembre de 2010. Por tanto, fue legítimo que el padre presentara nueva demanda para solicitar el nuevo enjuiciamiento de los mismos hechos y entre las mismas partes pero ahora con arreglo a la nueva legislación.*

Preferencia de la custodia compartida: *Establecida la preferencia legal por la custodia compartida, para valorar la posible conveniencia de la custodia individual deberá el Juez tener en cuenta cuantas circunstancias de relevancia para la convivencia familiar puedan concurrir, y, especialmente, las citadas expresamente en el artículo 80.2 CDA. En consecuencia, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores debe estar a la previsión legal de preferencia del régimen de custodia compartida, puesto que la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con este tipo de custodia, de modo que la individual sólo debe acordarse cuando realmente se considere, tras una cuidadosa valoración de la prueba, más conveniente en el caso concreto. Si en el caso concreto no existe esa constancia realmente evidenciada de ser mejor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.*

58

Interés del menor: *El interés general del menor es el tenido en cuenta por el legislador cuando en el artículo 80 CDFa ordena que su mejor protección tendrá lugar mediante la custodia compartida, por lo que sólo en determinados casos concretos, y por las razones que expone la propia norma, puede excepcionarse. Pero no basta con su mera invocación general para posibilitar la fijación de uno u otro sistema de custodia, porque, por lo dicho, salvo concreción en sede jurisdiccional, conforme a las concretas circunstancias ordenadas en la ley, de que por tal interés procede la custodia individual, debe estarse al superior criterio legal de que, con carácter general, es de mejor atención para el menor la custodia compartida, y no la individual.*

Factores para excepcionar la custodia compartida: *La exposición contenida en la sentencia recurrida no recoge que existan motivos, conforme a los criterios ordenados en el artículo 80 que, de modo claro, concreto, terminante y deducidos de datos contrastables, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. No existe así expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador, por lo que infringe el artículo 80.2 CDFa al haber establecido la custodia individual a favor de la madre.*

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS:
Contribución proporcional: *No se considera oportuno fijar en este resolución (la estimación del recurso de casación conlleva la actuación de este Tribunal como de instancia) si el sistema de contribución a los gastos del hijo debe hacerse mediante manejo de cuenta bancaria mancomunada (como propone el padre en su demanda) o de otro modo. Si perjuicio de posible futuro acuerdo de los interesados, se considera más conveniente el establecimiento del régimen legalmente previsto en el artículo 82 CDFa sin las matizaciones contenidas en la demanda. En consecuencia, no se abonará entre los progenitores pensión por alimentos. Los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios*

del hijo menor correrán de cuenta de ambos padres por partes iguales. Los gastos extraordinarios no necesarios se repartirán conforme a los acuerdos a que lleguen los progenitores. En su defecto, correrá con su pago el que decida la realización del gasto.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 y DT 6ª CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

En Zaragoza, a diecinueve de diciembre dos mil doce.

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 28/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha de 25 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 136/2012 dimanante de autos de Modificación de Medidas número 245/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, siendo parte recurrente don José Mª M H, representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Forcada González y dirigido por el Letrado don Santiago Culleré García y parte recurrida doña Yolanda GG, representada por el Procurador de los Tribunales don Héctor David Rosado Gálvez y dirigida por la Letrada doña Lucía Romeu Tarrago, así como el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 30 de mayo del 2011, la Procuradora Sra. Bernués Sauque, en representación de don José Mª M H, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña demanda de Modificación de Medidas definitivas frente a doña Mª Yolanda G G y, después de alegar los hechos, contenía el pacto de relaciones familiares cuyo contenido reza como sigue: «A) Declare la custodia compartida de forma que Jorge esté con cada progenitor dos semanas consecutivas que irán

desde un viernes a la salida del colegio, cuando lo haya, momento en el que el progenitor al que le toque acudirá al centro educacional a recogerlo, hasta el segundo lunes siguiente en que puntualmente lo reintegrará al indicado centro de educación (...). En caso de que se encuentren en un período vacacional, se seguirá la misma regla pero recogiendo y reintegrándolo en el domicilio del otro progenitor. B) Los períodos vacacionales (se tendrán por tales las escolares de Navidad, Semana Santa y verano), Jorge estará bajo la guarda y custodia de cada progenitor la mitad de las vacaciones, en las de Navidad y Semana Santa. En las de verano no se establece régimen alguno pues se deberá seguir con el mismo régimen ordinario pero recogiendo y reintegrando a Jorge en el domicilio del otro progenitor. En el caso de las vacaciones navideñas y de Semana Santa, el padre escogerá la mitad en que prefiera estar con Jorge los años impares y la madre los pares. No se tendrá en cuenta los días de menos que un progenitor tenga a Jorge bajo su guarda y custodia respecto del otro y en las vacaciones navideñas y de Semana Santa. Finalizadas las vacaciones, Jorge volverá a estar bajo la guarda y custodia de quien debiere, calculándolo como si no hubieren mediado tales períodos vacacionales menores. C) En cuanto a la pensión por alimentos establecida en aquella sentencia antes referida se dejará sin efecto debiendo ambos cónyuges ingresar en una cuenta común abierta al efecto y de la que tan solo puedan disponer mancomunadamente la cantidad inicial de 200€ mensuales cada uno, que sumados se igualan a la pensión establecida hasta la presente. Dichas cantidades podrán ser incrementadas o disminuidas de común acuerdo por escrito, en todo caso, o, a falta de pacto, por decisión judicial. En todo caso los saldos negativos serán cubiertos por mitades de forma inmediata. Dichas cantidades se destinarán al pago de los gastos necesarios de Jorge exceptuando comida y aseo que cada progenitor cubrirá los que resultaren precisos cuando Jorge estuviere bajo su guarda. D) Los gastos extraordinarios necesarios serán satisfechos por mitades

