

## A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2012-2013)

1

### NÚM. 1

S. TSJA 20/2012, de 9 de mayo de 2012

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Excepcionalidad de la previsión legal:** *Esta Sala ya ha señalado, conforme a lo dispuesto en el art. 69 CDFa, 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. 2/9/2009, 12/5/2010, 30/11/2011, 30/12/2011. Límites legales: En el momento de presentación de la demanda ya se cumplía el presupuesto para la extinción de la obligación pues para entonces el hijo ya había cumplido la edad límite legalmente prevista de los 26 años de edad, que resulta insalvable salvo que se hubiera previsto, convencional o judicialmente, otro distinto. En definitiva, como habíamos dicho para supuestos similares de estudios de especialización, complementarios de cualquier otro tipo, oposiciones posteriores, etc., el deber de proporcionar formación profesional a los hijos no se prolonga de forma indefinida, ni hasta que los hijos alcancen la independencia económica, sino por el tiempo normal-*

*mente requerido para completar dicha formación, en todo caso con el límite de los 26 años de edad. Permanece, en todo caso, el derecho del hijo a reclamar alimentos (inciso final del art. 69.2 CDFa).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 69 CDFa.

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 2/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 2 de noviembre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 415/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 132/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente D. Gabriel, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Isabel Pedraja Iglesias y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Marta Gil Galindo y parte recurrida D<sup>a</sup> María José, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Altamira Gonzalo Valgañón.*

[...].

## FALLAMOS

**Primero:** Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Isabel Pedraja Iglesias, actuando en nombre y representación de D. Gabriel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha 2 de noviembre de 2011, que casamos y, en su lugar, declaramos extinguida la pensión para el hijo común de recurrente y recurrida, Casiano.

**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.

2

## NÚM. 2

S. TSJA 1/2013, de 4 de enero de 2013

**61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA:** Naturaleza: *Se reitera la interpretación del art. 83.1 CDFa, en particular de su inciso «empeoramiento en su situación anterior a la convivencia», y su naturaleza similar la pensión compensatoria del art. 97 Cc., ya dada en Ss. de 13/7/2012 y 30/12/2011 cuyo texto se transcribe.*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR:** Limitación temporal: *La determinación del lapso temporal concreto incumbe al juzgador de instancia, que lo fijará discrecionalmente. No tiene ningún fundamento afirmar que todo lo que exceda de 5 años constituye un fraude de ley, ya que la ley no pone límite máximo, y el fijado no parece*

*irracional o arbitrario. El juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende a la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes. La sentencia recurrida deja en la indefinición el límite temporal con ese añadido tan innecesario como perturbador que, por ello, debe suprimirse (transcurrido el plazo cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma). Previsión judicial de venta: La previsión del art. 81.4 opera fundamentalmente en el caso de que se acuerde la custodia compartida. Y sólo en ese caso es posible acordar la venta de la vivienda inmediatamente o en fecha muy próxima a la sentencia. Entenderlo de otro modo conduciría a la inaplicación del art. 81.2, que ordena la atribución del uso (temporalmente, art. 81.3) al que tenga la custodia individual. En cualquier caso, lo que dispone la norma es que la venta se ordenará si el juez considera que es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. Pero la apreciación de esta necesidad entra dentro de los pronunciamientos discrecionales o de equidad, ámbito que corresponde al tribunal de instancia, de manera que no puede prosperar un recurso de casación basado en la alegación de que, en el caso, las circunstancias concurrentes hacen la venta necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Valoración de la prueba practicada: La sentencia recurrida acuerda la custodia individual tras una precisa valoración de la prueba –incluida la exploración de los niños– que le conduce a la convicción de que ello es lo más conveniente para el interés de éstos, acomodándose así a la jurisprudencia de esta Sala plasmada, entre otras, en sentencia de 1 de febrero de 2012 y donde se*

*precisó: [...] La recurrente incurre en el defecto de «hacer supuesto de la cuestión», contrario a una adecuada técnica casacional y sin que se razone por qué, a partir de los hechos que la sentencia considera probados, se infringe el art. 80.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Art. 80 CDEA.*

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

*En Zaragoza, a cuatro de enero de dos mil trece.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 35/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 124/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 242/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Luis M. S., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Santacruz Blanco y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Español Bardají, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Belén M. M., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Artero Fernando y dirigida por el letrado D. Esteban León Jiménez, siendo parte el Ministerio Fiscal.*

*Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Santacruz Blanco, actuando en nombre y representación de D. José Luis M. S., presentó demanda de Guarda y custodia compartida contra D<sup>a</sup> Ana Belén M. M. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los

trámites legales oportunos, se dictase resolución por la que se acordasen las siguientes medidas definitivas: «A).—Que tanto la autoridad familiar como la guarda y custodia de los tres hijos, Carlota, Guillermo y Adriana sea otorgada de forma compartida a ambos progenitores, Doña Belén M. M. y Don José Luis M. S., según Plan de Relaciones Familiares relacionada en el apartado Quinto de los hechos de la presente demanda y que se adjunta en documento aparte. B).—Que se proceda a la extinción del uso del domicilio familiar otorgado a favor del progenitor custodio e hijos.—Se deberá acordar la venta inmediata del domicilio, previo inventario completo y detallado del mobiliario y ajuar familiar; ello por ser lo más conveniente para las relaciones familiares, sito en ... (Zaragoza), ..., mediante la fijación de un precio mínimo de venta que habrá de ser determinado por acuerdo de ambas partes o en su defecto por tasación pericial, acordándose el uso del domicilio por la demandada en tanto se procede a materializar dicha venta y en todo caso por un tiempo máximo de 12 meses, solicitando asimismo para asegurar la puesta en el mercado de la casa que se lleve a cabo la misma a través de agencia inmobiliaria.—El préstamo hipotecario que grava el domicilio familiar debe continuar siendo abonado al 50% entre los titulares del inmueble hasta su venta. C).—Gastos de asistencia a los hijos.—Que se acuerde que ambos progenitores Don José Luis M. S. y Doña Belén M. M. deberán ingresar mensualmente en una cuenta abierta a tal efecto a nombre de padres e hijos la cantidad de 400 euros y 200 euros, respectivamente, cuenta a cuyo cargo correrán los gastos ordinarios de los tres hijos.—Que se establezca asimismo que cada progenitor correrá con los gastos ordinarios de vestido y manutención de los hijos mientras los tenga bajo su guarda.—Además los progenitores abonarán al 50% los gastos médicos no cu-

biertos por la seguridad social, y todos aquellos gastos extras que de mutuo acuerdo, y de forma fehaciente acuerden ambos progenitores, mediante el oportuno ingreso en la cuenta antes referida. En caso de desacuerdo se someterá a la autorización judicial. D).—Que se declare extinguido el derecho a cualquier tipo de asignación compensatoria a favor de la demandada, Doña Ana Belén M. M.».

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

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

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

**Tercero:** El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. José Luis M. S. contra D<sup>a</sup> Ana Belén M. M. sobre modificación de

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

Por la representación legal de D. José Luis M. S. se solicitó aclaración de la anterior sentencia, dictándose auto con fecha 23 de noviembre, cuyo único Fundamento de Derecho y parte dispositiva son del siguiente literal: «Único.—el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil después de establecer que los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, permite aclarar algún concepto oscuro y rectificar los errores materiales manifiestos o aritméticos de que adolezcan.—En el presente caso, solicitada por la parte demandante aclaración del Fundamento de Derecho Cuarto y el Fallo de la sentencia, de fecha 11 de noviembre de 2011, en el extremo relativo al cómputo del plazo de nueve años, por el que se ha limitado temporalmente el uso de la vivienda familiar atribuido a la parte demandada, se acuerda, a la vista de la interpretación errónea reali-

zada por dicha parte, y a los efectos de proporcionar seguridad jurídica, haber lugar a la aclaración instada. Y, en consecuencia, se aclara que el derecho del uso limitado por plazo de nueve años se computa hasta el día siguiente a aquel en que la menor de los tres hijos comunes cumpla la edad de catorce años, transcurrido el cual, cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino dar a la misma.—Parte Dispositiva.—Se acuerda haber lugar a la aclaración del Fundamento Jurídico Cuarto y del Fallo de la Sentencia, de fecha 11 de noviembre de 2011, dictado en el presente procedimiento de Modificación de Medidas Definitivas de Divorcio autos 242/10, interesada por la representación procesal de D. José Luis M. S., con los términos reseñados en el Único de los fundamentos de derecho de la presente resolución, que se dan aquí por reproducidos.—La presente resolución forma parte de la Sentencia objeto de aclaración.»

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

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

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, dictó Auto por el que se acordó: «1.—Denegar el recibimiento del pleito a prueba, para practicar la prueba testifical propuesta por José Luis M. S. 2.—Y para la práctica de la prueba de exploración judicial acordada de los menores Carlota y Guillermo, se señala a tal efecto el día 20 de marzo de 2012, a las 10.30 horas, en la Sede de esta Sección, cítese a los mismos a través de la representación procesal en autos de la madre, con quien vendrán acompañados, con entrega de la oportuna cédula de citación, a través del Colegio de Procuradores. Y cítese al Ministerio Fiscal.»

Practicada la prueba, en fecha 29 de mayo de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos.—Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. José Luis M. S. y desestimando la impugnación de la sentencia presentada por D<sup>a</sup> Ana Belén M. M., frente a la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2011, aclarada por Auto de fecha 23 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de Zaragoza, en autos de juicio de Modificación de Medidas Número 242/2011, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. Sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso.»

**Quinto:** La representación legal de D. José Luis M. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos: «1º.—Inaplicación, por interpretación errónea, del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón. 2º.—Inaplicación del artículo 81.4 del Có-

digo Foral Aragonés. En todo caso, aplicación errónea de artículo 81.3. 3º.—inaplicación del artículo 83.1. Falta total de resolución de la interpretación de dicho artículo preconizada por el demandante.»

**Sexto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 7 de septiembre de 2012 la Sala dictó Auto en el que acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, confirmando traslado a las otras partes por plazo de 20 días para que pudieran formalizar oposición, lo que hicieron dentro de plazo, manifestando el Ministerio Fiscal: «...en conclusión y de conformidad con lo anteriormente expuesto se considera que procede desestimar los motivos primero y segundo del recurso de casación interpuesto en este procedimiento.» Y la otra parte demandada solicitó que, «...previos los demás trámites legales oportunos, se proceda en su día a dictar nueva Sentencia por la que desestimando en su integridad el Recurso formulado de contrario se declare no haber lugar a casar la resolución de la que trae causa confirmando ésta en su integridad con expresa imposición a la Parte Demandante/Apelante de las costas causadas en ambas instancias por su temeridad y mala fe procesal.»

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La representación de D. José Luis M. S. interpuso demanda de modificación de medidas en la que, en síntesis, se solicitaba la guarda y custodia compartida de los tres hijos comunes, la extinción del derecho al uso de la vivienda atribuido judicialmente a la esposa, y la extinción del derecho, igualmente reconocido a ésta, al percibo de una asignación compensatoria.

La sentencia de primera instancia —después confirmada— estimó la demanda en el único extremo de fijar un límite temporal al derecho de uso, tal como ha quedado recogido en los antecedentes de la presente sentencia.

**Segundo:** En el primero de los motivos de casación se denuncia inaplicación, por interpretación errónea, del artículo 80 del CDFa.

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 81 del CDFA establece:

Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.

*1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más difi-*

*cultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.*

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

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

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

(...).

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

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

Frente a lo que se sostiene en el recurso, la previsión ahí contenida opera fundamentalmente en el caso de que se acuerde la custodia compartida. Y sólo en ese caso es posible acordar la venta de la vivienda inmediatamente o en fecha muy próxima a la sentencia (que es lo que pretende el aquí recurrente). Entenderlo de otro modo conduciría a la inaplicación del artículo 81.2, que ordena la atribución del uso (temporalmente, art. 81.3) al que tenga la custodia individual. En cualquier caso, lo que dispone la norma es que la venta se or-

denará si el juez considera que *es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares*. Pero la apreciación de esta necesidad entra dentro de los pronunciamientos discrecionales o de equidad, ámbito que corresponde al tribunal de instancia, de manera que no puede prosperar un recurso de casación basado en la alegación de que, en el caso, las circunstancias concurrentes hacen la venta necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

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

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

A propósito de tal expresión se razona en el recurso que se contraviene el tenor



literal de la ley, ya que la limitación temporal a que aquélla obliga se convierte así en una limitación condicionada a que las partes acudan a un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

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

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

**Quinto:** En el tercero de los motivos de casación se denuncia infracción del art. 83.1 del CDFa.

Afirma la parte recurrente que el citado precepto introduce un importante

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

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

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

*Ya el Preámbulo de la ley (párrafo final de su apartado VII, que es ahora el penúltimo párrafo del apartado 10 del Preámbulo del Código de Derecho Foral de Aragón) prevé «la posibilidad de que uno de los padres solicite al otro una asignación económica destinada a compensar la desigualdad económica que le produzca la ruptura de la convivencia». Esta previsión se concreta en*

*el artículo 9.1 del texto normativo: «El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria».*

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

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

Por lo demás, y al margen de que, como señala la contraparte en su escrito de oposición, la demanda se interpuso sin invocar en este punto hechos nuevos en relación con los tenidos en cuenta en la sentencia de divorcio, resulta improcedente entrar en las consideraciones que, en relación con extremos de hecho que se dicen no acreditados (tales como la disminución de las expectativas profesiona-

les de la esposa a resultas de su matrimonio y sus maternidades) se llevan a cabo en el recurso.

Todo ello comporta la desestimación del motivo.

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

#### FALLO

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

**Segundo:** No se hace condena en las costas de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

**Tercero:** Líbese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

**Cuarto:** Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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

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

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

3

**NÚM. 3**

*S. TSJA 3/2013, de 18 de enero de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida:** *Lo decisivo no es la aptitud de los progenitores, en abstracto, para el cumplimiento de sus deberes como tales, sino el interés del menor. Es decir, cuando las circunstancias concurrentes en un caso concreto determinen que el interés del menor aconseja la exclusión de la regla general (custodia compartida) así se acordará. En el caso que nos ocupa la conflictividad es de tal intensidad que puede tener una relevante influencia negativa en el interés del menor; puede y debe ponderarse como un factor más a tener en cuenta en punto a la decisión sobre el régimen de custodia. La sentencia se ha apoyado también en el informe psicológico donde a su vez se ha acogido la opinión de la niña. En suma, no se aprecia infracción alguna del art. 80.2 CDFa.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFa.

PONENTE: *Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de*

*casación número 40/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 26 de junio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 212/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 358/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D. Juan Carlos, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Pilar Baigorri Cornago y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Begoña Cuenca Alcaine, como recurrida D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana Santacruz Blanco y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Español Bardají, y el Ministerio Fiscal.*

[...]

**FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 40/2012, interpuesto por la Procuradora Sra. Baigorri Cornago en nombre y representación de D. Juan Carlos, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 26 de junio de 2012 con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

4

**NÚM. 4**

*A. TSJA de 30 de enero de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inexistencia de interés casacional:** *La Sala es competente para conocer tanto del recurso de casación como del recurso extraordinario por infracción procesal presentados. Pero estima la Sala que el recurso de casación no reviste el interés casacional alegado, pues no hay jurisprudencia contradictoria sobre la cuestión debatida y el juicio de pro-*

*porcionalidad de la pensión de alimentos corresponde a los tribunales de instancia y no es revisable en casación salvo manifiesta violación del mismo o razonamiento ilógico o absurdo.*

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

5

#### NÚM. 5

*S. TSJA 4/2013, de 5 de febrero de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Excepcionalidad de la previsión legal:** *Respecto del recurso de casación, que se formula por la vía de interés casacional, por infracción de los arts. 69 y 82 CDFa al haber mantenido la sentencia recurrida la pensión de alimentos a favor de la hija de 30 años de edad y que ha completado su formación profesional, se desestiman las causas de inadmisibilidad alegadas por la recurrida (se cita la doctrina jurisprudencial que se entiende infringida y el recurso se basa en infracción de arts. del CDFa). Entrando en el fondo se recuerda que, tanto en el caso de ruptura de la convivencia de los progenitores prevista en el art. 82, como en el supuesto de darse tal convivencia, el art. 69 mantiene la obligación de atención al hijo, aun cuando sea mayor o emancipado, de forma excepcional: se requiere que no haya completado su formación y que no tenga recursos propios (S 30/11/2011).*

**Extinción de la obligación de los padres:** *La hija cuya pensión de alimentos se reclama nació en 1982, y terminó la carrera de Derecho. Cumplidos así los 26 años que como límite señala el art. 69.2 CDFa para término de la obligación legal de sus progenitores, derivada de la autoridad familiar*

*previa de costear sus gastos de crianza o de educación, no se acordó, ni en resolución judicial ni convencionalmente, que debiera mantenerse la carga de seguir abonando sus gastos. Ante tales hechos la aplicación del art. 82 CDFa, por referencia al contenido citado del art. 69, determina el fin de la obligación de pago, pues ha llegado el término previsto y no se dan las razones que podrían haber supuesto la prórroga de la edad. La extinción de esta obligación del padre no perjudica la posibilidad que siempre asiste al particular de reclamar alimentos a sus familiares al amparo de la regulación de los arts. 142 y ss. del Código civil.*

**Límites legales:** *Si el hijo mayor de edad o emancipado no ha completado su formación y no tiene recursos propios, el art. 69 establece un doble motivo de término de la carga de los progenitores: que sea razonable exigir el cumplimiento de tal obligación, y que el tiempo empleado en obtener la formación profesional sea el normalmente requerido para completarla. Y, en todo caso, ordena el fin de la obligación cuando el descendiente alcance los 26 años de edad, con la única salvedad de que convencional o judicialmente se haya fijado una edad distinta. Extinguida esta obligación, que se ha mantenido sin solución de continuidad como derivada de la autoridad familiar perdida al llegar el hijo a los 18 años de edad, quedará la posibilidad de éste de instar la oportuna reclamación de alimentos de carácter general, como prevé el art. 69.2 CDFa en su inciso final.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 69 y 82 CDFa.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Por sentencia dictada el día 30 de mayo de 1989 por el Juzgado de Pri-

mera Instancia núm. 6 de Zaragoza se acordó la separación del matrimonio formado por los ahora litigantes, don Salvador E. M. y doña M<sup>a</sup> del Carmen O. M., y en ella el Juzgado estableció, en lo que ahora interesa, el pago por parte del Sr. E. de pensión a favor de la esposa Sra. O. y de los hijos D<sup>a</sup> Natalia y D. Álvaro E. O. E igualmente se acordó que la vivienda sita en Zaragoza, Calle ... quedaba en uso y disfrute atribuido a la Sra. O.