debiendo, el que no hubiere satisfecho el gasto, abonar al otro su mitad a primer requerimiento. Si hubiere sido pagado por domiciliación en la cuenta común, se estará a lo establecido en el anterior párrafo para el caso de saldos negativos si los hubiere. Los gastos extraordinarios no necesarios los satisfará, salvo pacto en contra, quien los hubiere decidido. E) En todo caso, cualquiera de los dos progenitores, cuando no tuviere a Jorge bajo su guarda y custodia, tendrá derecho a comunicarse con él telefónicamente a cualquier hora del día desde las diez horas de la mañana hasta las veintidós horas de la noche. Además tendrá derecho a estar en compañía de Jorge todos los miércoles por la tarde debiendo acudir a recogerlo al colegio y reintegrándolo en el domicilio del progenitor que ostente, en aquella quincena, la guarda y custodia antes de las 20 horas. Ello no regirá cuando, en períodos vacacionales, Jorge esté de viaje con el progenitor que en aquel entonces le corresponda ejercer la guarda y custodia. F) Ninguno de los dos cónyuges saldrá de territorio español, insular o peninsular sin el consentimiento del otro cónyuge o mediante resolución judicial. G) Cada progenitor organizará como mejor crea, durante el tiempo en que tenga adjudicada la guarda y custodia, las relaciones con sus abuelos, demás parientes y otras personas allegadas. En todo caso, ambos se obligan a no entorpecer las relaciones de Jorge con terceros y a no coartar o impedir las comunicaciones telefónicas de abuelos, otros parientes o personas allegadas con Jorge. H) Nada procede acordar en cuanto a la vivienda conyugal puesto que ya fue decidido en el procedimiento de mutuo acuerdo de cuya sentencia y convenio aprobado se acompañan sendas copias. I) Tampoco procede liquidar régimen económico matrimonial alguno por no existir. J) Tampoco procede pensión compensatoria alguna por no haber solicitado ni acordado en su momento».

Tras formular los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó solicitando: «acuerde la modificación de las medidas en el sentido solicitado declaran-

do la custodia compartida para ambos progenitores junto con las demás medidas incluidas en la propuesta de pacto de relaciones familiares».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó la demanda interesando: «dicte sentencia por la que se acoja la excepción de cosa juzgada o subsidiariamente desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas».

Por decreto de 31 de octubre de 2011 se tuvo por contestada la demanda y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña dictó sentencia en fecha de 16 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Bernués en nombre y representación de don José María M H contra M^a Yolanda G G, denegando la modificación de medidas solicitada por el actor. Sin expresa condena en costas».

Tercero: La representación procesal de la parte actora interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso presentado de contrario. Por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2012 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 25 de abril de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don José María M H contra la sentencia indicada, confirmamos íntegramente dicha resolución y omitimos un pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña M^a del Mar Pascual Obis, actuando en nombre y representación de don José María M H presentó, en tiempo y forma, escrito de interposición de recurso

extraordinario de casación que basó en los siguientes motivos: «1: Con apoyo procesal en el artículo 477.2.3 y 477.3 de la LEC, por interpretación errónea del artículo 80 CDFFA, en relación con el artículo 39.2 y 4 de la Constitución Española. 2: Con fundamento en el artículo 477.2.3 y 477.3 de la LEC, por infracción por inaplicación del artículo 76.2 y 76.3.b) del CDFFA, en relación con el artículo 11.3^a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. 3: Al amparo del artículo 477.2.3^o y 477.3 de la LEC, en relación con el artículo 80.2 del CDFFA, y con el artículo 80.2 del CDFFA, y con el 3.1 del Código Civil. 4: Al amparo del artículo 477.2.3^o y 477.3 de la LEC, por infracción del artículo 80 del CDFFA. 5: Al amparo del artículo 477.2.3^o de la LEC por cuanto no debe estimarse la cosa juzgada. La sentencia presenta interés casacional».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de 12 de julio de 2012 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a las partes contrarias por plazo de veinte días y evacuado dicho trámite, las partes presentaron los escritos en apoyo de sus pretensiones y por diligencia de ordenación se señaló para la celebración de la vista el día 17 de octubre. Por diligencia de ordenación de 4 de octubre se suspendió la vista señalada y el 5 de octubre de 2012 se señaló nuevamente la celebración de la vista el día 21 de noviembre de 2012 a las 9,30 horas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por sentencia dictada el día 3 de diciembre de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña se acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes de este procedimiento, celebrado el día 19 de mayo de 1990 y en el que el día 1 de junio de 2004 había nacido el hijo Jorge.

Acordado en la anterior sentencia el régimen de custodia del menor a cargo de

la madre, el día 3 de septiembre de 2010 fue presentada por el padre demanda de modificación de medidas, en solicitud de establecimiento de custodia compartida. Demanda que fue desestimada en tal pretensión por sentencia del día 21 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado antes citado.

El día 30 de mayo de 2011 se presentó por el padre, ante el mismo Juzgado, la demanda rectora de este procedimiento, en que solicitaba de nuevo el establecimiento del régimen de custodia compartida del menor, al amparo, en este caso, de la aplicación del artículo 6.2 de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que había entrado en vigor después de presentada la primera demanda de modificación de medidas.

Desestimada esta segunda demanda por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña del día 10 de diciembre de 2011 y apelada tal resolución, fue íntegramente desestimado el recurso de apelación por la sentencia ahora recurrida, dictada el día 25 de abril de 2012 por la Audiencia Provincial de Huesca.

Segundo: Con carácter previo a resolver las cuestiones de fondo recogidas en el recurso de casación presentado, debe ser tratada la causa de inadmisibilidad del recurso que plantea la parte recurrida, con sustento en que lo que se plantea en la impugnación actual «es una nueva valoración de la prueba (interrogatorio de partes pericial y documental), distinta a la efectuada por la Juzgadora a quo e incluso por la Audiencia Provincial, sustituyendo tal valoración por la suya propia».