Posteriormente, el día 3 de diciembre de 1990, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza sentencia de divorcio, manteniendo iguales medidas a las acordadas en la previa sentencia de separación.

El día 23 de marzo de 2011 se presentó por el Sr. E. la demanda rectora de este procedimiento, de solicitud de modificación de las medidas establecidas en la última citada, de 3 de diciembre de 1990, por entender el demandante que concurría alteración de las circunstancias fácticas valoradas cuando suscribió el convenio que fue aprobado por la sentencia de divorcio. Y solicitó que se declarara extinguida y sin efecto la pensión compensatoria establecida a favor de la demandada, D<sup>a</sup> María del Carmen, y las pensiones de alimentos atribuidas a los hijos D<sup>a</sup> Natalia y D. Álvaro. Igualmente interesó que quedara sin efecto el uso y disfrute atribuido a la Sra. O. M. sobre la vivienda sita en Zaragoza, Calle...

Estimando en parte la demanda, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia número 5 de Zaragoza el día 26 de octubre de 2011 acordó la extinción de la pensión fijada en su día a favor del hijo D. Álvaro.

Apelada la anterior resolución, la sentencia ahora impugnada, dictada el día 29 de mayo de 2012 por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza, desestimó el recurso.

Interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial recursos por infracción procesal y de casación, fueron parcialmente admitidos a trámite por auto firme de fecha 23 de octubre de 2012. De modo que en esta sentencia procede resolver únicamente respecto del motivo primero del recurso por infracción procesal, en lo que se fundaba en incongruencia, y el motivo primero del recurso de casación, en lo que se basaba en la improcedencia de la pensión establecida a favor de la hija D<sup>a</sup> Natalia.

**Segundo:** El recurso por infracción procesal tiene por motivo la alegada infracción de los artículos 209.4 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), pues, en consideración del recurrente, la sentencia impugnada incurre en incongruencia al resolver sobre la atribución del uso de la vivienda que ocupa la recurrida teniendo en cuenta lo pactado en la liquidación del consorcio conyugal, cuando tal «causa petendi» no ha sido esgrimida por la demandada en su favor. En concreto, en síntesis del motivo del recurso, se indica: «(...) No cabe por consiguiente la modificación posterior, parcial, arbitraria o extemporánea de la «causa petendi» sin provocar con ello INDEFENSIÓN y quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) e igualmente con ello palmaria infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la Ley (...)».

Con carácter previo a resolver la cuestión expuesta debe ser tratada la causa de inadmisibilidad del recurso por infracción procesal que plantea la parte recurrida, con sustento en que en el escrito impugnatorio han sido citadas como infringidas normas de carácter sustantivo, y no procesal como corresponde legalmente a esta

clase de recurso. Argumentación en contra de la admisión que no cabe atender, por cuanto siendo cierto que, en indebida técnica procesal, el recurrente ha mezclado citas de preceptos sustantivos y procesales, ello no es óbice para atender lo que corresponde tan solo a este recurso por infracción procesal, con exclusión de lo relativo a las cuestiones sustantivas objeto del proceso, que serán valoradas, en lo necesario, al tratar el recurso de casación.

**Tercero:** En el recurso se afirma que la sentencia impugnada, por primera vez, «ex novo» y «ex officio», declara la vivienda como adjudicada y liquidada en los previos procesos de separación y divorcio, cuando la parte demandada nunca fundó su defensa de mantener el uso de la vivienda en tal motivo derivado de la liquidación del consorcio, sino sólo en que no ha habido cambio de las circunstancias que dieron lugar a la atribución del uso y derecho de la vivienda.

La comprobación de la demanda presentada por el ahora recurrente evidencia que en tal acto procesal omitió citar si la razón jurídica que entendía le asistía en concreto para solicitar el cese de atribución a la demandada del uso de la casa era la liquidación de la comunidad o la modificación de circunstancias. La parte demandada en cambio, entre otros argumentos expuestos al respecto, recogió de modo literal (folio 8 de la contestación) el párrafo que en el momento de la liquidación de la «Comunidad matrimonial de sus bienes» pactaron ambas partes, y en el que, como complemento de lo atribuido a la esposa, el marido se obligaba a proporcionarle a ella y a los hijos del matrimonio un domicilio, que luego ha sido el que han venido ocupando desde entonces la madre con los hijos.

La falta de exposición de la específica causa jurídica de pedir en la demanda,

cuando fijaba la ahora recurrente el objeto fáctico y jurídico del procedimiento respecto del empleo de la vivienda, unido a la claridad con que la demandada invocaba en su favor el pacto liquidatorio como argumento para mantener el uso del inmueble hasta ahora empleado dieron lugar, finalmente, a que la sentencia ahora recurrida razonara, en plena coherencia con las posiciones procesales expuestas, que la vivienda debía seguir siendo utilizada por razón de lo convenido en la liquidación. No existe, por tanto, ninguna apreciación de oficio de una causa de pedir distinta, pues no habiéndola especificado el actor, y habiendo hecho valer la demandada lo pactado en la liquidación, a ello ha estado la sentencia correctamente, y con pleno cumplimiento de los artículos 209 y 218 de la LEC que el recurrente entiende infringidos.

En consecuencia, procede desestimar el recurso por infracción procesal.

**Cuarto:** El motivo primero del recurso de casación, en la parte que fue admitido, se formula por la vía de interés casacional prevista en el artículo 477.2.3º de la LEC, y se fundamenta en la consideración del recurrente de que la sentencia impugnada infringe los artículos 69 y 82 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), en relación con el artículo 8 de la Ley de Aragón 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares, cuando mantiene la pensión de alimentos a favor de la hija Doña Natalia, a pesar de que la alimentista tiene en la actualidad 30 años de edad y ha completado su formación profesional.

Frente a tal motivo de recurso la parte recurrida alega una primera causa de inadmisibilidad basada en la falta de exposición por la contraparte de cuál sea la infracción jurisprudencial concreta en que incurre la sentencia recurrida, de modo que, en entender de la parte recurrida, es-

te motivo de recurso no puede ser amparado en el interés casacional aducido por la recurrente.

En el recurso de casación son citadas varias sentencias dictadas por esta Sala como base de la infracción de doctrina jurisprudencial, sin especificación de la identidad que pudiera darse entre los hechos y derechos aplicados en ellas y la actual cuestión litigiosa. Pero en el mismo recurso sí tiene lugar la necesaria concreción por relación con la sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2011, en recurso de casación 19/2011, que en el escrito relaciona con las demás que menciona. Por tanto, a los efectos meramente procesales de admisión del recurso, sí se cumple por la parte con el presupuesto procedimental de cita de doctrina que entiende infringida, tal y como exige el artículo 477.2.3º de la LEC.

Argumenta igualmente la parte recurrida la presencia de una segunda causa de inadmisibilidad del recurso, porque considera que este motivo de impugnación pretende una nueva valoración de los hechos enjuiciados, excediéndose así del ámbito en que se desenvuelve el recurso de casación.

Aunque el motivo de casación contiene referencias a la constancia fáctica valorada por la Audiencia Provincial, su causa no es la incorrecta apreciación de los hechos tenidos por probados en la sentencia impugnada, sino la infracción de los artículos del CDFa y de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de Mayo, referidos a la obligación de los progenitores de subvenir a los gastos de crianza y educación de los hijos, por lo que, en contra de lo expuesto por la parte recurrida, no cabe procesalmente la inadmisión del recurso, sino que, tal y como ya acordó esta Sala, procede sostener su admisión a trámite.

En consecuencia con lo expuesto, procede rechazar ambas causas de inadmisibi-

lidad formuladas y resolver sobre el fondo de la cuestión.

**Quinto:** En relación con la regulación contenida en los artículos 69 y 82 del CDFa, varias sentencias de esta Sala (así por ejemplo, de 30 de noviembre de 2011 o 9 de mayo de 2012), han expuesto la excepcionalidad con que tales normas recogen la posibilidad de mantener la pensión por alimentos al hijo mayor de edad. Tanto en el caso de ruptura de la convivencia de los progenitores prevista en el artículo 82, como en el supuesto de darse tal convivencia, el artículo 69 mantiene la obligación de atención del hijo, aun cuando sea mayor de edad o emancipación en los siguientes términos:

*«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 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 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 ya se indicó en la citada sentencia de 30 de noviembre de 2011, por referencia a la de 2 de septiembre de 2009, la excepcionalidad recogida en tal precepto se evidencia en la exigencia de que concurren dos presupuestos para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de crianza 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.

Presentes tales condiciones, la norma establece un doble motivo de término de la carga de los progenitores: que sea razonable exigir el cumplimiento de tal obligación, y que el tiempo empleado en obtener la formación profesional sea el normalmente requerido para completarla.

Y, en todo caso, el artículo 69 ordena el fin de la obligación cuando el descendiente alcance los 26 años de edad, con la única salvedad de que convencional o judicialmente se haya fijado una edad distinta. Caso de haberse terminado el mantenimiento de la obligación de sufragar los gastos de crianza y educación por esta vía estudiada de su mantenimiento, sin solución de continuidad, como derivada de la autoridad familiar que se perdió al llegar el hijo a los 18 años de edad, quedará la posibilidad de éste de instar la oportuna reclamación de alimentos de carácter general, tal y como prevé el artículo 69.2 CDFa en su inciso final.

**Sexto:** En el caso presente, como recoge la sentencia recurrida, la hija cuya pensión de alimentos se reclama nació en 1982, y terminó la carrera de Derecho. Cumplidos así los 26 años que como límite señala el artículo 69.2 del CDFa para término de la obligación legal de sus progenitores, derivada de la autoridad familiar previa de costear sus gastos de crianza o de educación, no se acordó, ni en resolución judicial ni convencionalmente, que debiera mantenerse la carga de seguir abonando sus gastos.

Ante tales hechos la aplicación del artículo 82 del CDFa, por referencia al contenido citado del artículo 69 del CDFa, determina el fin de la obligación de pago, pues ha llegado el término previsto y no se dan las razones que podrían haber supuesto la prórroga de la edad.

Por tanto, debe declararse extinta la obligación del padre de seguir atendiendo como ha venido haciendo hasta la fecha la carga que para él derivaba de la autoridad familiar, sin que tal declaración perjudique la posibilidad que siempre asiste al particular de reclamar alimentos a sus familiares al amparo de la regulación ya mencionada de los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

En consecuencia, este motivo del recurso debe ser estimado, y casando la sentencia recurrida en lo que fijaba la obligación del recurrente de seguir abonando pensión alimenticia de la hija D<sup>a</sup> Natalia, debe declararse el término de tal obligación.

**Septimo:** Siendo parcialmente estimadas las pretensiones formuladas por el recurrente en ambas instancias y en este recurso extraordinario, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas conforme autoriza el artículo 394.1 y 398.2 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

1.—Que debemos desestimar y desestimamos el recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Salvador E. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 29 de mayo de 2012.

2.—Que estimando el recurso de casación interpuesto por el mismo recurrente contra la sentencia citada dejamos sin efecto el pronunciamiento en que confirmaba la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 el día 26 de octubre de 2011 sobre pensión alimenticia a favor de Doña Natalia E. O.

3.—En su lugar acordamos que queda extinguida la pensión de alimentos que ve-



nía obligado a abonar el recurrente a su hija D<sup>a</sup> Natalia.

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

6

### NÚM. 6

*S. TSJA 5/2013, de 6 de febrero de 2013*

**84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión:** *En 2001 los preceptos aplicables en materia de servidumbres eran los de la Compilación y el art. 546 Cc. sobre renuncia tácita. Pero no resulta acreditada la existencia de una servidumbre de paso adquirida por usucapión a favor de la finca aportada. A la adquisición por usucapión de una servidumbre de paso a favor de la finca de reemplazo se aplican los preceptos del CDFa: 561, 552, 568 y 570. El paso realizado por la recurrente no sirve para fundar la usucapión pretendida por tratarse de actos de mera tolerancia de los titulares del viario privado (arts. 444, 1941 y 1942 Cc.). Además entre el término inicial o dies a quo (29/6/2001: aprobación del proyecto de reparcelación) y el término final o dies ad quem (abril de 2011) no ha transcurrido el plazo de diez años preciso para la adquisición por usucapión.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 145 a 148 Comp., arts. 444, 546, 1941 y 1942 Cc.; 552, 561, 568 y 570 CDFa.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 34/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial*

*de Zaragoza, de fecha 25 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 220/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 598/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel, representada por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio de San Pío Sierra y dirigida por el Letrado D. Ignacio de Andrés Aguerri y como parte recurrida la Comunidad de Propietarios, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Belén Obón Díaz y dirigida por el letrado D. Guillermo Sínúes Armengol.*

[...]

### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña María Isabel contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 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.

7

### NÚM. 7

*S. TSJA 6/2013, de 7 de febrero de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR:** *El menor no tiene derecho a ser oído: La atribución del uso de la vivienda familiar y su limitación temporal afecta a los menores de modo indirecto, como les puede afectar la cuantía de la pensión alimenticia, pero no resulta indispensable oírles sobre tales extremos. No cabe duda de que cualquier decisión respecto de la vivienda afectará al*

*modo de vida de los menores pero ello no significa que todo cambio en tal sentido haya de resultarles perjudicial, teniendo en cuenta todas las circunstancias familiares, ni que afecte de forma esencial a sus derechos ni al deber de audiencia pues no se trata, propiamente, de una decisión respecto a su persona o bienes como exige el art. 6 CDFA. Limitación temporal: La valoración de las circunstancias concretas de la familia para determinar la limitación de la atribución del uso de la vivienda familiar (propiedad del padre) a la madre y los hijos menores, es función exclusiva de los tribunales de instancia, no revisable en casación salvo que se revele como absolutamente infundada o arbitraria, lo que no sucede en el caso de autos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 6 y 81 CDFA.

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 36/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 425/2011, dimanante de autos de Divorcio 653/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que ambas partes comparecieron como recurrentes, D. Jacinto José, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Sanz Foix y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Inmaculada Auria Idoipe, y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Pilar, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Santacruz Blanco y dirigida por la letrada D<sup>a</sup> Pilar Español Bardají, siendo parte el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribu-

nales D<sup>a</sup> Ana Santacruz Blanco, en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Pilar, contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2012 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin imposición de las costas del recurso.

#### NÚM. 8

S. TSJA 8/2013, de 12 de febrero de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Derecho de los padres a la igualdad:** *Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares (art. 76.3.b CDFA), derecho que a la madre se reconoce en este caso (de custodia individual para el padre), pues esa igualdad reconocida jurídicamente no es obstáculo a la posibilidad de custodia individual, también recogida en la norma aragonesa como una modalidad de ejercicio de la autoridad familiar. Derecho del menor al contacto directo con los padres: La sentencia recurrida (que otorga la custodia individual al padre) respeta el derecho del menor al contacto directo y regular con la madre (art. 76.3.a CDFA), y esta tiene participación en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar; en la medida que el amplio régimen de visitas lo permite. Principio de interés superior del menor: Los arts. 76.2 CDFA y 11.2, apartados a) y b), de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del menor; en cuanto establecen principios rectores de la actuación de los poderes públicos respecto de los menores, siempre en interés y beneficio de éstos, han sido tenidos en cuenta en la sentencia recurrida, y precisamente en su aplicación ha mantenido el sistema de custodia individual a favor del*

*padre, que sociológicamente y estadísticamente resulta poco frecuente, pero que en el caso de autos se justifica por las alteraciones de conducta de la madre (por trastorno alimentario y por síndromes depresivos).*

**GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida:** *El art. 80 CDEFA establece, para casos de ruptura de la convivencia de los progenitores, un sistema de custodia compartida como norma preferente a acordar por el juez, salvo que la individual sea más conveniente, a cuyos efectos el propio precepto establece criterios de ponderación, siempre encaminados a establecer el sistema que resulte más beneficioso para el interés del menor. Dicho precepto recoge para el Derecho aragonés los criterios establecidos en el art. 39.2 y 4 de la Constitución, que aseguran la protección integral de los menores en orden a su educación, formación y desarrollo de la personalidad. Se reiteran los criterios de interpretación judicial del art. 80.2 que sistematiza la S. 4/2012, de 1 de febrero.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 80.2, 76.2 y 76.3 CDEFA.

**PONENTE:** *Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Para la resolución del recurso de casación interpuesto son relevantes los siguientes hechos, tal como aparecen acreditados en las instancias procesales:

1º. D<sup>a</sup> María Soledad y D. José María contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 15 de octubre de 2005. De dicho matrimonio nació una hija, llamada Candela, el 23 de marzo de 2006.

2º. Por sentencia de 17 de octubre de 2008 se disolvió el matrimonio por divorcio, atribuyéndose al padre la guarda y cus-

todia de la hija. En dicha sentencia se estableció un sistema de relaciones familiares entre la madre y la hija. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 6 de mayo de 2009.

3º. D<sup>a</sup> María Soledad ha instado la modificación de medidas definitivas del divorcio en la demanda que da origen a los presentes autos, en la que solicita la guarda y custodia compartida de la menor por ambos progenitores, estableciéndose una alternancia por meses, además de otras medidas que constan en el escrito de demanda. El padre se ha opuesto a las pretensiones ejercitadas.

4º. La sentencia del juzgado de primera instancia, de 9 de abril de 2012, ha estimado parcialmente la petición de modificación de medidas, estableciendo que la hija común seguirá bajo la custodia de D. José María, modificando el régimen de visitas entre D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Soledad y la menor Candela, así como que el uso de la vivienda familiar corresponderá al padre hasta el día 31 de agosto de 2017.

5º. Recurrida en apelación por la presentación de la actora, respecto a la custodia de la hija menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de 28 de septiembre de 2012 desestima el recurso y confirma íntegramente la del juzgado.