La generalidad de la afirmación, literalmente expuesta, que pretende fundamentar la posible inadmisibilidad del recurso impide conocer en qué extremos considera realmente la parte recurrida que se introduce nueva valoración de la prueba en este recurso. Además, de la lectura del escrito impugnatorio resulta que, si bien en él se contienen referencias a la prueba,

su base no es esta cuestión, sino las de naturaleza jurídica a las que a continuación se hará referencia.

En consecuencia, procede rechazar la causa de inadmisibilidad propuesta por la parte recurrida.

Tercero: La parte recurrente no plantea en su recurso de casación con la suficiente diferenciación los diversos motivos por los que presenta el recurso, pues bajo formulación de un genérico y único motivo de recurso de «Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» formula luego un total de cinco alegaciones. Tal planteamiento del recurso obliga para su adecuado tratamiento a sistematizar las diversas peticiones ahora, al tiempo de resolverlas en la sentencia, entendiéndose que para mejor resolución debe ser tratada en primer lugar la relativa a cosa juzgada contenida en el extremo 5 del recurso; luego, las enumeradas en los cardinales 1, 3 y 4, conjuntamente por ser todas ellas referidas a posible infracción de la regulación sobre custodia compartida contenida en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante); para luego resolver, si procede, sobre lo propuesto bajo número 2, relativo a las prevenciones de los artículos 76 del CDFA y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Cuarto: La sentencia recurrida estimó que se producían los efectos de cosa juzgada respecto de lo ahora enjuiciado, por cuanto, en relación con una previa petición y resolución de modificación de medidas, había sido dictada sentencia el día 21 de marzo de 2011 por el Juzgado de Boltaña. Así, en su Fundamento de Derecho tercero, se recoge literalmente en la sentencia: «(...) Tercero: 1. Varios son los motivos que nos llevan a confirmar la sentencia. En primer, lugar, que sobre esta cuestión se pronunció el juzgado en fecha anterior y muy reciente, en la sentencia de 21 de marzo de 2011, rechazando la custodia compartida en los términos antes referidos. Aunque declaraba no aplicable la

Ley 2/2010, por no estar en vigor al inicio del procedimiento, la realidad es que resolvió de acuerdo a sus previsiones. Y esta decisión no fue recurrida por el demandante, y ahora apelante. En definitiva, se producen los efectos de cosa juzgada, dado que concurre la identidad de personas y de pretensiones, basada en hechos idénticos. No resulta admisible que, por no haber transcurrido el plazo de un año desde la publicación de la Ley cuando se interpuso la segunda demanda, pueda intentarse sucesivamente la revisión del convenio regulador al amparo de la Disposición Transitoria de la tan repetida Ley 2/2010 (...).

Ciertamente, si no hubiera sido promulgada la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, podría estimarse, como hace la sentencia recurrida, que se dieran los requisitos de identidad de sujetos, acción y hechos entre la sentencia dictada el día 21 de marzo de 2011 y lo que fue luego objeto del enjuiciamiento en la sentencia del día 10 de diciembre de 2011, a raíz de demanda presentada el 30 de marzo de 2011, por lo que habría sido posible la apreciación de existencia de cosa juzgada en los términos establecidos por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Pero tal conclusión no es admisible ante la publicación de la citada Ley 2/2010 porque, como expresamente ordena en su disposición transitoria primera, la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión del convenio regulador o de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior, durante un año desde la entrada en vigor de la ley. De modo que, dictada sentencia por el Juzgado de Boltaña el día 21 de marzo de 2011, esto es, antes de entrar en vigor la ley, cualquiera de las partes podía solicitar la revisión de las medidas acordadas en tal sentencia durante un año desde que entró en vigor la ley el día 8 de septiembre de 2010.

Por tanto, fue legítimo que el padre presentara nueva demanda para solicitar el nuevo enjuiciamiento de los mismos he-

chos y entre las mismas partes pero ahora con arreglo a la nueva legislación.

Quinto: Las alegaciones contenidas bajo los epígrafes 1, 3 y 4 del motivo de recurso impugnan los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida que se pronunciaron sobre el establecimiento de la custodia compartida o individual en el presente caso. En resumen, entiende la parte recurrente que la decisión judicial infringió la previsión del artículo 80 del CDFFA, de ser preferente la adopción de la custodia compartida de los hijos en caso de crisis matrimonial, con desatención al espíritu y finalidad de la Ley 2/2010 y del posterior CDFFA.

Como ha sido ya reiterado en diversas sentencias de esta Sala (así, por ejemplo, de 1 de febrero de 2010 o de 15 de diciembre de 2011) el artículo 6 de la Ley de Aragón 2/2010, luego literalmente traspuesto en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, ordena que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente al interés del menor. Para valorar la posible conveniencia de la custodia individual deberá el Juez tener en cuenta cuantas circunstancias de relevancia para la convivencia familiar puedan concurrir, y, especialmente, por cita expresa de tal norma, los factores de edad y arraigo social y familiar de los hijos, así como su opinión, y la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar laboral de los padres.

En consecuencia, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores debe estar a la previsión legal de preferencia del régimen de custodia compartida, puesto que la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con este tipo de custodia, de modo que la individual sólo debe acordarse cuando realmente se considere más conveniente en el caso concreto.

Por tanto, la posibilidad de adopción de la custodia individual exige una cuidadosa valoración de la prueba que la presente, en el supuesto, como más beneficiosa para el menor en lugar de la legalmente preferente custodia compartida. De lo que no cabe sino concluir que si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, la constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

Sexto: En el caso presente, la sentencia recurrida no recoge de modo expreso referencia a los factores indicados como de necesaria valoración conforme al artículo 80 del CDEFA. La razón de la decisión se sustenta exclusivamente en la exposición de las afirmaciones contenidas en informe hecho por la asistente social del Instituto de Medicina Legal de Aragón, del que valora especialmente varias circunstancias recogidas por la informante: que el padre tiene un amplio régimen de visitas con flexibilidad al respecto por parte de la madre; que el menor se encuentra más unido a la madre a la que tiene como referencia; o que, siempre en opinión de la asistente social, el menor admite la separación de los padres pero muestra una cierta resistencia en el momento de separación de la madre. Con ello, tras admitir la conclusión del propio informe de que un nuevo cambio puede desestabilizar al menor, concluye que el interés del propio menor, ateniendo a su edad, junto con las circunstancias dichas, acuerda relegar la custodia compartida y mantener la custodia individual de la madre.

Asimismo, y a favor del establecimiento de la custodia individual se invoca el interés del menor de modo genérico en la sentencia recurrida.

Como se desprende de lo antes expuesto, el interés general del menor es el tenido en cuenta por el legislador cuando en el artículo 80 CDEFA ordena que su mejor protección tendrá lugar mediante la custodia compartida, por lo que sólo en determinados casos concretos, y por las razones

que expone la propia norma, puede excepcionarse. No existe duda alguna de que el informe social que sirve de referencia directa e inmediata para la decisión judicial ha sido emitido por la profesional actuante de modo imparcial y atendiendo el interés del menor, al igual que tal ha sido el único interés que ha dirigido el dictado de la sentencia. Pero no basta con su mera invocación general para posibilitar la fijación de uno u otro sistema de custodia, porque, por lo dicho, salvo concreción en sede jurisdiccional, conforme a las concretas circunstancias ordenadas en la ley, de que por tal interés procede la custodia individual, debe estarse al superior criterio legal de que, con carácter general, es de mejor atención para el menor la custodia compartida, y no la individual.

Pues bien, en este caso, la exposición contenida en la sentencia recurrida no recoge que existan motivos, conforme a los criterios ordenados en el repetido artículo 80 que, de modo claro, concreto, terminante y deducidos de datos contrastables, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. Porque se recogen tan sólo las valoraciones de la asistente social, obtenidas mediante meras entrevistas de los progenitores, sin mecanismos de exploración de la voluntad real del niño; y se acepta acríticamente la conclusión del propio informe social de que existe la posibilidad de que un nuevo cambio pueda desestabilizar al menor, concluyendo que esta hipótesis de futuro es muy determinante de la fijación del sistema de custodia individual.

No existe así expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador. Por ello, debe concluirse que la sentencia recurrida tuvo que establecer la custodia compartida y, al no hacerlo y mantener la individual, infringió el artículo 80.2 del CDEFA. Por lo que procede casar la sentencia en lo referente a establecimiento del sistema de custodia compartida del menor.

Séptimo: Por la estimación del motivo de casación último tratado, deviene improcedente entrar a resolver sobre el motivo 2) del recurso de casación, por contener idéntica pretensión que la ya atendida.

Asimismo, la estimación del recurso conlleva la actuación de este Tribunal como de instancia, al tiempo de concretar el régimen de custodia compartida que ahora se establece. Con su demanda, el padre solicitó la adopción de diversas medidas reguladoras de la relación de ambos progenitores con el hijo que no han sido matizadas o contradichas por la madre. Observando de oficio las propuestas, se considera que son, con carácter general, legalmente admisibles, pero que el mejor desenvolvimiento de la posterior convivencia aconseja modificar las siguientes:

— Medida c): No se considera oportuno fijar en esta resolución si el sistema de contribución a los gastos del hijo debe hacerse mediante manejo de cuenta bancaria mancomunada o de otro modo.

— Medida c) y d). No existen motivos que justifiquen las matizaciones que respecto de pago de gastos ordinarios y extraordinarios se recogen en tales apartados, por lo que, sin perjuicio de posible futuro acuerdo de los interesados, se considera más conveniente el establecimiento del régimen legalmente previsto en el artículo 82 CDFA.

— Medida f): No se alega motivo alguno que permita considerar adecuada la prohibición de salida del territorio nacional de cualquiera de los progenitores.

Octavo: De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dado que la demanda es finalmente estimada tan solo en parte, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José M^a MH contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca el día 25 de abril de 2012 que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En lugar de lo ordenado en la sentencia anterior, con estimación parcial de la demanda presentada por el recurrente antes citado para modificación de las medidas dictadas en sentencia de divorcio de ambos litigantes, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, acordamos que el régimen de guarda y custodia de Jorge M G, hijo menor de los litigantes, será el de custodia compartida.

Las medidas en que se desarrollará tal régimen serán, en concreto, las siguientes:

a) El hijo estará con cada progenitor dos semanas consecutivas que irán desde un viernes a la salida del colegio, cuando lo haya, momento en el que el progenitor al que le corresponda acudirá al centro educacional a recogerlo, hasta el segundo lunes siguiente en que puntualmente lo reintegrará al indicado centro de educación. En caso de que se encuentren en un período vacacional, será recogido y entregado en el domicilio del progenitor.

b) Los períodos vacacionales (se tendrán por tales las escolares de Navidad, Semana Santa y verano) el hijo estará bajo la guarda y custodia de cada progenitor la mitad de las vacaciones, en las de Navidad y Semana Santa. En las de verano no se establece régimen alguno pues se deberá seguir con el mismo régimen ordinario pero recogiendo y reintegrando al menor en el domicilio del otro progenitor.

En el caso de las vacaciones navideñas y de Semana Santa, el padre escogerá la mitad en que prefiera estar con el hijo los años impares y la madre los pares.