**Segundo:** Frente a dicha sentencia, la parte demandante interpone recurso de casación, que funda en dos motivos: El primero, por infracción e interpretación errónea del artículo 80 del Código de Derecho Foral Aragonés (en lo sucesivo CDEFA), en relación con el artículo 39.2 y 4 de la Constitución Española, entendiéndose que procedía establecer el sistema de custodia compartida, para conjugar el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres, con el derecho-deber de éstos en cuanto a la crianza y educación de los hi-

jos, sistema que ha de establecerse atendido el principio de interés superior de los menores. El segundo motivo, por inaplicación del artículo 76.2 del CDFA, en relación al artículo 11.2, apartados a) y b) del la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que establece que toda decisión que afecte a los menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos, entendiendo la parte recurrente que en el caso de autos ambas instancias han conculcado el principio de *bonum filii*.

Dado que la argumentación referida a los dos motivos efectúa consideraciones de similar alcance, y que ambos convergen en instar la anulación del fallo y que se adopte el sistema de custodia compartida por meses alternos, el examen de los motivos de recurso se hará conjuntamente, sin perjuicio de las específicas consideraciones relativas a las infracciones denunciadas.

**Tercero:** El artículo 80 del CDFA establece, para casos de ruptura de la convivencia de los progenitores, un sistema de custodia compartida como norma preferente a acordar por el juez, salvo que la individual sea más conveniente, a cuyos efectos el propio precepto establece criterios de ponderación, siempre encaminados a establecer el sistema que resulte más beneficioso para el interés del menor. Dicho precepto, que proviene en su redacción del artículo 6 de la Ley 2/2010, recoge para el derecho aragonés los criterios establecidos en el artículo 39.2 y 4 de la Constitución Española, que aseguran la protección integral de los menores en orden a su educación, formación y desarrollo de la personalidad.

En el caso de autos la sentencia de divorcio dictada el 17 de octubre de 2008 atribuyó al padre la guardia y custodia de la hija. Tuvo en cuenta para ello la existencia de un informe psicológico que reflejaba la baja estabilidad y desequilibrio psicológico de la

madre, que tenía una personalidad de tipo compulsivo, premórbida con tendencia a la depresión, existiendo antecedentes que se remontaban al año 1995 por trastorno alimentario y por posteriores síndromes depresivos.

La sentencia dictada en los presentes autos aprecia la evolución de la situación psicológica de la madre, constatando que «se encuentra estabilizada» (fundamento de derecho segundo). En el informe emitido por la psicóloga adscrita al juzgado de primera instancia se expresa que D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Soledad ha sufrido periodos de gran inestabilidad alternados con otros de mejoría, habiendo sido dada de alta en agosto de 2010. Tras diversas consideraciones relativas a su situación personal y laboral, y habiendo estudiado la situación del Sr., en el que no se ponen de manifiesto indicios de alteraciones psicopatológicas mostrando un adecuado equilibrio y estabilidad emocional, concluye en aconsejar que «en función de un desarrollo de la menor en las mejores condiciones posibles, consejo que permanezca viviendo con el padre».

En atención a la prueba practicada, la sentencia de primera instancia mantiene el sistema de guarda y custodia individual a favor del padre, aunque incrementando el contacto de la actora con la menor.

En el trámite de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial ha reexaminado la prueba practicada, y especialmente el informe psicológico practicado en el proceso, y concluye por estimar que la solución otorgada en la primera instancia «queda plenamente amparada por lo dispuesto en el artículo 80 del CDFA, en virtud del que la custodia compartida cede cuando la individual se revela más beneficiosa para los menores». Respecto a la valoración de la prueba efectuada en primera instancia, la Sala la estima correcta y adecuada a las circunstancias concurrentes.

**Cuarto:** El art. 80.2 del CDFa establece, efectivamente, la preferencia del sistema de custodia compartida de los progenitores respecto a sus hijos menores: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores», que el mismo precepto pormenoriza. Este tribunal se ha pronunciado en varias sentencias acerca de la aplicación de dicho criterio de preferencia, en forma que sistematiza la Sentencia 4/2012, de 1 de febrero: «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos 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 el caso de autos no se constata que el tribunal provincial, al confirmar el criterio del juez de primera instancia de mantener la custodia individual del padre, haya infringido el precepto legal denunciado, ni los criterios de interpretación jurisprudencialmente fijados. Expresa en el fundamento de derecho segundo elementos de hecho apreciados como relevantes para justificar la decisión adoptada: la menor permanece bajo la custodia del padre en virtud de la sentencia de divorcio de 17 de octubre de 2008, es decir, desde los dos años y medio; el informe psicológico practicado en el proceso aconseja la custodia a favor del padre y un incremento de los contactos entre madre e hija, sistema que acoge el juzgador de instancia. Además, recoge como hecho comprobado, al aceptar la expresión de la sentencia de primera instancia, «la influencia negativa que ejerce la madre, predisponiendo a la menor contra su padre».

Como ha expresado el Tribunal Supremo en aplicación de la norma del Código Civil reguladora de la cuestión, «Las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida recuerdan la doctrina de la Sala en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 25 de mayo y 13 de julio, entre otras). Y lo que realmente se trata en este caso es de hacer valer las habilidades del padre, que no se discuten, para asumir los menesteres de guarda e imponer en su vista una solución jurídica distinta que ya fue rechazada en la instancia, porque el sistema de custodia y de comunicaciones del padre con sus hijos

establecido inicialmente por ambos cónyuges no solo ha funcionado correctamente, sino que los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos». Doctrina de nuestro más alto tribunal que, adaptada a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, en el que es la madre la reclamante, resulta de plena aplicación al presente recurso.

Así, no se desprende de los motivos del recurso que la sentencia recurrida haya infringido los preceptos denunciados. Además de los ya relacionados, los artículos 76.2 del CDFA –según el cual, «Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos»– y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, apartados a) y b), en cuanto establece principios rectores de la actuación de los poderes públicos respecto de los menores, siempre en interés y beneficio de éstos, han sido tenidos en cuenta en la sentencia recurrida, y precisamente en su aplicación ha mantenido el sistema de custodia individual a favor del padre, que sociológica y estadísticamente resulta poco frecuente, pero que en el caso de autos se justifica por las alteraciones de conducta de la madre, ya descritas.

Finalmente, respecto a las alegaciones de la parte recurrente contenidas en el «examen del informe emitido por el gabinete psicosocial», hemos de recordar que, conforme a consolidada doctrina jurisprudencial, recogida en nuestra Sentencia 44/2012, de 26 de diciembre, «Lo que el motivo de casación efectivamente ataca es la apreciación de la prueba efectuada por la Sala de instancia (que ni aparece como irracional ni el recurrente lo manifiesta así mediante la articulación del correspondiente motivo de infracción procesal) y en virtud de la cual ha llegado a la convicción de que en el caso la custodia individual conviene más al interés de la menor. Se olvida así que la casación no es una tercera ins-

tancia y en ella no cabe una nueva valoración del material probatorio reunido, ni una revisión de la ya efectuada en la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo ha destacado de forma reiterada «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, lo que, se insiste, exige plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, sin someter a la Sala valoraciones particulares a partir de los hechos que interesan al recurrente, pues en tales casos no subyace en puridad el conflicto jurídico que justifica el recurso de casación, en atención a sus funciones y finalidades» –por todas, sentencia de 23 de enero de 2012–.

No existe, en consecuencia, infracción del ordenamiento jurídico en la sentencia recurrida.

**Quinto:** En el escrito de recurso, y como apartado «segundo», la parte recurrente efectúa alegaciones relativas a la infracción del art. 76.3, apartados a) y b) del CDFA, precepto que no había sido citado al enunciar los motivos del recurso de casación –vid. página 5 del escrito de recurso–. Esta invocación, que tal como viene efectuada muestra un defecto de técnica casacional, aunque sea salvada por la Sala en aras a la efectiva tutela judicial, no puede gozar de acogida favorable: a) la sentencia recurrida respeta el derecho del menor al contacto directo y regular con la madre, y esta tiene participación en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar, en la medida que el amplio régimen de visitas lo permite; b) los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares, derecho que a la madre se reconoce en este caso, pues esa igualdad reconocida jurídicamente no es obstáculo a la posibilidad de custodia individual, también recogida en la norma aragonesa

como una modalidad de ejercicio de la autoridad familiar.

**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. 52/2012, interpuesto por la procuradora Doña María Nieves Omella Gil en nombre y representación de Doña María Soledad, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 28 de septiembre de 2012, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

*nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial.*

**51: FUENTES: JURISPRUDENCIA:** No es fuente del Derecho: *La jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el art. 1.6 Cc., pero no es fuente del Derecho, ni tiene efecto vinculante. El precedente carece en nuestro sistema de fuerza vinculante, aunque tiene una singular autoridad jurídica. El propio TS afirma que no se encuentra vinculado indefectiblemente a su propia jurisprudencia (ATS 13/10/1998).*

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO:** Recurso de casación: *Se reitera la postura mantenida en los Autos de 16 de abril y 14 de mayo de 2010. Sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. Para interpretar qué es «segunda instancia» es vinculante la jurisprudencia del TS, de modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón. La admisibilidad del recurso de casación ha de ser resuelta conforme a los criterios jurisprudenciales del TS (Autos TS de 15/7/2008, 24/4/2012 y 30/10/2012, entre otros). La sentencia de la Audiencia dictada en grado de apelación en juicio verbal sobre formación de inventario en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial, al no poner fin a la segunda instancia, por su naturaleza incidental, no es susceptible de casación. La propia LEC distingue entre «apelación» y «segunda instancia». Voto particular: Siendo la Sala de lo Civil del TSJ también tribunal de casación (junto al TS), puede interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Por lo demás, la jurisprudencia del TS*

#### NÚM. 9

A. TSJA de 15 de febrero de 2013

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**

**OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:**

**Finalidad: Voto particular:** *La Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este TSJA crear jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de*

tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico (art. 1.6 Cc.), pero no es fuente del derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Por eso la Sala de los Civil del TSJA puede, y debe, interpretar la Lec. en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de como lo configura el TS. Además, considera que la sentencia del proceso de formación de inventario (art. 809 i.f. Lec.) pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada material, en su función positiva o prejudicial, tras, en su caso, los recursos correspondientes. Si no se da el recurso de casación contra la sentencia de apelación, no habrá doctrina jurisprudencial en la materia. Solicitud de inventario: Voto particular: La solicitud de formación de inventario se dirige en ese primer trámite [de los arts. 808 y 809 Lec.] a la liquidación del régimen económico del matrimonio, pues indudablemente la finalidad de todo inventario de masas comunes y privativas será llegar a la liquidación del patrimonio común (en los regímenes de comunidad) y, en último término, a la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas. Pero, formado el inventario, tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. Por tanto, el proceso de formación de inventario tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra. Los principales problemas y debates jurídicos se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación. PARTICIÓN JUDICIAL: Recurso de casación: Voto particular: La sentencia de la Audiencia al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera

instancia en la oposición a las operaciones practicadas por el contador partidor; aunque no produzca efecto de cosa juzgada (art. 787.5 Lec.), es recurrible en casación, si bien, ante un posible posterior juicio declarativo ordinario con su recurso de casación, como la Sala de casación no puede pronunciarse dos veces sobre la misma cuestión, la ausencia de cosa juzgada del art. 787.5 Lec. no debe entenderse en el sentido de que la liquidación pueda volver a realizarse en el juicio ordinario, sino que en éste los interesados pueden hacer valer sus derechos sobre bienes adjudicados, permitiendo plantear en el proceso plenario posterior aquello que no tuvo cabida en el proceso de liquidación.

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

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

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Concepción Torres García en nombre y representación de D. Juan José A. E., interpuso recursos de casación y de infracción procesal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 15 de octubre de 2012 en recurso de apelación 98/2012.

Una vez se tuvo por interpuestos dichos recursos, se acordó la remisión de las actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con emplazamiento de las partes.

**Segundo:** Recibidas las mismas se registraron al núm. 57/2012 y se nombró Ponente; comparecidas las partes haciéndolo por la parte recurrente la Procuradora D<sup>a</sup> Pilar Balduque Martín y por la parte recurrida D<sup>a</sup> Inmaculada Isiegas Gerner, en



nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús M. R., pasaron al Magistrado Ponente para resolver.

Por providencia de 17 de enero pasado, dictada por esta Sala, se acordó:

«Examinadas las presentes actuaciones, la Sala acuerda dar vista a las partes acerca de la posible concurrencia de causa de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deducidos:

1. En cuanto al recurso de casación por tratarse de una sentencia de la Audiencia Provincial dictada en grado de apelación en juicio verbal sobre formación de inventario en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial, que no pone fin a la segunda instancia, conforme al criterio jurisprudencial mantenido en Autos del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 15 de julio de 2008 (rec. 65/2006), 24 de abril de 2012 (rec. 1757/2011) y 30 de octubre de 2012 (rec. 320/2012), entre otros, con lo que concurre la causa de inadmisión prevenida en el art. 483.2.1<sup>o</sup> en relación con el 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, a tenor de lo dispuesto en la Disposición final 16<sup>a</sup>, 1, regla 5<sup>a</sup>, que determina la inadmisión de este recurso si la resolución recurrida no fuera susceptible de recurso de casación.

En consecuencia, se pone de manifiesto a las partes tal consideración con el fin de que en plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen convenientes para decidir sobre la posible inadmisión a trámite de los recursos planteados.» Haciendo alegaciones las partes, dentro de plazo, en apoyo de sus pretensiones.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Los autos tramitados por el juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Teruel, que dan lugar a los recursos interpuestos, se han seguido como proceso de liquidación de régimen económico matrimonial 354 / 2011, pieza de formación de inventario 3/2012. En dicha pieza tuvo lugar el Acta de formación de inventario de 28 de septiembre de 2011, ante la secretaria judicial, en la que al existir discrepancia entre las partes se determinó la continuación como juicio verbal, y tras la práctica de diligencias finales el juez de primera instancia dictó sentencia de fecha 4 de abril de 2012, en cuyo fallo se fijó el inventario de bienes que integran el consorcio económico matrimonial del matrimonio formado por Doña María Jesús M. R. y Don Juan José A. E., determinando el activo, consistente en bienes inmuebles, bienes muebles, dinero y derechos, y el pasivo.

Recurrida en apelación la mencionada sentencia por ambas partes, y tramitados los recursos, recayó sentencia de fecha 15 de octubre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, que estimó el recurso de la esposa y desestimó el del marido, modificando en consecuencia el fallo de la sentencia de primera instancia.

Frente a dicha sentencia se interpone por la representación del Sr. A. el presente recurso de casación, que se funda en la infracción de los arts. 226 y 265.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), en cuanto a la valoración de los bienes que integran el consorcio y a la determinación de la forma de efectuar los reembolsos y reintegros.

Las cuestiones objeto del debate jurídico se han suscitado en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial sustanciado por los cauces de los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Especial relieve

ve tiene al efecto la aplicación de lo establecido en el art. 809.2, conforme al cual *si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal*. Así se produjo en el caso de autos.

**Segundo:** Como esta Sala señaló en la providencia de fecha 17 de enero pasado, el caso se trata de una sentencia de la Audiencia Provincial dictada en grado de apelación en juicio verbal sobre formación de inventario en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial, que no pone fin a la segunda instancia, conforme al criterio jurisprudencial mantenido en Autos del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 15 de julio de 2008 (rec. 65/2006), 24 de abril de 2012 (rec. 1757/2011) y 30 de octubre de 2012 (rec. 320/2012), entre otros, por lo que esta sentencia no es susceptible de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado cuerpo procesal civil.

Así, el auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia expresada, con cita de otras resoluciones del mismo tribunal en igual sentido, indica (Fundamento de Derecho 2):

*«Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial—en el presente caso sociedad de gananciales— en la formación*

*de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo.*

*Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (...) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (...).*

*Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf AA.TS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de me-*

*didadas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incurso en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos).*».

Y el Auto del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012 reitera dicho criterio, al afirmar que *«la propia LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado, por el cauce del juicio verbal, en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial; doctrina reiterada de esta Sala, plasmada en numerosos Autos resolutorios de recursos de queja».*

**Tercero:** En consideración al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón rectificó su posición inicial, y así en resolución recaída en el recurso de casación 5/2010 –Auto de 14 de mayo de 2010– acordó que *«procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto».* Esta consideración de la doctrina emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conviene a la necesaria unidad del ordenamiento jurídico procesal, integrado por normas de competencia estatal.

**Cuarto:** La regulación contenida en la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, no modifica lo ya expuesto, dado que dicha Ley prevé como sentencias recurribles en casación las dic-

tadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida, de modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón. Las consideraciones efectuadas por la parte recurrente, en el trámite de audiencia conferido, relativas a la conveniencia de que esta Sala fije jurisprudencia sobre la aplicación del derecho civil aragonés, no pueden conducir a una decisión diferente, por cuanto la fijación de jurisprudencia ha de hacerse por el cauce del recurso de casación, cuya admisibilidad ha de ser resuelta conforme a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo ya expuestos.

**Quinto:** La inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto, por aplicación del artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conlleva la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal planteado (Disposición Final decimosexta, regla 5ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal*).

**Sexto:** No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

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

#### LA SALA ACUERDA

1.—No admitir el recurso de casación interpuesto por la Procuradora Dª Mª Pilar Balduque Martín, en nombre y representación de D. Juan José A. E., frente a la sentencia de fecha 15 de octubre de 2012, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de

Teruel recaída en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, y por tanto, no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

2.—Declarar firme dicha resolución.

3.—No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso, con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

4.—Remitir las actuaciones, con testimonio de este auto, a la indicada Audiencia Provincial de Teruel.

Esta resolución es firme por imperativo legal y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que componen la Sala, anunciando voto particular el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ignacio Martínez Lasierra.

#### VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Ignacio Martínez Lasierra al Auto de esta Sala dictado el quince de febrero del presente año en el rollo del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 57/2012, procedente de la Audiencia Provincial de Teruel.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulo voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

#### AUTO

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

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho, pero no así los fun-

damentos de derecho, que deberían ser los siguientes:

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar, en primer lugar, su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo establecido en el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, conforme a los cuales corresponde a esta Sala conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés y, examinado el recurso, la parte recurrente lo formula al amparo del apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil argumentando vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y lo basa en la infracción y errónea interpretación del artículo 44 de la Ley de Aragón 2/2003, de régimen económico matrimonial, actualmente artículo 226 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), y del artículo 265.2 del CDFA.

Respecto al recurso extraordinario por infracción procesal, es igualmente competente este órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el régimen transitorio regula-

do en la disposición final decimosexta, apartado 1, regla 1ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si se interpone por los motivos previstos en su artículo 469 respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. En este caso el recurrente interpone este recurso extraordinario al amparo del artículo 469.1.2 LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia que llevan a incongruencia en el fallo y a la comisión de arbitrariedad por vulneración del artículo 218 LEC, y al amparo del artículo 469.1.2 LEC por vulneración del artículo 218 LEC y por infracción del artículo 469.1.4 LEC en relación con el artículo 24 y el 120 de la Constitución Española, infracción de los artículos 208 y 209 LEC.

**Segundo:** En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación, de la que depende la del recurso por infracción procesal (disposición final decimosexta, apartado 1, párrafo primero de la regla 5ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la parte recurrente ha presentado escrito de interposición al amparo del apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por presentar interés casacional, argumentando vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y lo basa en la infracción y errónea interpretación del artículo 44 de la Ley de Aragón 2/2003, de régimen económico matrimonial, actualmente artículo 226 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) y del artículo 265.2 del CDFA, por lo que debe entenderse que se cumple el requisito exigido para esa vía de acceso al recurso de casación. En el aspecto formal ha sido redactado el escrito de interposición en los términos previstos en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la infracción de los mencionados preceptos del CDFA.

La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepo viene dada por la aceptación en ella de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos al ser interpuesto contra sentencia que no pone fin a la segunda instancia, por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados Autos del Tribunal Supremo, ratificada en el citado más reciente de 30 de octubre de 2012.

La aceptación de tal doctrina por esta Sala se había plasmado en sendos Autos de inadmisión de 16 de abril de 2010, en recursos de casación 2/2010 y 6/2010, y en el de 14 de mayo de 2010, recurso de casación 5/2010, en los que se modificó el criterio (con voto particular discrepante de dos de sus miembros, entre ellos el que firma el presente), pues hasta entonces se venían admitiendo tales recursos. Por no encontrar debidamente justificado tal cambio, reiterando ahora en buena medida el contenido de aquellos votos discrepantes, y con algún argumento adicional que refuerza mi opinión, me atrevo a discrepar de la mayoría.

**Tercero:** En aquellos autos de esta Sala se fundamentaba la inadmisión en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como «jurisprudencia vinculante» –así se expresaba en su fundamento de derecho segundo–, y se discrepaba en los votos particulares de tal condición porque, en otro caso, se decía en ellos, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Se alude en el Auto del que discrepo «al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 (artículo) del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la

*jurisprudencia del Tribunal Supremo*», en cuya consideración «*la doctrina emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conviene a la necesaria unidad del ordenamiento jurídico procesal, integrado por normas de competencia estatal*». Y se añade que la regulación de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al reproducir el texto del artículo 477.2 LEC cuya interpretación genera la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de interponer este recurso contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, no modifica lo expuesto y no proporciona salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón, que permite fijar jurisprudencia propia en la aplicación del derecho civil aragonés, pero por el cauce del recurso de casación cuya admisibilidad –considera el Auto– ha de ser resuelta conforme a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

Los argumentos que sobre esta cuestión fundaban los votos discrepantes de aquellos autos siguen, en mi opinión, plenamente vigentes.

El artículo 1.6 del Código Civil mantiene su redacción desde la modificación introducida por Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre. Conforme a dicho precepto «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La posterior promulgación de la Constitución de 1978 y la configuración, a partir de ésta, del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas –art. 149.1.8– y la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia –art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, son referencias obligadas a la hora de interpretar, en este momento, el precepto del Código Civil citado.

Parece evidente que el Tribunal Supremo es el único órgano jurisdiccional que puede fijar jurisprudencia en cuanto a la doctrina que, de modo reiterado, establece en la aplicación de las leyes del Estado central, emanadas de las Cortes Generales, cuando resuelve recursos de casación, dada la función nomofiláctica de estos recursos extraordinarios.

Pero no habrá de ser así en los siguientes casos:

a) en la aplicación que pueda hacer sobre leyes emanadas de los Parlamentos autonómicos, en su función de desarrollo de los derechos civiles propios, pues precisamente el legislador ha querido residenciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicia;

b) en la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la regulación que ésta hace del recurso de casación puesto que, siendo las Salas de lo Civil de esos Tribunales Superiores también tribunales de casación, pueden interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Esto ha sucedido en este Tribunal de Aragón, que en repetidos Autos se ha apartado del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la consideración del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su operatividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía. Y, añadido ahora, también en otros asuntos sobre los que luego me extenderé, como el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (artículo 781 LEC), y otros.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordena-

miento jurídico, según expresa el art. 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Por éso la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón puede, y debe, interpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de como lo configura el Tribunal Supremo.

A tal conclusión se llega también siguiendo a un destacado exponente de nuestra doctrina procesalista, con cita de la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, en cuyo expositivo XIV se dice: *En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante —sólo atribuida a la Ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica.* De donde aclara el autor la diferencia entre la «fuerza vinculante» y la «singular autoridad jurídica» de las sentencias de los tribunales superiores de casación o de apelación, señalando que el propio Tribunal Supremo afirma que no se encuentra vinculado indefectiblemente a su propia jurisprudencia (ATS de 13 de octubre de 1998). Concluye que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia podrá resolver sobre la apertura del recurso de casación ante ese tribunal por razón de su especialidad (artículo 3.1 de la Ley de casación aragonesa), de la misma forma que lo será la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo cual puede producir, indudablemente, una distorsión en la búsqueda de la uniformidad en la interpretación de la ley, pero resulta indudable la coexistencia de las dos fuentes jurisprudenciales. Las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia

han entendido que son soberanas en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia (Autos de 14 de enero de 2005 del TSJ de Baleares, de 17 de enero de 2008 del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de marzo de 2008 del TSJ de Cataluña y, especialmente, de 2 de marzo de 2004 del TSJ de Navarra).

**Cuarto:** La solicitud de formación de inventario se dirige en ese primer trámite a la liquidación del régimen económico del matrimonio, pues indudablemente la finalidad de todo inventario de masas comunes y privativas será llegar a la liquidación del patrimonio común (en los regímenes de comunidad) y, en último término, a la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proceso de formación de inventario al hecho de ir encaminado a la liquidación del régimen por el procedimiento señalado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como dispone el segundo párrafo del número 5 del artículo 787, por remisión del artículo 810.5 de la misma, termina por sentencia sin eficacia de cosa juzgada. Pero, solicitada la formación de inventario y, tras oposición del demandado y tramitación del juicio verbal, formado el inventario en la sentencia que ponga fin al procedimiento (último párrafo del artículo 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. De ello se desprende, entre otras razones que se expondrán, que el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y dife-

rente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811.

Se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legislador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la formación de inventario (artículo 809) y la que pone fin al de liquidación (artículo 787.5), ya que de la primera nada se dice respecto al efecto de cosa juzgada en tanto que sobre la segunda expresamente se dispone que carece de tal efecto. Dice el último párrafo del artículo 809 que *«la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes»*, de lo que debe deducirse, a mi juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes.

**Quinto:** Aparte de las consideraciones que luego se harán sobre la naturaleza incidental del procedimiento para la formación de inventario del artículo 809 LEC, parece oportuno exponer, en orden al acceso –o no– al recurso de casación de la sentencia que pone fin al mismo, y por las consecuencias que de ello se derivan, el criterio que se sostiene sobre si tiene efecto de cosa juzgada esta sentencia, pronunciada para surtir efectos –no siempre pero en la mayoría de los casos– en un procedimiento del que es incidente, el de liquidación del régimen económico matrimonial, que termina por sentencia que con toda seguridad no tiene tales efectos de cosa juzgada (artículo 787, número 5, segundo párrafo, de la LEC, por remisión del artículo 810.5 de la misma).

Ha de partirse de que es perfectamente posible que algunos procesos cuya sentencia no produce efectos de cosa juzgada pueden tener acceso al recurso de casación si reúnen los requisitos correspondientes, lo que puede no tener una rela-

ción directa entre ambas cuestiones (cosa juzgada y acceso a casación), pero resulta ilustrativo de algunas consecuencias de todo ello que a continuación se exponen.

Esta Sala, en sentencia de 29 de febrero de 2.012 (recurso de casación 28/2012), dictada en procedimiento para liquidación de patrimonio conyugal tras el correspondiente de formación de inventario, dijo en su fundamento quinto, dejando constancia de que el inventario había quedado fijado en sentencia de la Audiencia Provincial que había resuelto el recurso de apelación sobre el mismo, que *«este pronunciamiento produce, en esta fase del proceso, efecto de cosa juzgada material, en su función positiva o prejudicial»*.

En el auto de admisión del mismo recurso, de 5 de diciembre de 2012, se había aclarado, con cita del Auto del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011, que la sentencia de la Audiencia Provincial en el procedimiento de liquidación, tras el de inventario, al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en la oposición a las operaciones practicadas por el contador partidor, era una sentencia de segunda instancia constituyendo el proceso especial una primera instancia, *«y aunque la decisión no produce el efecto de cosa juzgada, la resolución del recurso de apelación por parte de la Audiencia Provincial, con plenitud de jurisdicción en cuanto a las cuestiones apeladas, constituye una auténtica segunda instancia, plenamente comprendida en el supuesto de hecho del art. 477.2 de la Ley procesal y del art. 2.1 de la ley aragonesa, que reproduce en este punto su contenido»*. El auto aclara a continuación que, aunque no produzca efecto de cosa juzgada, es recurrible en casación si bien, dado que no es admisible (con el Auto de la Sala de lo Civil del TSJ de Navarra de 3 de octubre de 2002), que la Sala de casación pueda pronunciarse dos veces sobre la misma cuestión, ante un posible posterior juicio declarativo or-



dinario con su recurso de casación, la ausencia de cosa juzgada del artículo 787.5 de la ley procesal no debe entenderse en el sentido de que la liquidación pueda volver a realizarse en el juicio ordinario, sino que en éste los interesados pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes adjudicados, permitiendo plantear en el proceso plenario posterior aquello que no tuvo cabida en el proceso de liquidación.

Assumiendo lo anterior, debe concluirse, si se sigue también la tesis del auto del que discrepo, que la sentencia recaída en el proceso incidental de formación de inventario y en su posterior recurso de apelación, en virtud de su efecto de cosa juzgada no podría ser revisada en el procedimiento de liquidación, ni en la sentencia que recayera en el recurso de casación contra la sentencia de apelación del procedimiento de liquidación, ni en la posible sentencia de casación tras el posible juicio declarativo ordinario sobre la liquidación. De tal forma, que, al no ser tampoco susceptible de ser recurrida en casación, según la tesis mayoritaria, esta Sala de casación difícilmente podrá crear doctrina jurisprudencial sobre las materias sometidas a juicio en el procedimiento de formación de inventario. Y ello en virtud de la consideración de que se trata de un procedimiento incidental cuya sentencia no pone fin a una segunda instancia, aspecto sobre el que muestro mi discrepancia, según expondré.

**Sexto:** Argumentan las resoluciones del Tribunal Supremo que sirven de fundamento al Auto objeto de discrepancia, que en los supuestos enjuiciados no se cumple el requisito del artículo 477.2 LEC para el acceso al recurso de casación pues no se puede atribuir a tales sentencias la condición de «*sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales por que la LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia"*», configurando esta última

*como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial»* (Auto de 7 de noviembre de 2006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

No resulta convincente para todos los supuestos esa distinción que las resoluciones de referencia aprecian en la LEC 2000 entre apelación y segunda instancia para derivar de la misma la existencia de sentencias que en apelación ponen fin a la segunda instancia, de aquellas otras en que no sería así.

El artículo 477.2 LEC considera recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los tres supuestos que señala (tutela de derechos fundamentales, cuantía determinada e interés casacional). El artículo 466 LEC, cuyo título es el de recursos contra la sentencia de segunda instancia, dice: «*Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación*». Debe partirse, pues, de que la ley no distingue entre unos procesos y otros sino que expresamente se refiere a las sentencias dictadas en cualquier tipo de proceso civil, y el recurso de apelación sería el medio por el que se accede a la segunda instancia después de la sentencia recaída en primera instancia en aquellos procedimientos que permitan este recurso. Así configurado, el recurso de apelación es el medio procesal por el que la ley permite el acceso a la segunda instancia, pero no algo diferente a ella sino situado en plano distinto.

Dentro de este mismo Capítulo III del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a los recursos, señala el artículo 455 que «*las sentencias dictadas*

en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables». Luego el recurso de apelación permite en los casos indicados el acceso a la segunda instancia como medio de poner fin a ella, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. El artículo 809 prevé que «la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas», y no indica que la misma esté excluida del recurso de apelación ni que no produzca el efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 787.5 LEC para el procedimiento de liquidación. Y la sentencias recaídas en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, que son los de los apartados 2, 3 y 4 del precepto, entre los que no se encuentra el de la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809.

De la interpretación literal y sistemática de los citados preceptos se desprende que las sentencias recaídas en juicio verbal son susceptibles de recurso de apelación, como medio de acceso a la segunda instancia, salvo en los casos expresamente excluidos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809, y que son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, entre los que no se encuentra excluido el del artículo 809, si se da alguno de los presupuestos de recurribilidad del artículo 477.2 LEC.

Si entendemos por instancia el conjunto de actos procesales que, iniciados mediante una demanda, o un recurso devolutivo ordinario, terminan en una sentencia definitiva que resuelve, con plenitud de conocimiento de los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones sobre el fondo de un asunto, no puede haber duda de que el proceso del artículo 809 LEC termina por una sentencia que pone fin a la instan-

cia (primera), y que el recurso de apelación interpuesto contra la misma finaliza por sentencia que pone fin a una segunda instancia. Y, además, esta sentencia produce efecto de cosa juzgada por lo que, si no se admite recurso de casación contra la misma, no habrá doctrina jurisprudencial del tribunal encargado de su creación, en la materia de que se trata.

Desde esta perspectiva puede afirmarse la sustantividad propia de un procedimiento como el seguido en el artículo 809, en el que se da la plenitud de cognición por parte del juzgador, sin limitación de medios de prueba, por lo que la sentencia que pone fin al mismo resolviendo «sobre todas las cuestiones suscitadas», pone fin a la primera instancia, y la sentencia del recurso de apelación a la segunda, sin que estuviera dotada de mejores garantías la que se dictara en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación, si se afirmara que no había producido efectos de cosa juzgada. Los principales problemas y debates jurídicos dentro de un proceso de liquidación se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación, de donde deriva la sustantividad e interés de su formación que tiene lugar en un procedimiento especialmente diseñado para ello en la LEC 1/2000, independiente, no subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

**Septimo:** Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a mi juicio, tiene un carácter instru-

mental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario.

El criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no resulta tan fiable para deducir de él la recurribilidad o no en casación. Para los procedimientos de modificación de medidas de los procedimientos de separación y divorcio así resultaba en la formulación de la LEC 2000 en cuanto venía concebida y regulada como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el artículo 771.4, aplicable por remisión expresa del artículo 775.2 en la regulación anterior a la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Así se recoge en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009, recurso 573/2005, en el que se dice, en relación con la regulación de la LEC 2000 que *«el legislador con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como “cuestión incidental” a resolver por Auto y, por ende, excluida del acceso a casación»*, recordando que bajo la vigencia de la LEC de 1881 ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, eran susceptibles de recurso de casación, *«por lo que no puede tampoco sorprender que en el nuevo régimen de la LEC 2000 no quepa el acceso a casación de las resoluciones relativas a medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, Auto o Sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a las que se ha venido haciendo consideración, plasmadas ya en numerosos Autos dictados por esta Sala»*.

Pero ya en el Auto de 5 de diciembre de 2006, recurso 2578/2003, se había anunciado para los procedimientos de mo-

dificación de medidas acordadas en juicios de separación o divorcio que el criterio *«cambiará para los procedimientos que se tramiten a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en la LEC 2000 por la Ley 15/2005, de 8 de julio»*, debido a que con la nueva regulación el artículo 775 remite para estos procedimientos de modificación de medidas definitivas a la tramitación del artículo 770, para los procedimientos de separación y divorcio, a finalizar mediante sentencia recurrible en casación. Y, efectivamente, para un supuesto de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas tramitado tras la modificación operada por la Ley 15/2005, el Auto de 13 de enero de 2009, recurso 457/2008, determina la consecuencia de su acceso a la casación *«circunscrito al ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC 2000, habida cuenta el carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2, lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional»*, lo que determinó la estimación del recurso de queja contra el Auto de denegación de la preparación del recurso de casación.

Por lo tanto, no resultaba tan seguro el criterio de la incidentalidad sino que se admite que, sin que haya habido modificación de la naturaleza de la cuestión, que sigue siendo la misma, la remisión a un procedimiento que termina por sentencia en vez de por auto, determina su acceso a la casación. La naturaleza y trascendencia de las medidas definitivas no ha cambiado, lo ha hecho simplemente la remisión a un procedimiento que termina por sentencia, pero siguen siendo medidas derivadas de un proceso de separación o divorcio, salvo que el legislador ha considerado que tienen la sustantividad propia e importancia suficiente para merecer que sean fijadas en sentencia, susceptible de recurso de casación.

Lo mismo puede decirse de los incidentes surgidos en el seno del proceso

concurral, cuya naturaleza incidental, en tanto que ordenados al fin del proceso principal, es indudable, y sin embargo terminan por sentencia apelable y, en algunos supuestos, en concreto los relativos a la formación de la masa del concurso, susceptibles de recurso de casación (artículo 197.7 LC). Son incidentes que abren auténticas instancias, y los recursos de apelación segundas instancias, a pesar de su naturaleza incidental.

El auto del que discrepo se hace eco igualmente de la reiteración con la que el Tribunal Supremo (se cita el Auto de 30 de diciembre de 2003, recurso 997/2002) ha negado el acceso a casación de las sentencias recaídas en el juicio verbal sustanciado en el seno de una adopción para la determinación de la necesidad, o no, del asentimiento de los padres biológicos, según hayan sido considerados incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Sin embargo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2012, conociendo de un recurso de casación, el núm. 2057/2010, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid recaída en recurso de apelación contra sentencia de primera instancia en procedimiento sobre necesidad de contar con asentimiento del padre biológico de un menor, resolvió el recurso, estimándolo, con declaración de no ser necesario su asentimiento. El Auto de la Sala, de 3 de mayo de 2011, había admitido los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial sin referencia alguna a la naturaleza incidental del procedimiento de procedencia.