No se tendrá en cuenta los días de menos que un progenitor tenga al menor bajo su guarda y custodia respecto del otro y en

las vacaciones navideñas y de Semana Santa. Finalizadas las vacaciones, el hijo volverá a estar bajo la guarda y custodia de quien debiere, calculándolo como si no hubieren mediado tales períodos vacacionales menores.

c) No se abonarán entre los progenitores pensión por alimentos. Los gastos ordinarios y los extraordinarios necesarios del hijo menor correrán de cuenta de ambos cónyuges por partes iguales.

d) Los gastos extraordinarios no necesarios se repartirán conforme a los acuerdos a que lleguen los progenitores. En su defecto, correrá con su pago el que decida la realización del gasto.

e) En todo caso, cualquiera de los dos progenitores, cuando no tuviere al hijo bajo su guarda y custodia, tendrá derecho a comunicarse con él telefónicamente a cualquier hora del día desde las diez horas de la mañana hasta las veintidós horas de la noche. Además tendrá derecho a estar en compañía del menor todos los miércoles por la tarde debiendo acudir a recogerlo al colegio y reintegrándolo en el domicilio del progenitor que ostente, en aquella quincena, la guarda y custodia, antes de las 20 horas. Ello no regirá cuando, en períodos vacacionales, el hijo está de viaje con el progenitor que en aquel entonces ejerza la guarda y custodia.

f) Cada progenitor organizará como mejor crea, durante el tiempo en que tenga adjudicada la guarda y custodia, las relaciones con sus abuelos, demás parientes y otras personas allegadas. En todo caso, ambos se obligan a no entorpecer las relaciones del hijo con terceros y a no coartar o impedir las comunicaciones telefónicas de abuelos, otros parientes o personas allegadas con el menor.

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

Cuarto: Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente,

con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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

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

NÚM. 59

**S. TSJA 42/2012,
de 20 de diciembre**

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: No es ajustada al artículo 82 una afirmación de carácter general de que no es relevante la situación económica de la madre para determinar la contribución del padre a los gastos de asistencia de los hijos. Hay que tener en cuenta la situación económica de ambos progenitores. La proporcionalidad quedó establecida en la sentencia de primera instancia, en la de apelación no hay datos diferentes ni valoración contraria a los mismos, salvo meras sospechas de que los ingresos del recurrente son mayores y las consideraciones sobre la relevancia de la disminución de sus gastos. Tales apreciaciones de la sentencia recurrida, que no valoraciones de prueba, no pueden servir para modificar la proporcionalidad fijada en la sentencia del Juzgado. Al hacerlo infringe los artículos 79.5 y 82 CDFa.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 79.5 y 82 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 31/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 2 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación

número 601/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1145/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don José B. G., representado por el Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque y dirigido por la Letrada doña Carmen Tobías Menezes, y como parte recurrida doña Ana Belén L. M., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Alcrudo Abadía y dirigida por la letrada doña Cristina Remón Pérez, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[...]

FALLAMOS

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José B. G. contra la sentencia dictada el día 2 de mayo de 2012 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: Confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza de 3 de junio de 2011.

recogen. En definitiva, se trata de un principio general que tiene carácter de orden público (por todas, STS 12/5/2012) y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con independencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Ley aplicable: Lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo, por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales (art. 9.4 Cc.), y como de los hechos declarados probados no consta debidamente acreditada la vecindad del hijo, a los efectos de resolver este conflicto debe operar el criterio subsidiario del artículo 9.4 Cc. y atender al lugar de residencia del menor, que ha sido Aragón al menos desde 2007.

Factores para excepcionar la custodia compartida: La custodia individual a favor del padre ha sido reconocida y correctamente valorada en las sentencias de instancia como la más conveniente para el interés del menor, dadas las relevantes carencias advertidas en el entorno materno, que no han sido corregidas, y la necesidad que tiene el menor de unas atenciones superiores a las normales, que su padre le puede prestar. Con esta conclusión, que resulta de la prueba practicada, la custodia individual a favor del padre no puede quedar desplazada por la custodia compartida, sobre cuya eventual aplicación al menor no razona en modo alguno la parte recurrente.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

60

NÚM. 60

S. TSJA 43/2012,
de 21 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Principio de interés superior del menor: El principio del interés superior del menor o favor filii informa todo el ordenamiento, no sólo el aragonés, opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor (STC 176/2008, de 22/12 y STC 185/2012, de 17/10). Se citan los preceptos de Derecho internacional, nacional y aragonés que lo

En Zaragoza, a veintiuno de diciembre de dos mil doce.

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 y extraordinario de infracción procesal número 29/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Au-

diencia Provincial de Zaragoza, de fecha 2 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 32/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 61/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña A. S., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Leticia Muñoz Rome y dirigida por el Letrado don Antonio José Muñoz González, y como parte recurrida don F. G. L., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Fabiola Badal Barrachina y dirigido por la letrada doña M^a Jesús Ferreruela Fau, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Fabiola Badal Barrachina, actuando en nombre y representación de don F. G. L., presentó solicitud de Modificación de Medidas contra doña A. S. 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 acuerde la modificación solicitada en el sentido de: «1º: Proceder al cambio de la guarda y custodia del menor Pablo se otorgue al padre, con la autoridad familiar compartida por ambos progenitores: 2º: Fijación de un sistema de visitas a favor de la madre, consiste en todos los meses de julio y agosto así como las vacaciones de Navidad: 3º: La madre entregará al padre en concepto de pensión de alimentos 200 euros mensuales, pagaderos los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que este designe, actualizables con efectos de primero de enero cada año conforme a las variaciones que experimente el IPC: Los gastos extraordinarios de las hijas serán cubiertos al 50% entre ambos progenitores».