Podrá opinarse que la gravedad de las consecuencias de una decisión como la adoptada en estos procedimientos, que implica la extinción de la patria potestad (autoridad familiar en el derecho aragonés), hace aconsejable la posibilidad del acceso a casación de este tipo de asuntos, y me

muestro conforme con ello, pero también demuestra que la cuestión de la incidentalidad de estos procedimientos no era tan determinante, o bien que se está admitiendo que dicha incidentalidad no pone en cuestión que la sentencia recaída en la apelación pone fin a una segunda instancia. Y debe tenerse en cuenta que se trata de un incidente del procedimiento de adopción, de jurisdicción voluntaria, que formalmente será el principal.

Pero no sólo sucede así en el procedimiento del artículo 781 LEC, cuya decisión puede implicar la extinción de la patria potestad. También en el procedimiento del artículo 780 LEC, de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que no llevan aparejadas consecuencias tan graves, el Tribunal Supremo ha resuelto en recursos de casación contra sentencias de apelación en procedimientos de oposición a medidas administrativas de desamparo (Sentencias de 21 de febrero de 2011, recurso 1186/2008, y de 17 de febrero de 2012, recurso 1242/2010).

Así pues, no cabe duda de que la naturaleza incidental de estos procedimientos no resulta obstáculo para nuestro Tribunal Supremo para la admisión de los recursos de casación derivados de los mismos, y los autos de inadmisión que se citan no constituyen doctrina vinculante, ni siquiera doctrina segura, que aconseje su seguimiento, máxime cuando se han producido los cambios que se han puesto de manifiesto.

**Octavo:** Es loable el objetivo que se declara en el auto del que discrepo, de conseguir la unidad del ordenamiento jurídico procesal, pero sólo si se hace sobre criterios seguros que, como hemos visto, no proporcione nuestro Tribunal Supremo en esta materia y, además, cuando ello significa cercenar la posibilidad de dotar de doctrina jurisprudencial propia a nuestro ordena-

miento sustantivo en materias esenciales dentro del mismo, como las relativas al régimen económico matrimonial aragonés.

Hemos visto que en otras materias, como la oposición a medidas administrativas de protección de menores, o el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento de los padres biológicos a la adopción de hijos menores, nuestro Tribunal Superior seguía su propio criterio para la admisión, que se aceptaba, de recursos de casación derivados de los mismos, al igual que otros Tribunales Superiores de Justicia. No veo la razón por la que no pueda suceder lo mismo con los procedimientos de formación de inventario del artículo 809 LEC, pues la simple comprobación de que el Tribunal Supremo no los admite no resulta suficiente. Razones de coherencia hubieran debido llevar a nuestra Sala a la inadmisión en aquellos relativos a menores, y ahora a su admisión dado el cambio de criterio del Tribunal Supremo.

La ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3.000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial. Ante tan expresa incentiva-ción por parte del legislador aragonés no se ve razón para limitar el acceso a casación en este caso cuando la interpretación

que propugnamos resulta plenamente respetuosa con los términos de la LEC.

Estas últimas razones a favor de la admisión de estos recursos carecerían de cualquier virtualidad si las objeciones procesales estudiadas fueran indiscutibles pero, por el contrario, entendemos que la interpretación de los preceptos pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar la posibilidad de acceso a casación de las sentencias recaídas en los procesos de formación de inventario.

Por todo lo anterior, no concurre ninguna de las causas de inadmisión del artículo 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, alegada infracción de normas de Derecho civil aragonés contenidas en la indicada ley aragonesa y cumplidos los demás requisitos procesales, procede su admisión.

**Noveno:** En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, fue inter-puesto por dos motivos:

a) El primero al amparo del artículo 469.1.2 LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, que llevan a incongruencia en el fallo y a arbitrariedad por vulneración del artículo 218 LEC. La queja de la parte recurrente se refiere a que la sentencia recurrida aplica a la inversión por obras en una vivienda el valor de lo invertido, en tanto que sigue un criterio distinto, el valor de mercado, respecto a todos los demás inmuebles.

No señala la parte recurrente el apartado concreto del artículo 218 LEC que considera infringido por la sentencia recurrida y, si bien hace referencia a la incongruencia (a la que se refiere el apartado 1 del artículo 218), en su razonamiento denuncia lo que en realidad sería incoherencia interna de la sentencia por aplicar valores distintos al dinero consorcial invertido en una vivienda privativa y a la valoración de los demás inmuebles por su valor de mercado. En ningún caso puede tratarse de incongruencia

que, como señala el precepto citado y reitera la jurisprudencia, se produce en la confrontación entre lo pedido por las partes y lo concedido por la sentencia, lo que no es así denunciado.

Tampoco cabe que por esta vía de la infracción procesal se considere incoherencia lo que en realidad es el resultado de aplicar criterios legales distintos según se trate de valorar inversiones de dinero consorcial en bienes privativos o los demás bienes del inventario. Debe rechazarse el motivo del recurso pues es el recurso de casación el que debe fundar la infracción de los preceptos sustantivos que se entiendan aplicables a la valoración de los bienes y derechos. El motivo carece por ello manifiestamente de fundamento y debe ser inadmitido conforme a lo previsto en el artículo 473.2.2º LEC.

b) El motivo segundo se formula al amparo del artículo 469.1.2 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia con vulneración del artículo 218 LEC, y por infracción del artículo 469.1 LEC en relación con el artículo 24 y el 120 de la Constitución Española, así como ausencia e infracción de las disposiciones legales relativas a la motivación, e infracción de los artículos 208 y 209 LEC.

Redactado en tales términos el motivo del recurso, su examen resulta inviable pues se mezclan en el mismo supuestas infracciones de preceptos distintos, que ampararían recursos por infracción procesal diferentes, sin especificar sus apartados, con la consiguiente dificultad de entendimiento de la concreta infracción denunciada, concurriendo la causa de inadmisión del artículo 473.2.1º, en relación con el artículo 469.1.2º y 469.1.4º.

En las alegaciones del motivo se queja el recurrente de que en un apartado del fundamento primero de la sentencia recurrida no se consigna ningún precepto legal para haber estimado en ese punto el

recurso de apelación de la contraparte, lo que implicaría falta de motivación.

Pero la lectura de ese apartado II del fundamento de derecho segundo de la sentencia, evidencia que en el mismo se procede a hacer una nueva valoración de prueba sobre unos concretos bienes y el destino dado a los mismos, lo que no supone una labor de interpretación sobre preceptos legales sino, como decimos, de valoración de prueba. Y en esa función de revisión de la valoración de la prueba realizada en la primera instancia, la sentencia expone las explicaciones y razonamientos que le llevan a la conclusión de apreciar de forma distinta la prueba practicada, por lo que no se comete ninguna incorrección.

En consecuencia, el motivo debe ser rechazado conforme a lo dispuesto en el artículo 473.2.2º, por manifiesta falta de fundamento.

Por lo expuesto, siendo competente esta Sala y, dado que el escrito de interposición reúne los requisitos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el recurso presenta interés casacional, procede acordar la admisión del recurso de casación interpuesto, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por el contrario, se inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal, en sus dos motivos.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en la interpretación discrepante que he argumentado,

#### **PROPONGO LA SIGUIENTE PARTE DISPOSITIVA**

La Sala ACUERDA: Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del recurso de casación, y se admite a trámite.

Se inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal en sus dos motivos.

Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que en el plazo de veinte días puedan formalizar escrito de oposición, si lo estimare pertinente.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmo en Zaragoza a veinticinco de febrero de dos mil trece.

10

NÚM. 10

S. TSJA 9/2013, de 18 de febrero de 2013

**718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS: CERTEZA DE LA DESIGNACIÓN:** *En el llamamiento a los parientes «más próximos» la designación de herederos es cierta. No conocidos o determinados en el momento de otorgamiento del testamento, pero perfectamente determinables cuando el deceso de los causantes se produjera. Se llamó a los parientes más próximos de cada uno de ellos, Y éstos, por contraste con los más lejanos, existían y eran conocidos cuando el fallecimiento se produce, pues eran los hermanos del causante, parientes de segundo grado, con exclusión de los demás, fueran los sobrinos demandantes, de tercer grado, o fueran primos, de cuarto, o cualquier otro que pudiera existir:*

**721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: DISPOSICIONES GENERALES: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO:** *La jurisprudencia constante del TS (así, por ejemplo, sentencias de 15 y 20 de diciembre de 2005) y de esta misma Sala del TSJA (v. gr., sentencias de 11 mayo 2005 y 8 noviembre 2006) han sostenido que la interpretación de los testamentos es función de los tribunales de instancia, vedada en el recurso de casación, salvo en los casos en que pueda estimarse que la labor interpretati-*

*va del Tribunal de Instancia sea ilógica, arbitraria, irrazonable o absurda.*

**73: SUCESIÓN PACCIONADA: PACTO AL MÁS VIVIENTE: Comoriencia:** *El TSJS asume la interpretación hecha en las instancias de una cláusula del testamento mancomunado en la que los cónyuges, después de instituirse mutua y recíprocamente herederos universales con los efectos del «pacto al más viviente», añade que «en caso de comoriencia de los testadores, o fallecimiento del sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes, los que quedaren serán heredados, como herederos sustitutos, por quienes entonces sean «más próximos parientes» de ambos testadores, sucediendo cada rama familiar en los que hubieran pertenecido en origen al respectivo testador». Producida la comoriencia, no se aplica el art. 395.3 (que llama a los herederos legales) porque hay designación de terceros (art. 395.2), que son los hermanos en cuanto parientes más próximos, con exclusión de los sobrinos hijos de una hermana premuerta al tiempo del otorgamiento del testamento. No opera la sustitución legal.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 395, 416, 470 CDF.A.

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

*En Zaragoza, a dieciocho de febrero de dos mil trece.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 48/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de julio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 93/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 1044/2010, seguidos ante*

el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, D. Manuel Tomás, D<sup>a</sup> Teresa y D. Juan José, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Carmen Redondo Martínez y dirigidos por el Letrado D. Pablo Escudero Ranera y como parte recurrida D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela y dirigidos por el letrado D. Hipólito José Gómez Muñoz.

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

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Carmen Redondo Martínez, actuando en nombre y representación de D. Manuel Tomás, D<sup>a</sup> Teresa y D. Juan José, presentó demanda de juicio ordinario contra D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela; y contra D<sup>a</sup> Matilde, D<sup>a</sup> Hilaria y D<sup>a</sup> Sara, a los solos efectos de integrar el litisconsorcio pasivo, en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que: «Tenga por presentado este escrito, así como las copias y documentos que se acompañan, se sirva de admitirlo, y a) Me tenga por comparecida y parte actora en la representación que ostento y tengo acreditada, y por formulada demanda en los términos que resultan de este escrito, contra –D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela; y –D<sup>a</sup> Matilde, D<sup>a</sup> Hilaria y D<sup>a</sup> Sara a los meros efectos de integrar el litisconsorcio pasivo necesario conforme se señala en esta demanda. b) Previos los trámites legales oportunos, incluso el recibimiento del pleito a prueba, que, desde ahora, y, para en su momento, pido, dicte sentencia por la que: A) Declare a D. Manuel Tomás, D<sup>ña</sup>. María Teresa y don Juan José herederos de su tío, D. Leoncio. B) Declare el derecho de D. Manuel Tomás, D<sup>ña</sup>. María Teresa y don Juan José a una quinta parte de la herencia de su tío, D. Leoncio. C) Condene a los demandados a estar y pasar por tal declaración. D) Declare la nulidad de la escritura de 18 de Junio de 2.009 autorizada por el Notario de Zaragoza don Emilio Latorre Martínez de Baroja bajo el número 1769 de su proto-

colo. E) Declare la nulidad y ordene la cancelación de las anotaciones e inscripciones registrales correspondientes a los bienes integrantes del caudal hereditario de don D. Leoncio que sean contrarias a los anteriores pronunciamientos. E) Condene a los demandados D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela a compensar personalmente a los actores el valor de la quinta parte de todos los bienes de la herencia de los que hubieran dispuesto hasta el momento en que la Sentencia sea ejecutada. G) Declare el derecho de los actores a percibir una quinta parte de la indemnización correspondiente a los seguros de vida y accidente suscritos por don Leoncio con OCA-SO, S. A., y con SANTANDER SEGUROS Y REASEGUROS. H) Condene a D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela a estar y pasar por tal declaración. I) Condene a D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela a restituir a los actores una quinta parte de tal indemnización en el supuesto de que ya hubiera sido percibida por éstos. J) Se condene expresamente en las costas de este procedimiento a D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela».

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes contrarias emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y la contestaran. Por la Procuradora Sra. Lasheras Mendo en representación de D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Rafaela y D<sup>a</sup> Josefina, se presentaron escritos de contestación a la demanda interpuesta de contrario. No habiendo comparecido D<sup>a</sup> Hilaria se la declaró en rebeldía procesal y se continuó con la sustanciación del procedimiento.

**Tercero:** El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda planteada por la representación procesal de D. Manuel Tomás, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa y D. Juan José contra D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina, D<sup>a</sup> Rafaela y contra D<sup>a</sup> Matilde, D<sup>a</sup> Hilaria y D<sup>a</sup> Sara, a los solos efectos de integrar el litisconsorcio pasi-



*vo necesario, debo absolver y absuelvo a éstos libremente de la pretensión de la parte actora, sin hacer condena en costas.»*

**Cuarto:** Interpuesto por la Procuradora Sra. Redondo Martínez, en representación de D. Manuel Tomás, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa y D. Juan José, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 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 20 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «**FALLO:** I.—*Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Redondo Martínez en nombre de D. Manuel Tomás, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa y D. Juan José contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011 recaída en juicio ordinario núm. 1044/2010 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 14 de Zaragoza.».*

**Quinto:** La representación legal de D. Manuel Tomás, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa y D. Juan José presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en «*Infracción de preceptos civiles de Derecho Aragonés, al amparo de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa. Arts 101.1 y 80.3 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón. —Razón de la cuantía, al amparo del art. 2 de la ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa. —Interés casacional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 2.2. y 3.1 de la Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa».*

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 29 de octubre de 2012 auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto y admitirlo a trámite. 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 23 de enero de 2013.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El presente procedimiento se inició por demanda en la que los actores, hermanos, hijos de D<sup>a</sup> Soledad, formulan como pretensión principal la de que se reconozca su condición de herederos por representación de su madre en la herencia de su tío, D. Leoncio, ya que, en síntesis, consideran que cuando su tío testó junto con su esposa D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> el día 20 de abril de 2005 con cita al pacto al más viviente, estableció que, caso de conmorienencia, le heredarían los parientes más próximos, por lo que no cabe entender excluida a su madre, aunque ella hubiera fallecido años antes del otorgamiento del testamento. Por tanto, entienden que por derecho de representación de su madre fallecida son llamados a la herencia junto con los demás hermanos del causante, los demandados D. José, D. Ángel, D<sup>a</sup> Josefina y D<sup>a</sup> Rafaela.

Desestimada tal pretensión por sentencia de 22 de noviembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia 14 de Zaragoza, fue apelada tal resolución, e íntegramente confirmada por la sentencia ahora recurrida dictada por la Sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 20 de julio de 2012.

En esta última sentencia se valoró, en resumen, que al existir hermanos de D.

Leoncio cuando su fallecimiento se produce, la cláusula testamentaria incluida en el testamento mancomunado otorgado por el causante y su esposa, por la que se llamaba a la herencia a los parientes más próximos, excluía a los sobrinos, por ser familiares más lejanos que los hermanos del fallecido.

**Segundo:** Presentado recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, debe aclararse, con carácter previo a resolver la impugnación presentada, que la incorrecta redacción del recurso de casación, sin expresión de motivos, sino mediante la forma propia del recurso de apelación, exige clarificar que no todas las alegaciones que se recogen en el escrito argumentan la infracción de norma que tenga sustantividad como motivo de casación. Así sucede con la alegación primera, y con la subsidiaria epigrafiada como ii) de la alegación segunda.

Igualmente, antes de proceder a resolver sobre el fondo de la cuestión, debe ser tratada la causa de inadmisión fundada en motivos procesales que esgrime la parte recurrida, por entender que no es legalmente hábil la cita de las dos modalidades de recurso de casación previstas en el artículo 477.2, apartados 2º y 3º de la ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante) en relación con el artículo 2 de la Ley de Aragón 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa, puesto que el recurso debe estar fundamentado tan solo en uno de los casos que la ley autoriza para presentarlo.

Al respecto, la lectura del recurso presentado evidencia que su presentación lo es al amparo de lo dispuesto en el apartado 2º de la LEC en relación con el artículo 2 de la Ley de Aragón 4/2005, esto es, por razón de la cuantía. La referencia a la existencia de interés casacional se hace sólo a mayor abundamiento sobre lo anterior, pues como

se recoge en el escrito, «además» de ser hábil recurso de casación por razón de la cuantía, existe interés casacional.

Por tanto, debe ser rechazado el motivo de inadmisión fundado en razones procesales que opone la parte recurrida.

**Tercero:** El primer motivo de recurso se funda en la alegada infracción del artículo 101 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (LS en adelante), luego traspuesto con contenido idéntico al artículo 416 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante). Tal norma, literalmente ordena: «Artículo 101.—*Interpretación del testamento. 1. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador o, si el testamento fuera mancomunado, la común de ambos testadores. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador o testadores según el tenor del mismo testamento. 2. Las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia, comparando unas con otras, y de existir contradicción irreductible no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre ellas. Las disposiciones ininteligibles se considerarán no formuladas. 3. En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente. 4. En la interpretación de las disposiciones correspondientes del testamento mancomunado deberá integrarse lo dispuesto en este artículo con las normas de interpretación de los contratos».*

Al tiempo de considerar si, como pretende el recurrente, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial infringió tal precepto, es de valorar igualmente que la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencias de 15 y 20 de diciembre de 2005) y esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de

Aragón (v.g., sentencias de 11 de mayo de 2005 o de 8 de noviembre de 2006) han sostenido que la interpretación de los testamentos es función de los tribunales de instancia, vedada al recurso de casación, salvo en los casos en que pueda estimarse que la labor interpretativa del Tribunal de Instancia sea ilógica, arbitraria, irrazonable o absurda.

**Cuarto:** A la luz de tal norma y consolidada jurisprudencia, la valoración del presente caso concreto debe partir de que las cláusulas testamentarias cuya interpretación es objeto del procedimiento, contenidas en el testamento otorgado por los cónyuges D. Leoncio y D<sup>a</sup> María el día 20 de abril de 2005, literalmente recogen: «*PRIMERA.—Ambos cónyuges se instituyen mutua y recíprocamente herederos universales en pleno dominio y libre disposición. SEGUNDA.—La institución que antecede surtirá los efectos característicos del llamado «pacto al más viviente», por virtud del cual en caso de comoriencia de los testadores, o fallecimiento del sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes, los que queden serán heredados, como herederos sustitutos, por quienes entonces sean más próximos parientes de ambos testadores, sucediendo cada rama familiar en los que hubieran pertenecido en su origen al respectivo testador.*».

La sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial entendió que el párrafo segundo implicaba que, para el supuesto de comoriencia de ambos testadores (que tuvo lugar en este caso el día 10 de enero de 2009), hubo designación de sucesores, de modo que la herencia se defiere a favor de los demandados, hermanos del causante D. Leoncio y sus parientes más próximos en tal momento, con exclusión de la posición que habría ocupado, caso de vivir, la hermana D<sup>a</sup> Soledad y, por tanto, sin llamamiento a la herencia de los hijos de esta hermana en su lugar y por derecho de representación.

Así, tal conclusión no da lugar a la sustitución que habría correspondido a los demandantes sobrinos del testador en lugar de su madre, como habría sucedido caso de no haberse incluido la mención de llamamiento de los más próximos parientes y haber dado lugar a la aplicación íntegra de la previsión que sobre los efectos del pacto al más viviente contiene el artículo 80.3 de la LS (luego artículo 395.3 del CDFA), pues esta norma, en lo que ahora interesa, previene que «3. Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el instituyente supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, se deferirán los que quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél (...)».

Para llegar a la decisión expuesta de llamamiento de los sucesores designados e inaplicación del llamamiento legal abintestado, la sentencia impugnada, a lo largo de su completo razonamiento emplea el método literal como primer y fundamental argumento interpretativo del testamento. Así, parte de que debe estarse al tenor del testamento, de lo que deduce que hubo llamamiento a personas ciertas conforme al artículo 151 LS, que fueron los más próximos parientes en el momento del fallecimiento, es decir, indica, se llamó a «los parientes más cercanos a cada uno de los testadores, de modo que no se llamó a todos ellos, pues se excluyó a parientes menos cercanos».

La literalidad de que parte el razonamiento de la sentencia se completa con la referencia al significado dentro del contexto de la referencia a la rama familiar que contiene la cláusula debatida, considerando que, precisamente, la mención a la rama familiar complementa la exclusión de parientes más lejanos.

Interpretación literal y contextual que se culmina con la valoración de que en el

momento del otorgamiento del testamento (día 20 de abril de 2005) la hermana del causante, D<sup>a</sup> Soledad, había fallecido hacía ya más de 20 años, el día 2 de diciembre de 1983, de manera que D. Leoncio tenía en el momento de testar parientes más próximos que otros, hermanos y sobrinos, en concreto.

**Quinto:** El hilo argumental desarrollado por la sentencia en modo alguno puede considerarse que incurra en error que permita entenderlo susceptible de casación. Por el contrario, se comparten todos los argumentos de interpretación empleados. Especialmente el literal, pues con claridad se deduce de la cláusula escrita que, dentro del pacto al más viviente, los testadores excluyeron voluntariamente el efecto de tal institución sucesoria para el caso de que ambos fallecieran al mismo tiempo. Ciertamente la expresión «por virtud del cual» induce a confusión, pues más claro sería haber recogido la de «a pesar del cual» o «excluyendo del pacto», pero la posibilidad de mejora de una concreta expresión no debe permitir alterar el sentido claro de lo recogido, con toda expresividad, en las últimas líneas de la cláusula, que expresan, con rotundidad, que «serán heredados, como herederos sustitutos, por quienes entonces sean más próximos parientes de ambos testadores, sucediendo cada rama familiar en los que hubieran pertenecido en su origen al respectivo testador».

Complementando lo expuesto cabe igualmente considerar, como ya evidenció la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que carecería de sentido haber hecho la inclusión de la especial referencia de cómo actuar, para el caso de conmorienencia o de no disposición de bienes, si realmente los testadores querían que la sucesión se defiriera conforme a las normas de la sucesión legal intestada. Por que para estar a tales normas bastaba con

no haber hecho cita alguna de tales casos de conmorienencia.

La referencia al contexto que hace la sentencia recurrida es también asumida ahora. Dentro de la clara intención de que cada familia heredara los bienes del causante que formaba parte de ella, lógico es que los testadores excluyeran los parientes más lejanos, pues con ello, al establecer la sucesión del grado más próximo con preferencia al más lejano, se producía el efecto de excluir una estirpe en la que intervendría un miembro externo a la familia, en este caso, el esposo de la difunta hermana D<sup>a</sup> Soledad.

Por último, decisivo es también el argumento referido al tiempo de suscribirse el testamento. Cuando el testamento se otorga, la difunta hermana faltaba desde hacía ya 21 años. Lo que impide estimar que cuando el testador otorga el testamento está pensando en ella al citar a sus parientes más próximos. Es más, si realmente consideró que la difunta hermana realmente debía heredar, es realmente improbable que se refiera a ella como «pariente más próximo», pues constando su fallecimiento desde hacía tiempo no es dable entender que la conceptuara como pariente próximo vivo que existiera al tiempo en que el fallecimiento del propio testador se produjera.

En definitiva, por tanto, no existe razón que permita considerar, en contra de los ajustados razonamientos de la sentencia recurrida, que deba forzarse en este caso la interpretación literal de la cláusula testamentaria de que se trata.

Por último debe considerarse que, en contra de lo que expone el recurrente en sus escritos alegatorios, las consideraciones jurídicas contenidas en el Acta notarial de fecha 18 de Mayo de 2009 no son efectuadas por el fedatario autorizante del documento. No consta en el Acta si la parte recibió asesoramiento ni que, caso de haberlo

tenido, éste proviniera del Sr. Notario. Además de que, en todo caso, las razones jurídicas expuestas en el Acta contienen los argumentos ya tratados, por haberlos reproducido el escrito de recurso y que, por lo que se ha expuesto, no cabe compartir.

**Sexto:** El que se ha considerado segundo motivo de recurso, formulado por la parte recurrente como alegación TERCE-RA, entiende infringido por la sentencia recurrida el artículo 80.3 de la LS, puesto que, partiendo de la premisa sostenida en el primer motivo de recurso, de que no hubo en el testamento llamamiento a tercero, debió estarse a la sucesión legal abintestato.

Como se expuso, la premisa de que parte este motivo de recurso no es admisible, puesto que sí hubo llamamiento de herederos ciertos. No conocidos o determinados en el momento de otorgamiento del testamento, pero perfectamente determinables cuando el deceso de los causantes se produjera. Se llamó, cabe repetir, a los parientes más próximos de cada uno de ellos. Y éstos, por contraste con los más lejanos, existían y eran conocidos cuando el fallecimiento se produce, pues eran los hermanos del causante, parientes de segundo grado, con exclusión de los demás, fueran los sobrinos demandantes, de tercer grado, o fueran primos, de cuarto grado, o cualquier otro que pudiera existir.

Por tanto, este motivo de recurso debe ser igualmente desestimado.

**Séptimo:** De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun siendo desestimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de costas, dadas las dudas de hecho que ofrece la interpretación de la cláusula testamentaria referida.

Vistos los artículos citados y 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 D. Manuel Tomás, D<sup>a</sup> Teresa y D. Juan José contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta de fecha 20 de julio de 2012.

No se hace expresa imposición del pago de las costas causadas por este recurso de casación.

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

Se hace saber a las partes que contra esta resolución no cabe la interposición de recurso.

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

#### NÚM. 11

*S. TSJA 10/2013, de 19 de febrero de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Incongruencia «extra petita»:** *La congruencia consiste en el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente de lo que hubiera pretendido. La sentencia de la Audiencia confirma la resolución de instancia, que condenó a la demandada a la demolición de lo construido sobre el muro privativo de los actores,*

*pero añade «en tanto no se ejercite por los demandados la facultad reconocida en el art. 578 del Cc.», con ello se introduce en el litigio una cuestión no planteada por la demandada, que es a quien hubiera correspondido hacerlo. Dicha facultad no prescribe ni caduca, y si se ejercita dejará de existir la inmisión, sin que el demandante haya podido defenderse. Hay vulneración del principio de rogación y por ende la incongruencia denunciada.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 216, 218 y 465 Lec. y 578 Cc.

**PONENTE:** *Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 50/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 24 de julio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 357/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 127/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Daroca, en el que son partes, como recurrentes, D<sup>a</sup> Pilar y D. Teodoro, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús Sancho Arnal y dirigidos por el Letrado D. Anselmo Loscertales Palomar y como parte recurrida D. Martín y D<sup>a</sup> Francisca, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Juberías Hernández y dirigidos por la letrada D<sup>a</sup> Begoña Iñiguez Escobar.*

[...]

#### FALLO

**Primero:** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso por motivo de infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Teodoro y D<sup>a</sup> Pilar contra la sentencia dictada el día 24 de julio de 2012 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza que anulamos, dejándola sin efecto.

#### NÚM. 12

*S. TSJA 11/2013, de 21 de febrero de 2013*

**84: SERVIDUMBRES: CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE: Inexistencia:** *Del resultado de la prueba práctica deducen las sentencias de instancia que no existe signo aparente de servidumbre de paso entre las fincas inicialmente del mismo dueño, y tal conclusión no ha sido combatida por la única vía posible a tal fin, el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que no cabe apreciar que se haya infringido el art. 541 Cc. pues falta el primero de sus presupuestos, que es la existencia de signo aparente de servidumbre. También faltan los requisitos para su adquisición por usucapión (actos posesorios de paso con el animus preciso para la adquisición de la servidumbre), y además no ha transcurrido el plazo de diez años.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 568 CDFR, 541 Cc.

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 51/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de julio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 234/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 216/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Calatayud, en el que son partes, como recurrente, M., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Hueto Sáenz y dirigida por el Letrado D. Jesús Pérez-Santander Caballero, y como parte recurrida B., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Pilar Cabeza Irigoyen y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Paloma Ferreira Gotor.*

[...]

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribu-

nales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Hueto Saenz, en nombre y representación de M., contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2012 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, que confirmamos, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

13

## NÚM. 13

S. TSJA 12/2013, de 26 de febrero de 2013

**662: RÉGIMEN MATRIMONIAL****PACCIONADO: INTEGRACIÓN DE LAGUNAS:**

*La Sentencia desestima el recurso por infracción procesal pero estima el de casación. En el Tít. IV del L. I de la Compilación, «del régimen económico conyugal», se observa una regulación totalmente respetuosa con la libertad de pacto que inspira toda la regulación aragonesa, y la intención legal de que las posibles omisiones o lagunas que pueda presentar el acuerdo tomado sean integradas por las normas de la propia Compilación. Estas previsiones legales del art. 23 obligan, por tanto, en cada caso, al estudio del contenido concreto de las capitulaciones de que se trate, para determinar su alcance, y también si la naturaleza de lo acordado permite integrar los vacíos de lo pactado mediante la aplicación de la normativa aragonesa, orientada en todo caso hacia el régimen de comunidad.*

**RÉGIMEN DE SEPARACIÓN: Aplicación del art. 1438**

*Cc.: Pactado en 2002 el «régimen de separación de bienes», como en esa fecha su definición no existía en la Compilación, sino en el Código civil, ante la ausencia de establecimiento completo del régimen económico que se deseaba, debe acudir, necesariamente, no a su mero complemento, sino a su definición esencial. Las posibilidades que para tal definición ofrece la Compilación, a la que en primer lugar debe estarse por cumplimiento*

*de su art. 23.2 son realmente ineficaces [...]. La dificultad de complemento mediante la Compilación impone acudir al mecanismo supletorio general del art. 1.2 de modo que se estará a la aplicación subsidiaria del Código civil en lo que define y regula de modo completo, coherente y cerrado el régimen de separación de bienes. No habiendo pactado las partes la exclusión de la aplicación del art. 1438 Cc., procede la aplicación de dicha norma al darse los presupuestos para la fijación de la compensación que prevé.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 23 Comp., art. 1438 Cc.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Ignacio Pastor Eixarch.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El día 12 de mayo de 2011 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio celebrado por los litigantes el día 27 de septiembre de 2002, regido económicamente por el sistema de separación de bienes pactado en capitulaciones matrimoniales, y en el que habían tenido dos hijas, Ángela, nacida el día 14 de enero de 2003, y Amelia, nacida el día 28 de enero de 2005. Establecidas en la sentencia las medidas reguladoras de los efectos del divorcio, ambas partes presentaron recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que, en lo que ahora interesa, redujo la asignación compensatoria establecida por el Juzgado a favor de la esposa de 1.100 a 750 euros mensuales, y denegó la procedencia de fijar a favor de la recurrente la indemnización prevista en el artículo 1438 del Código Civil, al igual que había hecho la sentencia dictada por el Juzgado, que, en este punto, fue confirmada.

**Segundo:** Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por la representación procesal de doña Adriana R. L. recurso por infracción procesal, con fundamento en considerar que tal resolución infringió los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), al excederse el pronunciamiento del fallo respecto de lo interesado por la parte contraria en su recurso de apelación. En concreto, considera la ahora recurrente que, al no haber recogido el suplico del recurso de apelación interpuesto por don Guillermo G. N. la solicitud concreta de reducción de la asignación compensatoria establecida a favor de la esposa, no podía la sentencia de tribunal de apelación entrar a resolver sobre tal cuestión.

Ante la formulación del anterior recurso, la parte recurrida opone como causa de inadmisibilidad procesal el hecho de que el escrito de impugnación se justifica en la previsión contenida en el artículo 468 de la LEC, en vez de en alguno de los motivos previstos con carácter cerrado en el artículo 469.1 de la propia LEC. La redacción del recurso por infracción procesal presentado no deja lugar a dudar que el recurrente, por mero error material, recogió la cita del artículo 468 LEC cuando, en realidad, quiso referirse al artículo 469, pues así se concluye de la referencia al apartado 2º del número 1 del artículo que argumenta en su favor, y del propio contenido sustantivo del recurso, que se refiere, en todo caso, a la infracción prevista en tal apartado y número del artículo 469, que no del artículo 468. Por tanto, esta causa procedimental de inadmisión debe ser rechazada.

**Tercero:** En relación con el contenido material propio del motivo de recurso por infracción procesal, la comprobación del escrito de interposición del recurso de apelación que presentó la parte ahora re-

currida evidencia que dedicó los folios 15 a 19 a impugnar el pronunciamiento contenido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia sobre la asignación compensatoria señalada a favor de doña Adriana, solicitando de la Audiencia Provincial que tal asignación fuera reducida. Luego, en el suplico del propio recurso de apelación el recurrente don Guillermo interesó la remisión al Tribunal competente «(...) para resolver la Apelación en los términos expuestos e interesados en este escrito de Recurso de Apelación».

Resulta así evidente que, por la expresa remisión del suplico al cuerpo del escrito, la parte recurrente interesaba sin duda alguna la reducción de la asignación compensatoria señalada por la sentencia apelada. Por tanto, cuando el Tribunal de Apelación resuelve sobre tal cuestión no sólo no infringió las previsiones de los artículos 216 y 218.1 de la LEC que la actual recurrente entiende vulnerados, sino que dio cabal cumplimiento a lo ordenado en ellos. Por lo que procede desestimar el recurso por infracción procesal que ha sido interpuesto.

**Cuarto:** Se interpone igualmente recurso de casación por la representación de doña Adriana frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Frente a este nuevo recurso la parte recurrida argumenta diversos motivos de inadmisión, por considerar incumplidos los presupuestos y requisitos procesales exigidos por el artículo 477 de la LEC para la presentación del recurso de casación. Sin embargo debe considerarse, como ya se hizo en auto de esta Sala de fecha 20 de noviembre de 2012 que acordó su admisión a trámite, que el primer y fundamental presupuesto en que se apoya su presentación es por razón de la cuantía, pues según expone el recurrente, lo reclamado excede, con mucho, de los 3.000 euros a los que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de la



Ley de Aragón 4/2005 de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

Afirmación sobre cuantía que es correcta, por cuanto la cantidad interesada en el recurso es de 350.000 euros. Por tanto, el recurso fue correctamente admitido, siendo innecesario entrar a valorar otras posibles causas de inadmisión.

**Quinto:** En lo sustantivo, el recurso de casación se interpone por entender la parte recurrente vulnerado el artículo 1438 del Código Civil por la sentencia recurrida, ya que estima que, en contra de lo razonado y resuelto en tal resolución, es de aplicación en Aragón el artículo 1438 del Código Civil, en lo que establece que en los regímenes matrimoniales de separación de bienes el cónyuge que trabajó para la casa tiene derecho a ser compensado económicamente por el otro al tiempo de extinción del régimen. Por ello, entiende la impugnante que le corresponde una compensación cifrada en la suma de 350.000 euros.

La Compilación Aragonesa, aprobada en 1967 (CA en adelante) trataba en el Título IV del Libro I el régimen económico matrimonial a considerar en cada caso, bajo la rúbrica general «Del Régimen Económico Conyugal». El artículo 23, primer precepto del Capítulo Primero de tal Título IV, sentaba el principio general de que «El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que se otorguen y los pactos que se celebren acerca de los bienes así presentes como futuros, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación». Para añadir en su apartado segundo que «En defecto de tales capitulaciones y pactos o para completarlos, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título».

A continuación, en el Capítulo II, artículos 25 a 35 establecía normas generales

sobre el régimen matrimonial paccionado para, finalmente, en el Capítulo III, artículos 36 a 59, regular el que denominaba régimen matrimonial legal, aplicable en defecto de pacto y basado en el sistema de comunidad de bienes.

Se observa así una regulación totalmente respetuosa con la libertad de pacto que inspira toda la regulación aragonesa, y la intención legal de que las posibles omisiones o lagunas que pueda presentar el acuerdo tomado sean integradas por las normas de la propia Compilación. Estas prevenciones legales obligan, por tanto, en cada caso, al estudio del contenido concreto de las capitulaciones de que se trate, para determinar su alcance, y también si la naturaleza de lo acordado permite integrar los vacíos de lo pactado mediante la aplicación de la normativa aragonesa, orientada en todo caso hacia el régimen de comunidad.