Por otrosí solicitó medidas provisionales que se sustanciaron en pieza separada con el mismo número que el anterior.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contra-

ria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, compareciendo dentro de plazo y contestando a la demanda, solicitando la demandada se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, dictó sentencia con fecha veintiséis de julio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimo esencialmente la demanda de modificación de medidas presentada por don F. G. L. contra doña A. S. Por tanto: 1: El hijo común, Pablo, una vez firme esta sentencia, pasará a residir con su padre, a quien se le atribuye su custodia. La autoridad familiar será compartida: 2: Pablo estará con su madre, salvo 15 días, en vacaciones escolares de verano. don F. elegirá cada año este periodo, que deberá coincidir necesariamente con el inmediato posterior al de finalización de las clases o el previo a su inicio. Se encargará de entregar al menor en el domicilio materno en España y costeará el desplazamiento: Asimismo, la madre estará con el menor la totalidad de las vacaciones escolares de Navidad. El padre costeará y gestionará el desplazamiento del menor a Zaragoza: Igualmente, cuando venga a España, don F. comunicará tal circunstancia a su madre para que pueda estar con el menor: don F. permitirá la comunicación vía Internet del menor con su madre: 3: Los progenitores deberán entregar inmediatamente a la notificación de esta resolución el pasaporte del hijo: 4: don F. hará frente, en solitario, a las necesidades alimenticias de Pablo, tanto ordinarias como extraordinarias: 5: No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Muñoz Rome en nombre y representación de doña A. S., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, y al Ministerio Fiscal, manifestando este: «Que impugna la resolución apelada de

fecha de 27 de julio de 2011, debiendo dictarse otra que recoja los pedimentos del Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral manteniéndose las medidas acordadas en Sentencia de fecha 2 de mayo de 2008 en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de acuerdo con el informe psico-social». Por su parte la parte apelada, impugna y se opone al recurso interpuesto.

La parte apelante, se adhiere a la impugnación planteada por el Ministerio Fiscal.

Presentado escrito por la Procuradora Sra. Badal Barrachina, junto con acuerdo firmado por ambos progenitores, solicita la entrega del pasaporte del menor para poder trasladarse a donde reside su padre. El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en fecha 16 de diciembre de 2011, dictó auto de orden general de ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, se dictó auto por el que se admitió la prueba documental aportada por la parte apelante A. S., quedando la misma unida a las actuaciones; en fecha 2 de mayo de 2012 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallamos: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por doña A. S. y el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Zaragoza el 26 de julio de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada».

Quinto: La representación legal de doña A. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal: «1º: Por infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente aplicación errónea, del Código del Derecho Foral de Aragón y Ley Aragonesa 2/2010; 2º: Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil; 3º: Infracción del artículo 80.2 del CDFA y 4º: Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 27 de junio de 2012 la Sala dictó providencia concediendo a las partes el término de 10 días para que formulen alegaciones respecto a la siguiente posible causa de inadmisión: «El motivo segundo de casación –en la enumeración de la parte– se fundamenta en la vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referente a la exigencia de motivación de las sentencias. Conviene precisar que se trata, en rigor, no de un motivo de casación, sino de infracción procesal. En su desarrollo la parte parece invocar en realidad una valoración de la prueba diferente a la que resulta de la sentencia recurrida, la que la propia parte considera correcta, más que una motivación insuficiente de la sentencia. Y en cuanto a su planteamiento, la parte no desarrolla el razonamiento de la falta de motivación con la que encabeza el motivo». Presentadas las alegaciones por las partes, cada una de ellas en apoyo de sus pretensiones, alegando el Ministerio Fiscal «... que se debiera inadmitir el RC en el motivo segundo alegado por la recurrente, ya que no reúne los requisitos para ser alegado como tal (infracción de norma sustantiva), al ser el Art. 218 Ley de Enjuiciamiento Civil una norma procesal a denunciar, en su caso, como REIP (art. 469.1.4º Ley de Enjuiciamiento Civil)».

La Sala, en fecha 26 de julio, dictó auto en el que acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, y no admitir el motivo segundo del recurso casación formulado por la representación de doña A. S. y admitir los motivos primero, tercero y cuarto de ese mismo recurso. Se dio traslado a las otras partes, que presentaron sus alegaciones, dentro plazo, solicitando el recurrido que se dicte sentencia por la que se confirme íntegramente la de 2 de mayo de 2012, siendo la petición del Ministerio Fiscal en el mismo sentido, alegando este último que «el inte-

rés del menor se encuentra mejor amparado con la custodia individual del padre que con la custodia compartida o individual de la madre».

En fecha de 8 de octubre se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso deben citarse:

Doña A. S. y don F. G. L. mantuvieron varios años una convivencia *more uxorio* fruto de la cual nació un hijo, Pablo, el día 23 de julio de 2001.

Tras la ruptura de dicha relación de pareja se tramitó un procedimiento para regular las relaciones paterno filiales –autos de juicio verbal núm. 40/2007 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza– en el que se dictó sentencia de 2 de mayo de 2008 resolviendo otorgar a la madre la guarda y custodia del hijo menor, manteniendo ambos progenitores la autoridad familiar, y se fijó una pensión de alimentos a favor del hijo menor, y a cargo de su padre, de 600 euros mensuales.

En fecha de 20 de enero de 2011, don F. G. L. ha interpuesto demanda de modificación de las medidas adoptadas en el anterior procedimiento, a fin de que se acuerde el cambio de la guarda y custodia del menor, el cual debe quedar al cuidado del padre, y que se fije una pensión de alimentos a favor del hijo y a cargo de la madre de 200 euros mensuales. En fundamento de dichas pretensiones se argumenta que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias tomadas en consideración en el anterior procedimiento, en concreto la desatención del menor por su madre, hasta el punto de tener que intervenir los servicios sociales de la Administración.

Doña A. S. se ha opuesto a la demanda interesando el mantenimiento de las medidas acordadas en el anterior procedimien-

to. Sostiene que no existe una situación de riesgo o desamparo del menor, y admite únicamente que ha tenido dificultades puntuales para conciliar su trabajo con las necesidades del hijo.

La sentencia de primera instancia, dictada el 26 de julio de 2011, estima en parte la demanda y acuerda otorgar la custodia del menor a su padre, manteniendo ambos progenitores la autoridad familiar compartida. Fija a favor de la madre un régimen de comunicación centrado, fundamentalmente, en las vacaciones de Navidad y verano, y desestima la solicitud de gastos de asistencia a cargo de la madre.