**Sexto:** En el caso presente, antes de contraer matrimonio, por medio de Escritura otorgada el día 26 de septiembre de 2002 los ahora litigantes, don Guillermo G. N. y doña Adriana R. L. pactaron que «Primero: el matrimonio se regirá por el sistema económico de separación de bienes.— En consecuencia cuantos bienes aporten a su matrimonio los esposos, así como los demás que sin aportarlos, al tiempo de casarse, sean propios de uno u otro y, también cuantos en adelante puedan adquirir el marido o la esposa por cualquier título, tanto oneroso como lucrativo, serán siempre de la propiedad exclusiva del cónyuge que los posea o adquiera y nunca tendrá el carácter de consorciales o gananciales, cualquiera que sea su origen o naturaleza.—Asimismo, cada cónyuge conservará no solo la propiedad, sino también el disfrute y la administración de los bienes que actualmente le pertenezcan y de los que adquiera en lo sucesivo.»

Lo primero que cabe observar en este pacto es que los interesados no acuerdan la fijación de un régimen atípico o innominado, sino que expresamente se refieren en el primer párrafo al conocido como régimen de «separación de bienes». Hay, por tanto, una vocación expresa de un concreto sistema económico matrimonial. Y en la fecha en que las capitulaciones se suscriben (año 2002) la definición de tal régimen no existía en la CA, sino en el Código Civil.

En segundo lugar cabe igualmente destacar que la exposición de las condiciones del régimen que, de modo expreso establecen los futuros contrayentes, se hace entendiendo que son «en consecuencia» del régimen de separación al que, de modo general, han hecho expresa referencia anteriormente.

Por último, debe considerarse que las cláusulas concretas no difieren en su contenido de las previsiones recogidas en el Código Civil general, pues no hacen sino recoger de modo descriptivo la regulación del artículo 1437 de tal Código.

La literalidad del documento no presenta, por tanto, una previsión específica, peculiar o singularizada de un especial régimen matrimonial que las partes quisieran establecer. Pues lo que realmente se observa es una clara referencia al régimen de separación de bienes, por cuya expresa consecuencia las líneas maestras del sistema económico serán las que pasan a describir.

**Septimo:** Ante tal ausencia de establecimiento completo del régimen económico que se deseaba, debe acudir, necesariamente, no a su mero complemento, sino a su definición esencial.

Las posibilidades que para tal definición ofrece la CA, a la que en primer lugar debe estarse por cumplimiento de su ar-

tículo 23.2 son realmente ineficaces. Porque la clara orientación hacia la comunidad de bienes que regulan los artículos de referencia a considerar en tal cuerpo legal (como ya se dijo, artículos 36 a 59) no permiten el complemento de unas capitulaciones como las que ahora se estudian, en las que ningún posible patrimonio o administración común previeron, y en las que la evidencia del pacto claro y terminante del régimen general de separación de bienes, a todos los efectos, dota de naturaleza totalmente diferenciada lo pactado de lo regulado en la CA. Lo cual imposibilita realmente la observancia aún analógica, de los preceptos indicados de la CA so pena de fragmentar la normativa de aplicación creando un *tertium genus*, un régimen novedoso que participaría de lo pactado, de lo regulado en la CA para la comunidad de bienes, y de lo previsto en el CC para el caso de separación de bienes.

La dificultad expuesta de complemento mediante la CA impone, por tanto, acudir al mecanismo supletorio general que preveía la CA en su artículo 1.2 de modo que se estará a la aplicación subsidiaria del Código Civil en lo que define y regula de modo completo, coherente y cerrado el régimen de separación de bienes al que, además, y como ya se ha expuesto antes, las propias partes denominaron por el título jurídico empleado por el mismo Código Civil.

Se concluye así, en contra de lo considerado por la sentencia recurrida, que es de plena aplicación el régimen de separación de bienes previsto en el Capítulo VI del Título III del Libro IV del Código Civil. No pactaron las partes, ni se deduce de los escritos alegatorios o prueba practicada que, dentro de tal regulación y sus consecuencias, fuera excluida en el momento de pacto o después, tácita o expresamente, la aplicación del artículo 1438 del Código.

**Octavo:** Estimada la pretensión principal del recurso de casación sobre la aplicación, negada por la sentencia recurrida, del artículo 1438 del Código Civil, este Tribunal de Casación debe actuar como órgano de instancia, pasando a considerar si procede en este supuesto la indemnización prevista en tal norma y, caso afirmativo, en qué cuantía.

Al respecto, se observa que el matrimonio tuvo una duración de más de ocho años, durante los cuales ambos cónyuges estuvieron plenamente conformes en que la esposa, ahora recurrente, atendiera al cuidado del hogar familiar, se encargara de modo inmediato y directo del cuidado de los hijos menores y, en fin, no desempeñara trabajo por cuenta propia o ajena fuera de la atención directa de la casa. Mientras, el esposo, aunque no desatendió el desenvolvimiento diario del hogar familiar y cuidado de los hijos, sí desarrolló trabajo fuera de la casa, prestó sus servicios para entidad mercantil y, con ello, tuvo posibilidad de mantener y aumentar su patrimonio. Se dan así los presupuestos para fijación de la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil tal y como lo acuerda el Tribunal Supremo en sentencia número 534/2011, de 4 de julio (recurso de casación 1691/2008): pacto de separación de bienes, y contribución por uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa, por lo que procede reconocer el derecho de la recurrente al percibo de tal compensación.

La cantidad interesada por tal concepto asciende a la suma de 350.000 euros. Tal importe lo obtiene la recurrente mediante la adición de los salarios que podría haber percibido caso de haber trabajado, la cantidad pagada por el esposo para adquisición de inmueble, constante matrimonio, y el beneficio que estima ha tenido la mercantil de que era socio el marido durante

el matrimonio. No es admisible valorar el posible salario que la esposa habría percibido, puesto que no existen datos que permitan estimar que la esposa no trabajó por cuenta ajena sólo por causa de dedicarse primera y principalmente a la atención de la casa, ya que es notorio que existen otras variables a considerar al tiempo de determinar si habría tenido la posibilidad de prestar trabajo remunerado la esposa. Igualmente debe rechazarse la pretensión de hacer comunes los incrementos patrimoniales obtenidos por el cónyuge como si estuviéramos ante un régimen de comunidad cuando, contrariamente a ello, lo pactado por ambos interesados fue la separación de bienes.

La ausencia de otros datos o argumentos que permitan decidir cuál debe ser la concreta indemnización a percibir conduce, finalmente a fijarla en la cuantía aceptada de modo subsidiario por el recurrido, de 15.150 euros.

**Noveno:** De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

**Primero:** Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de doña Adriana R. L.

**Segundo:** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Adriana R. L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, en fecha 10

de julio de 2012, que casamos en el particular relativo a denegación de compensación por contribución a las cargas del matrimonio disuelto.

**Tercero:** Condenamos al recurrido, don Guillermo G. N. al abono a la recurrente, doña Adriana R. L. de la cantidad de 15.150 euros más los intereses legales desde la fecha de esta resolución en concepto de la compensación antedicha.

**Cuarto:** No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

**Quinto:** Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

**Sexto:** Librese 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.

*traordinario por infracción procesal ante los TTSSJJ, ni separada ni acumuladamente a un recurso de casación, sino sólo la fundamentación de éste en motivos procesales además de los de fondo. Se está ante un solo recurso, de casación, bien que con motivos de una y otra naturaleza, sustantiva y procesal. Por tanto, resulta adecuado el único pronunciamiento sobre costas: el correspondiente al recurso de casación.*

DISPOSICIONES CITADAS: *DF 16<sup>a</sup>.1, regla 1<sup>a</sup>, Lec.*

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

#### NÚM. 14

*A. TSJA de 22 de marzo de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Costas:** *Formulado recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente con el de casación, al haber sido desestimadas todas las pretensiones en él sostenidas por la parte recurrente, procede, por aplicación del art. 398.1 Lec., la imposición del pago de las costas causadas a la parte recurrente. Voto particular: la DF 16<sup>a</sup>.1, regla 1<sup>a</sup>, Lec. no permite el planteamiento del recurso ex-*

#### NÚM. 15

*S. TSJA 13/2013, de 27 de febrero de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Valoración de la prueba practicada:** *Las argumentaciones de la sentencia recurrida no resultan arbitrarias ni contrarias a criterios de lógica, sino que son el fruto del análisis ponderado de la prueba practicada, cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia. De esta forma, habiendo explicitado la sentencia recurrida las razones que conducen a mantener la custodia individual de las menores a favor de la madre, queda justificado el abandono del criterio general respecto a la decisión adoptada, en beneficio e interés de las menores de edad.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 80 CDEFA.*

PONENTE: *Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 47/2012 interpuesto contra la*

sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de julio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 116/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 164/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Óscar M. M., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Marina Sabadell Ara y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Eva Zaro Becas y como parte recurrida D<sup>a</sup> Olga Z. S., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Carmen Ibáñez Gómez y dirigida por el letrado D. Eduardo Corujo Quintero, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Óscar M. M. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de julio de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

**ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: ADOPCIÓN: Necesidad de asentimiento de los padres: El procedimiento para determinar la necesidad, o no, de asentimiento en la adopción (art. 781 Lec.) precisa examinar los supuestos en los que, según el art. 177.2.2º Cc., tal asentimiento es necesario. La referencia del art. 177.2.2º Cc. a la privación de la patria potestad o a hallarse incurso en causa legal para su privación, que exige comprobar «el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma» (art. 170 Cc.), debe entenderse hecha en Aragón al art. 90 CDFa, conforme al cual para la privación de la autoridad familiar se requiere «incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma», enunciado que literalmente resulta más exigente que el del art. 179 del Cc.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 58, 59, 63, 90 CDFa, 170 y 177 Cc.**

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

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 46/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 18 de septiembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 369/2012, dimanante de autos de necesidad de consentimiento en la Adopción número 811/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, D<sup>a</sup> Inmaculada, representada por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Farlete Borao y dirigida por el Letrado D. Julián Guillén Cabezedo y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y D<sup>a</sup> Ana Isabel.

[...]

#### FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 46/2012, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Farlete

#### NÚM. 16

*S. TSJA 14/2013, de 28 de febrero de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: EFECTOS DE LA FILIACIÓN: Deberes de padres e hijos: La argumentación de la madre no custodia de que no le fue exigido el cumplimiento de sus obligaciones carece de cualquier apoyo legal o jurisprudencial, pues los deberes derivados de la filiación –arts. 58 y 59, y 63 y ss. del CDFa– deben ser cumplidos de forma espontánea y no precisan ser exigidos por terceros.**

**65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA.**

Borao, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Inmaculada, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección Segunda, de fecha 18 de septiembre de 2012, sin imposición de costas.

17

NÚM. 17

A. TSJA de 6 de marzo de 2013

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Inadmisión:** *El Tribunal declara su competencia para conocer del recurso de casación interpuesto y seguidamente examina la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal. Respecto del primer motivo, es doctrina constante del TS que la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los tribunales que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo por la vía del art. 469.2.4º Lec., cuando se conculque el art. 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad. No puede prosperar en sede de un recurso de naturaleza extraordinaria la pretensión de sustituir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal por la de la parte recurrente. Tampoco puede invocarse ausencia de motivación en la desestimación de la acción confesoria de servidumbre. Doctrina del TC sobre la motivación de sus respuestas por los órganos judiciales. Inadmisión del recurso ex art. 473.2.º Lec.*

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

**DA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Interés del menor:** *Aunque en el primer motivo de casación se alega infracción del art. 80 CDFFA y en el segundo infracción del art. 76.2 CDFFA, debe considerarse que este precepto no hace sino sentar un principio general ínsito en nuestro ordenamiento jurídico, de atención en todo caso al interés prevalente del menor. Principio general del que deriva la norma concreta de su desarrollo contenida en el art. 80.2 CDFFA. Ante esta imbricación entre ambas normas, se considera más adecuado su tratamiento y estudio conjunto que artificialmente separados. Preferencia de la custodia compartida: El art. 80.2 establece con claridad la preferencia de la custodia compartida en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Ahora bien, dicha preferencia no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir, con base en la posible excepción que prevé el art. 80.2 CDFFA, que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales. Valoración de la prueba practicada: La valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia recurrida, y la consecuente decisión de ser más conveniente en este caso para el interés del menor la custodia individual de la madre, no se observa que sea anómala, irracional, contradictoria o absurda. Por ello, siendo inhábil el recurso de casación para poder revisar tales valoraciones probatorias, debe estarse a ellas y, por tanto, al acuerdo de la sentencia recurrida de mantener la custodia individual a favor de la madre. Por otra parte, que el padre recurrente, tras el dictado de la sentencia apelada, haya pasado a vivir en la misma ciudad que el hijo, no*

18

NÚM. 18

S. TSJA 15/2013, de 11 de marzo de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUAR-**

*cambia nada porque el objeto y fin del recurso de casación (la sentencia recurrida para valorar si en ella fue correctamente aplicado el derecho sustantivo a observar) impiden la práctica o valoración de prueba distinta de la que haya sido tomada en cuenta en el procedimiento declarativo cuya segunda instancia terminó con la sentencia recurrida.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 76.2, 80.2 CDF.A.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. 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 53/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 18 de septiembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 264/2012, dimanante de autos de Divorcio 281/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Calatayud, en el que son partes, como recurrente, D. Carlos P. F., representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Blasco Pérez y dirigido por el Letrado D. Gregorio Entrena Lobo, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Eleonora K., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Rosa Rodríguez Valenzuela, en turno de oficio y dirigida por el letrado D. Francisco José Fernández Díez, 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 Carlos P. F. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 18 de septiembre de 2012.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por este recurso de casación.

#### NÚM. 19

*S. TSJA 16/2013, de 12 de marzo de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Derecho-deber de padre e hijo a relacionarse entre sí:** *De los arts. 59, 60, 79.2 y 80.1.3 se desprende que el padre tiene el derecho –un derecho-deber, en realidad– a relacionarse con el hijo. Pese a lo dicho en el art. 80.1.3, la sentencia recurrida deniega el establecimiento de una concreta forma para la efectividad de la relación y comunicación entre padre e hijo (poder disponer del número de teléfono del menor), por la concurrencia de dos circunstancias, por un lado la edad del joven, de 17 años, y por otro la condena del padre por maltrato a su hijo. Estas circunstancias, justifican que sea el joven quien libremente decida la forma de hacer efectivo lo que constituye para ambos, no solo para el padre, el derecho-deber de relación entre padre e hijo. Así se ha acordado en la sentencia de instancia, sin privar al padre de la comunicación con su hijo, y esta decisión no infringe los arts. 60, 79.2 y 80 CDF.A en que se funda el recurso. Fijación de un régimen mínimo: La situación de un menor de más de 12 años (art. 6 CDF.A), e incluso mayor de catorce años, es bien distinta de la de un menor de corta edad que no tiene capacidad suficiente para organizar y decidir por sí solo la forma de comunicarse, visitar y relacionarse con sus progenitores. En este último caso puede ser preciso concretar los cauces para facilitar el contacto paternofamiliar (aunque no necesariamente convalidar establecer, en todos los supuestos, un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas: STSJA 13/6/2012). Sin embargo, la valoración es diferente si nos hallamos ante un mayor de catorce años. En la STSJA 16/10/2012 se acordó que el régimen de visitas del padre con sus hijos –gemelas de 15 años de edad– fuese el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos. En el caso de autos, la*

*edad de 17 años del menor y la condena del padre por maltrato al hijo, justifican que sea el hijo quien libremente decida cómo desea relacionarse con su padre, sin que resulte aconsejable imponer judicialmente la forma de hacerlo.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 59, 60, 79.2 y 80.1.3.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Doña Belén y don Adriano tuvieron un hijo no matrimonial, L, el 25 de julio de 1995.

Los progenitores contrajeron matrimonio el 27 de diciembre de 1995.

Por sentencia firme de 14 de julio de 2009, dictada en el procedimiento oral núm. 262/2009 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Zaragoza, se condenó a don Adrián, como responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.2 del Código Penal, a la pena de seis meses de prisión, y prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de su hijo L y de comunicarse con él por cualquier medio, por tiempo de un año y seis meses.

Doña Belén presentó demanda de divorcio el 23 de marzo de 2011 que se admitió a trámite por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, bajo el número 299 de 2011. Durante la sustanciación de la causa el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza acordó, por auto de 18 de julio de 2011, una orden de protección por la que se impuso a don Adriano la prohibición de aproximarse a doña Belén en un radio de 300 metros, así

como la de comunicarse con ella por cualquier medio; y en el orden civil se atribuyó a la madre la guarda y custodia del hijo menor, sin fijar régimen de visitas, pero pudiendo el menor visitar libremente a su padre si esa fuese su voluntad; y asimismo se estableció una pensión de alimentos a cargo del padre y a favor del hijo de 150 euros mensuales. Las medidas civiles se acordaron con una vigencia de 30 días.

La Sra. solicitó la inhibición del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y la misma fue acordada por auto de 5 de septiembre de 2011.

El procedimiento se tramitó con el demandado en rebeldía –aunque asistió al acto del juicio sin asistencia letrada–, y por sentencia de 6 de marzo de 2012 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer se resolvió decretar el divorcio de los cónyuges, con atribución de la guarda y custodia del menor a la madre, y sin que procediera un régimen de visitas tasado y predeterminado, dejando a la voluntad del menor el modo y manera de relacionarse con su padre. Igualmente, se fijó una pensión de alimentos a favor del menor y a cargo del padre de 100 euros mensuales, con asunción por mitad de los gastos extraordinarios necesarios por parte de ambos progenitores. Con cita del art. 79 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDEFA en adelante), y respecto al régimen de visitas del padre, se argumentó en dicha resolución que no procedía establecer un régimen tasado y predeterminado, atendida la edad del menor –16 años en ese momento– y la condena del progenitor por un acto de maltrato al hijo.

El Sr. recurrió en apelación la sentencia manifestando, en lo que ahora interesa, que ya había cumplido la condena de privación de libertad que le había sido impuesta, y solicitó que se estableciera que el padre podría comunicarse con el menor median-



te el número de teléfono de este último, que habría de serle facilitado al Juzgado.

El recurso fue desestimado por sentencia de 18 de septiembre de 2012 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que respecto a la petición de que se facilitara al apelante la comunicación con el menor, se razonó que «carece de contenido la pretensión, dada la edad del menor 17 años y la condena del recurrente por un hecho de maltrato al menor (S. 14/7/2009) se considera adecuado dejar en libertad al hijo que se relacione con su padre en la forma que estime pertinente».