En esta resolución se argumenta que el menor Pablo tiene un estrecho vínculo con su madre y acepta con normalidad a las actuales parejas de sus progenitores. El menor tiene un comportamiento social desajustado, con agresividad cuando no consigue sus objetivos, y poca tolerancia a la frustración. El padre es funcionario de las Naciones Unidas y está destinado en Cali (Colombia) donde reside con su esposa y los cuatro hijos de esta. La madre vive en Zaragoza con su actual pareja, en una vivienda que cuenta con una sola habitación, y recibe con frecuencia a compatriotas que pasan temporadas en dicha vivienda. El IASS, en resolución de 19 de noviembre de 2010, declaró al menor en situación de riesgo y acordó iniciar un proyecto de intervención y apoyo familiar. Se advirtió que la madre debía mejorar su papel materno y que adolecía de falta de empatía y comprensión de las necesidades del hijo. El seguimiento escolar del menor había sido escaso. La madre había colaborado en la intervención, y se habían producido avances. No obstante, el informe educativo de 22 de junio de 2011 concluyó que se había producido un retroceso considerable en el cumplimiento de los objetivos fijados, que el menor estaba peor en el colegio, que la madre había reducido su jornada laboral pero no dedicaba más tiempo al menor, y que se habían producido, desde abril, complicaciones en el seguimiento de la familia, habiéndose planteado la madre regresar a su país, Indonesia.

El padre, continúa la argumentación de la sentencia, goza de estabilidad familiar, tiene una holgada posición económica y puede dedicar tiempo al menor. Las carencias del entorno materno son evidentes y no se han corregido, y el menor requiere unas atenciones superiores a las normales, todo lo cual aconseja la estimación de la demanda en el extremo referente a la custodia del menor a favor del padre.

Conviene precisar que en la fundamentación jurídica de la sentencia se mencionan los artículos 77, 79.5 y la DT. primera del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) para justificar la solicitud de modificación del pacto de relaciones familiares. Y en cuanto al fondo de la pretensión deducida, se alude –por dos veces– al interés del menor como clave que sustenta toda nuestra legislación, con cita de los artículos 80, 75, 76, 77 y 89 del CDFA, del artículo 39 de la Constitución, y asimismo de los artículos 90, 154, 156 y 159 del Código Civil.

La madre interpuso recurso de apelación en el que reiteró la solicitud de desestimación íntegra de la demanda, y reprochó que la sentencia recurrida aplicara erróneamente norma foral, con vulneración del artículo 14 del Código Civil, porque ni demandante, ni demandada ostentaban la vecindad civil aragonesa.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia de 2 de mayo de 2012 por la que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida. En ella se reiteraron los razonamientos de la dictada en primera instancia, y se destacó la necesidad de intervención del Área de Servicios Sociales del Alto Gállego, por encontrarse el menor en situación de claro riesgo al cuidado de su madre, sucediéndose desde entonces intervenciones periódicas y aplicación de programas de ayuda y educativos en Zaragoza, hasta la declaración de riesgo del menor por resolución de 19 de noviembre de 2010. Por lo demás, se destaca la suscripción, el 14 de noviembre de 2011, de un convenio por los progenitores en el que acuerdan la

asunción por el padre, con carácter provisional, de la custodia del hijo que pasará a convertirse en custodia definitiva si se llega a confirmar la sentencia de instancia. En cuanto a la fundamentación jurídica se menciona, al igual que en la sentencia apelada, la necesidad de atender al prioritario interés del menor.

Segundo: Doña A. S. ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia.

De los tres motivos admitidos, en el primero se denuncia la infracción, por aplicación errónea, del Código del Derecho Foral de Aragón y de la Ley aragonesa 2/2010, porque ello vulnera lo dispuesto en el artículo 14 del Código Civil, puesto que ni demandante –español de origen, residente desde hace años y originario de Cataluña, afirma el recurrente–, ni demandada –de nacionalidad indonesia– ostentan la vecindad civil aragonesa. Considera, en definitiva, que el litigio ha de resolverse conforme al derecho común al que remite, como norma de conflicto, el artículo 16.1, en relación con el 9.1 del CC.

Lo primero que cabe indicar respecto a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida es que la misma trasciende de la concreta cita de los preceptos del CDFA, porque se sustenta en un principio, el interés superior del menor o favor filii, que informa todo el ordenamiento, no solo el aragonés, y sobre el que el Tribunal Constitucional ha afirmado que «opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste» –STC núm. 176/2008, de 22 de diciembre de 2008; y en igual sentido, la reciente STC, Pleno, de 17 de octubre de

2012 que declara inconstitucional el inciso «favorable» contenido en el artículo 92.8 del Código Civil–.

Ello es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21 de septiembre de 1992, en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996 –además de los preceptos del Derecho aragonés mencionados por las sentencias de instancia y de los artículos 3.3.a) y c), 4, 13, 21 y 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón–.

En definitiva, se trata de un principio general que tiene carácter de orden público –por todas, STS de 12 de mayo de 2012– y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con independencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.

Por otra parte, es significativo que el reproche de la parte recurrente incida únicamente en el criterio de selección de la norma, pero omite totalmente la concreta cita del precepto que a su juicio resulta aplicable al caso, así como de su análisis y de la subsunción de los hechos en dicha norma sustantiva. Y no lo hace porque, con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de los que debemos partir, y el necesario respeto al superior interés del menor en la adopción de la medida de custodia, la consecuencia de la aplicación del artículo 92 CC sería la misma que la que resulta de los preceptos del CDFa.

En cualquier caso y respecto a la norma aplicable hay que destacar, en contra de lo argumentado por la recurrente, que lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-fi-

liales –art. 9.4 CC–, y que de los hechos declarados probados no consta debidamente acreditada la vecindad del derecho civil común del hijo o cualquier otra que imponga la aplicación del CC –entre otras cuestiones, el dato de la procedencia del padre que menciona el recurrente es incorrecto, y se desconocen los lugares de residencia que ha tenido esta persona hasta la incoación del procedimiento–. Por tanto, y a los meros efectos de resolver este litigio, debe operar el criterio subsidiario del artículo 9.4 CC y atender al lugar de residencia del menor, que ha sido Aragón al menos desde 2007.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el primer motivo del recurso.

Tercero: El motivo tercero del recurso se interpone, para el supuesto de entender aplicable el Derecho Foral aragonés, por vulneración del artículo 80.2 CDFa, por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida; asimismo, el motivo cuarto se fundamenta también en la necesidad de adoptar la custodia compartida, como criterio preferente en Aragón, con cita de los artículos 80.3 CDFa y 217 LEC, y mención de la necesidad de recabar los informes sociales o psicológicos de los especialistas, sin que el Juez de instancia haya valorado al menos uno de dichos informes.

Respecto a estos motivos, que serán analizados conjuntamente, lo primero que debe indicarse es que la recurrente se aparta totalmente de la postura mantenida en las dos instancias, en las que defendió el mantenimiento a su favor de la custodia individual. Por otra parte no razona, más allá de la mera cita de los expresados preceptos, por qué motivo se debe acordar la custodia compartida en lugar de la individual a favor del padre, que ha sido reconocida y correctamente valorada en las sentencias de instancia como la más conveniente para el interés del menor, dadas las relevantes carencias advertidas en el entorno materno, que no han sido corregidas, y la necesidad que tiene el menor de unas atenciones superiores a las normales, que

su padre le puede prestar. Con esta conclusión, que resulta de la prueba practicada, la custodia individual a favor del padre no puede quedar desplazada por la custodia compartida, sobre cuya eventual aplicación al menor no razona en modo alguno la parte recurrente.

En definitiva, no se aprecia infracción alguna del artículo 80.2 CDFa, ni debe tener tampoco virtualidad la cita de los artículos 80.3 CDFa y 217 LEC, porque a través de estos preceptos se plantea, en apoyo de la custodia compartida, que uno de los informes fue incorporado a las actuaciones después de dictarse sentencia de primera instancia, pero ese dictamen ha podido ser valorado en segunda instancia y la parte no plantea siquiera, como defecto procesal, que exista un error en dicha valoración que resulte notorio o patente, y determinante de arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la sentencia. En definitiva, en el motivo cuarto se entremezclan incorrectamente la misma impugnación sustantiva del motivo tercero, y la simple mención a la incorporación de un informe pericial tras el dictado de la sentencia de primer grado, pero sin articular correctamente la existencia de un defecto procesal relevante para el correcto enjuiciamiento de la causa.

Por lo expuesto, procede la desestimación de los motivos tercero y cuarto del recurso y, con ellos, la del recurso interpuesto.

Cuarto: La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien se plantean dudas de derecho que aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al artículo 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña A. S. contra la sentencia dictada

por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de mayo de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Decretamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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.

NÚM. 61

A. TSJA de 21 de diciembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Inadmisión: *El motivo fundamente la infracción procesal en la vulneración del principio de justicia rogada, por haberse acordado una modificación de medidas que no fue solicitada en la demanda. No se admite el motivo, entre otras razones, porque se trata de un pronunciamiento propio de los efectos personales de la ruptura y relacionado con un menor; ámbito en el que el TS entiende que no rige el principio de rogación. El segundo motivo tampoco se admite porque, aunque se denuncia falta de motivación de la sentencia, la parte pretende en realidad combatir la valoración de la prueba.*

CASACIÓN FORAL: Inadmisión: *El tercer motivo no se admite porque no se respeta en él la valoración de la prueba efectuada en la instancia y no se ajusta a la técnica casacional. El cuarto motivo tampoco se admite porque se fundamenta en la infracción del artículo 82 CDFa, por no haberse respetado*

la regla de contribución proporcional de los padres a la satisfacción de los gastos de asistencia de los hijos a cargo, siendo que el juicio de proporcionalidad corresponde realizarlo a los tribunales que resuelven las instancias, sin

que el mismo deba ser objeto de recurso de casación (STS de 28 de octubre de 2011 y STSJA de 20 de abril de 2012).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2010)

HUESCA, 2010

62

NÚM. 62

S. APH de 25 de marzo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Principio de interés superior del menor: *Es preciso destacar que no son los intereses de los padres, sino el interés superior de la menor, el que siempre prevalece en esta materia, de manera que las medidas judiciales que se adopten deben atender a ese interés, estando facultados los jueces para actuar de oficio en la adopción de medidas necesarias para salvar los derechos de los menores habida cuenta del carácter público del bien tutelado.* **69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EXISTENCIA:** *Ambos litigantes constituyen una pareja estable no casada, aun cuando no estuviera inscrita en el registro correspondiente.* **RUPTURA DE LA CONVIVENCIA CON HIJOS A CARGO:** *Atribución del uso de la vivienda familiar: A falta de una norma específica que regule el uso de la vivienda familiar, en este caso vivienda habitual de la familia y de la pareja hasta el cese la convivencia y extinción de la pareja, son de aplicación las normas sobre el uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio previstos en el Código civil. En este caso la vivienda era propiedad común de los litigantes y su uso quedó atribuido a la hija y*

al cónyuge (sic) en cuya compañía quedó de acuerdo con el art. 96 Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 1 y 3 LPENC (art. 303 y 305 CDFIA).

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.*

La Sec. 1ª de la APH (rollo 172/09) ha conocido del procedimiento de modificación de medias provenientes de los Autos núm. 629/08 seguidos ante el JPI núm. 2 de Huesca. Ambos litigantes, miembros de una pareja estable no casada, solicitan la modificación de medidas en orden a la atribución de la vivienda familiar y la determinación del derecho de visitas. Las peticiones se estiman en parte.

63

NÚM. 63

S. APH de 26 de marzo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: *La contribución del padre para satisfacer los alimentos ha de adaptarse a las circunstancias económicas y ne-*