**Segundo:** Don Adriano ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia.

El segundo motivo del recurso, único admitido a trámite, se fundamenta en la vulneración de los artículos 60, 79.2 y 80 del CDFa. La parte alega que conforme al artículo 79.2 los Jueces han de dictar las medidas necesarias para garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de los progenitores, y en el caso del recurrente se está vulnerando la posibilidad de mantener la relación del hijo con su padre, así como el ejercicio de la autoridad familiar, al no propiciarse mecanismo alguno de contacto con su hijo.

Solo el Ministerio Fiscal ha formalizado oposición al recurso, interesando la desestimación del motivo por entender, conforme a los hechos declarados probados y a la argumentación contenida en la sentencia recurrida, que no se ha producido infracción alguna de los preceptos citados por el recurrente como vulnerados, porque los mecanismos de contacto entre padre e hijo no se impiden o prohíben, sino que se someten a la voluntad del menor por los motivos tomados en consideración en las instancias, esto es, la condena del padre por un acto de mal-

trato del hijo, y la edad de este, 17 años en la actualidad.

**Tercero:** El primero de los artículos que se mencionan como infringidos es el 60 del CDFa. Dicho precepto, situado en el capítulo que regula los efectos de la filiación, dispone en su primer apartado, bajo el epígrafe «*La relación personal del hijo menor*», que «*El hijo tiene derecho 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 desaconseja*».

El segundo de los artículos citados es el 79 del mismo texto legal, que se encuentra dentro de la sección referente a los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo; y en su apartado segundo establece el deber del Juez de dictar, en defecto de pacto entre los padres, las medidas necesarias para garantizar, subapartado a), «*la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, [...]*».

Finalmente, el artículo 80, en su número primero, párrafo tercero, dispone que en los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

De los tres preceptos citados, que debemos completar con la previsión contenida en el artículo 59 (en el que se establece el derecho y la obligación de los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar, o no vivan con el hijo menor, de «*visitarlo y relacionarse con él*» –apartado b), se desprende, en la posición que ostenta el recurrente, que el padre tiene el derecho –un derecho-deber, en realidad– a relacionarse con el hijo.

Y para la efectividad del mismo el artículo 80.2 mencionado por la parte contempla, en los casos de concesión de la custodia individual a favor de uno de los

progenitores, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro que le garantice –señala la norma– el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa la sentencia recurrida valora la concurrencia de dos circunstancias relevantes al resolver –y denegar– el establecimiento de una concreta forma –poder disponer del número de teléfono del menor– para la efectividad de la relación y comunicación entre ambos; por un lado la edad del joven, que contaba a la sazón 17 años, y por otro la condena del recurrente por maltrato a su hijo. En atención a las mismas se ha considerado –en las dos instancias– que era el menor quien debía decidir el modo de relacionarse con su padre, y que no convenía imponer para ello, judicialmente, un régimen preestablecido y tasado como el solicitado por el recurrente.

Esta decisión, como señala el Ministerio Fiscal, no infringe en modo alguno los preceptos ya mencionados porque tanto la edad del hijo, próximo a alcanzar la mayoría de edad, como la condena penal antes detallada, justifican que sea el joven quien libremente decida la forma de hacer efectivo lo que constituye para ambos, no solo para el padre, el derecho-deber de relación entre padre e hijo.

La situación de un menor de más de doce años de edad –con la relevancia que a ello otorga el art. 6 CDFA–, e incluso mayor de catorce años, es bien distinta de la de un menor de corta edad que no tiene capacidad suficiente para organizar y decidir por sí solo la forma de comunicarse, visitar y relacionarse con sus progenitores.

En efecto, en este último caso puede ser preciso concretar los cauces para facilitar el contacto paterno-filial, aunque no necesariamente convendrá establecer, en todos los supuestos, un régimen mínimo

de comunicaciones telefónicas –así se entendió por esta Sala en sentencia de 13 de julio de 2012, en la que se consideró que del texto del art. 79.2.a) CDFA *no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y frecuencia con la que han de verificarse las llamadas*; en el caso allí enjuiciado se alegaba por el padre que la madre no atendía las llamadas que realizaba el padre desde el extranjero e impedía la comunicación de este con sus hijos, y aunque se entendió que esa circunstancia no había quedado acreditada, no se accedió a una determinación del modo y frecuencia con que habían de verificarse las llamadas–.

Sin embargo, la valoración es diferente si nos hallamos ante un mayor de catorce años. Así, en la sentencia de este Tribunal de 16 de octubre de 2012, en un supuesto en el que se había acordado que el régimen de visitas del padre con sus hijas –gemelas de quince años de edad– fuese el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos, se razonó que no debía imponerse un sistema rígido de visitas en contra de la voluntad de unas menores que contaban ya quince años, y que este acuerdo adoptado en la instancia no infringía los artículos 59 y 60 CDFA.

El recurrente alude a la necesidad de ejercer las funciones propias de la autoridad familiar, pero no expresa en qué aspectos se ha visto privado del concreto ejercicio de la misma. Y la realidad es que no consta que la toma de decisiones se haya visto obstaculizada por el hecho de no haberse fijado a su favor un determinado régimen de visitas o comunicación, lo que, en este caso, se halla además plenamente justificado por las circunstancias tomadas en consideración en la sentencia recurrida.

Y junto a ello, con no inferior relevancia, se encuentra el hecho de la condena penal por maltrato al hijo, por la que el padre llegó a cumplir pena de prisión. El menor, en fin,

tiene edad suficiente para determinar por sí solo, después de la difícil experiencia sufrida, cómo desea relacionarse con su padre, sin que resulte aconsejable imponer judicialmente la forma de hacerlo; será el hijo quien libremente lo decida, de la manera que estime conveniente. Así se ha acordado en la sentencia de instancia, sin privar al recurrente de la comunicación con su hijo, y esta decisión, como se ha razonado, no infringe los artículos 60, 79.2 y 80 CDEFA en que se funda el recurso de casación.

Por lo expuesto, procede la desestimación del motivo y, en consecuencia, 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 art. 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 don Adriano contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de septiembre de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

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. 20

*S. TSJA 17/2013, de 13 de marzo de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Interés casacional:** *La recurrente, que interpuso el recurso por ser el objeto de cuantía inestimable y por concurrir interés casacional, alega nuevamente este último como motivo segundo. Como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en ocasiones anteriores, el interés casacional no es, en realidad motivo alguno que pueda fundar un recurso de casación sino un presupuesto habilitante de la recurribilidad de la sentencia. Dispone el art. 477.1 Lec. que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Por lo que hace a la casación aragonesa, tanto si la cuantía excede de 3.000 euros o es inestimable, como si concurre interés casacional, la sentencia será recurrible, pero no cabe que éste se invoque como motivo de recurso, de modo que no se entrará en su examen.*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho transitorio:** *La Sala, con cita de las Ss. de 18/4/2012 y 9/4/2012, recuerda que, según la DT 6ª CDEFA, la mera solicitud de custodia compartida permitía solicitar la revisión de la medida de guarda y custodia en el plazo de un año para todas las adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley 2/2010 (el 8 de septiembre de 2010) sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. Y añade que, de lo expuesto se deriva que, pasado el año de vigencia de la nueva regulación, deja de ser causa de revisión de las medidas acordadas la mera solicitud de custodia compartida: a dicha revisión, como a la de cualquier otra*

*medida, le es de aplicación el precepto del art. 79.5 del CDFA. Por tanto, la norma contenida en la DT no establece un plazo preclusivo para ejercitar la pretensión de custodia compartida, sino que opera en el único sentido de excluir, en ese período de tiempo, la exigencia de que se acredite un cambio relevante de circunstancias. MEDIDAS JUDICIALES: Modificación: El establecimiento de la custodia compartida solicitada rebasado el plazo de un año desde la vigencia de la Ley 2/2010 (el 8 de septiembre de 2010) no comporta infracción de la DT 6ª CDFA. Pasado el año de vigencia de la nueva regulación, a la revisión de la medida de guarda y custodia, como a la de cualquier otra medida, le es de aplicación el art. 79.5 CDFA que exige que se acredite un cambio relevante de circunstancias. En el caso de autos, es patente el cambio de circunstancias, pues la menor ha pasado de niña (10 años) a adolescente (14 ha cumplido).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 477.1 Lec., art. 79.5 y DT 6ª CDFA.

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 55/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 18 de octubre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 113/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 589/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, Dª Mely Luisa G. T., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Laura Tomás Sabio y dirigida por el Letrado D. José Luis Moreno Puchol, y como parte recurrida D. Gonzalo Lino Q. S., representado por el Procurador de los Tribunales D. Oscar Echarte Buil y dirigido por el letrado D. Alfonso Martín Herrero, ambos designados en turno de oficio, siendo parte el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 55/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Laura Tomás Sabio en nombre y representación de Dª Mely Luisa G. T., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha 18 de octubre de 2012, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

#### NÚM. 21

*A. TSJA de 14 de marzo de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Costas: La STSJA de 5/2/2013 dictada en el presente procedimiento no recogió pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal que se formuló conjuntamente con el recurso de casación. Al haber sido desestimadas todas las pretensiones sostenidas en dicho recurso por la parte recurrente, por aplicación del art. 398.1 Lec. procede imponerle el pago de las costas causadas por el recurso por infracción procesal, como aclaración complementaria del fallo de dicha sentencia.**

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Ignacio Pastor Eixarch.

#### NÚM. 22

*S. TSJA 18/2013, de 25 de marzo de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ÁMBITO**

DE APLICACIÓN DE LA SEC. 3ª: **Falta de convivencia previa entre los padres:** *La referencia literal a la «ruptura de la convivencia de los padres» en los arts. 75 y ss. CDFa permitiría sostener que quedan fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos las situaciones de falta de convivencia previa de los progenitores. Ahora bien, si no parece dudoso que ello vale para determinadas reglas, como las del art. 83 (asignación compensatoria) no se aprecia fundamento para excluir, a priori, la aplicabilidad de otras que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y el de éstos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. En estas otras normas, no hay razón que abone la consideración de la previa convivencia como presupuesto necesario. Ello no significa que esa ausencia de convivencia entre los padres y de éstos conjuntamente con sus hijos, no pueda tenerse en cuenta a la hora de determinar qué es lo más conveniente al interés del menor.* **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida:** *El TSJA reproduce la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 80.2 y la preferencia del sistema de custodia compartida que sistematiza en la S 4/2012, de 1 de febrero. Y añade que la aptitud como padre no es el único elemento que ha de ser tomado en consideración para resolver litigios sobre la guarda y custodia de los hijos. Cabe que un progenitor reúna condiciones para el ejercicio de la guarda y custodia y sin embargo, concurren otros factores que lleven al tribunal a la convicción de que en este concreto supuesto conviene mejor al menor la custodia individual. En tal caso, el art. 80.2 impone al juzgador que así lo acuerde. La decisión finalmente adoptada en este caso se apoya en la preferencia manifestada por la niña de once años de edad y en el informe pericial. En suma, ha primado el interés de la menor; que en el caso coincide con el mantenimiento de su statu quo; con su estabilidad. La opinión de los menores:*

*No es cierto, como afirma el recurrente, que la decisión sobre el régimen de custodia se haya dejado en manos de la menor. En efecto, la preferencia manifestada por una niña de once años de edad siempre ha de ser tomada con prudencia, pero es al juzgador a quien corresponde ponderar su capacidad y grado de discernimiento, que es lo que se ha hecho en el supuesto que examinamos. Sucede, además, que la decisión finalmente adoptada no solo se apoya en el manifestado deseo de la niña, sino también en el informe pericial, que recomienda que aquella permanezca con su madre.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 75.1, 76.3, 80.2 CDFa.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Actor y demandada tuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació la menor S el día 20 de julio de 2002. La filiación se determinó respecto del padre por sentencia de 16 de diciembre de 2005, en la que se otorgó la guarda y custodia de la menor a la progenitora. En la demanda origen de las presentes actuaciones se instó la modificación de medidas acordadas en dicha sentencia solicitándose la guarda y custodia compartida de la menor.

La sentencia del juzgado de primera instancia, de 6 de marzo de 2012, estimó íntegramente la demanda.

Formulado recurso de apelación por la demandada, al que se adhirió la representante del Ministerio Fiscal, la sentencia de la Audiencia Provincial de 7 de noviembre de 2012 revocó la anterior, manteniendo la guarda y custodia de la niña a favor de la madre y estableciendo un régimen de visitas a favor del padre.

**Segundo:** La sentencia objeto de impugnación, después de recoger la doctrina sentada por esta Sala en relación con la custodia compartida, hace referencia a las pruebas sobre las que se asienta su decisión. Primeramente, al informe psicosocial, del que destaca la importancia que tiene en este tipo de procedimientos, y que es favorable a la custodia individual para la madre. Y después, pondera la prueba (practicada en la segunda instancia) de exploración de la niña, expresando que se trata de una niña con juicio y madurez suficientes, con muy buena relación con ambos progenitores, y que desea permanecer bajo la custodia de la madre y con visitas intersemanales. De todo ello concluye que en el supuesto la custodia individual se revela como más adecuada y beneficiosa para la menor, por lo que procede declarar así.

Frente a dicha sentencia se alza el presente recurso de casación, en el que se alega vulneración de los artículos 75 a 83 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) si bien el desarrollo del recurso se centra en la supuesta infracción del artículo 80.2.

**Tercero:** El precepto del artículo 80.2 que se invoca como infringido se ubica en la Sección Tercera del Capítulo Segundo del Título Segundo del CDFA, que incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, expresándose en el Preámbulo de aquel que, *recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores*. Y tiene por objeto, según se expresa en el artículo 75.1, *regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores*.

Conviene, en consecuencia, comenzar precisando si los preceptos contenidos en la referida Sección son o no de aplicación a los supuestos en los que, como el presente, no ha habido convivencia previa de los progenitores (circunstancia que no se pone de relieve en las sentencias de instancia pero que el propio recurrente en casación refiere en el presente recurso como ya hizo en su demanda inicial).

Las expresiones literales que acabamos de reproducir permitirían sostener que quedan fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos tales situaciones de falta de convivencia previa. Ahora bien, si no parece dudoso que ello vale para determinadas reglas, como las del artículo 83 (asignación compensatoria) no se aprecia fundamento para excluir, *a priori*, la aplicabilidad de otras que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y el de éstos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. En estas otras normas, no hay razón que abone la consideración de la previa convivencia como presupuesto necesario. Ello no significa que esa ausencia de convivencia entre los padres y de éstos conjuntamente con sus hijos, no pueda tenerse en cuenta a la hora de determinar qué es lo más conveniente al interés del menor.

Desde esta perspectiva abordaremos el problema que aquí se nos somete.

**Cuarto:** El artículo 80.2 del CDFA establece, efectivamente, la preferencia del sistema de custodia compartida de los progenitores respecto a sus hijos menores: *«El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores»*, que el mismo precepto pormenoriza. Este tribunal se ha pronunciado en varias sentencias acerca de la aplicación de dicho

criterio de preferencia, en forma que sistematiza la Sentencia 4/2012, de 1 de febrero: «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos 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».

**Quinto:** En realidad, en el presente curso de casación, aparte de las expresiones que se dedican a recordar las bondades del régimen de custodia compartida –lo que nada aporta, pues precisamente la ley lo establece como preferente– y a destacar la aptitud y la implicación del padre en su labor como tal, se disiente de la valoración

de la prueba llevada a cabo en la sentencia recurrida. Así, se nos dice que las «presuntas preferencias» manifestadas por la menor en la exploración judicial, deben ser tomadas con cierta prudencia, y que se trata de una decisión de gran calibre que no debe dejarse en manos de una menor. Asimismo, en relación con la prueba pericial practicada, expresa que del artículo 80.3 no se desprende que las recomendaciones de los informes sean vinculantes, y que de los emitidos no puede concluirse que el padre no sea idóneo para el ejercicio de los roles parentales.

Olvida la recurrente que la aptitud como padre no es el único elemento que ha de ser tomado en consideración para resolver litigios de la naturaleza del que nos ocupa. Cabe que un progenitor reúna condiciones para el ejercicio de la guarda y custodia y sin embargo, concurren otros factores que lleven al tribunal a la convicción de que en ese concreto supuesto conviene mejor al menor la custodia individual. En tal caso, el artículo 80.2 impone al juzgador que así lo acuerde.

**Sexto:** El art. 76.3 del CDFA concreta en el derecho aragonés de la persona el principio de igualdad del artículo 14 CE. Se pretende con ello impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado. Es decir, no se trata de establecer una igualdad a ultranza, pues a ella se superpone siempre el interés del menor cuya atención puede exigir un trato desigual de los progenitores. En el preámbulo del Código se señala como una de las razones de la opción legal, la de permitir una mejor aceptación, por parte de los hijos, de la nueva situación familiar, lo que parece partir de la base (inexistente en el caso que nos ocupa) de que ha habido una situación familiar anterior en la que los hijos gozaban de la convivencia con sus padres conjuntamente. Y ello se alcanza a través de la previsión del

artículo 80.2, que incorpora un cambio en el sistema tradicional de custodia individual, normalmente a favor de la madre.

No es cierto, como afirma el recurrente, que la decisión sobre el régimen de custodia se haya dejado en manos de la menor. En efecto, la preferencia manifestada por una niña de once años de edad siempre ha de ser tomada con prudencia, pero es al juzgador de instancia a quien corresponde ponderar su capacidad y grado de discernimiento, que es lo que se ha hecho en el supuesto que examinamos. Sucede, además, que la decisión finalmente adoptada no solo se apoya en el manifestado deseo de la niña, sino también en el informe pericial, que recomienda que aquella permanezca con su madre, de la que dice que es la figura principal de referencia dentro de su mundo emocional. En suma, ha primado el interés de la menor, que en el caso coincide con el mantenimiento de su *statu quo*; con su estabilidad. Y habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso, parece coherente esa apreciación.

Por lo demás, hemos de recordar que, conforme a consolidada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en nuestra Sentencia 44/2012, de 26 de diciembre, «*Lo que el motivo de casación efectivamente ataca es la apreciación de la prueba efectuada por la Sala de instancia (que ni aparece como irracional ni el recurrente lo manifiesta así mediante la articulación del correspondiente motivo de infracción procesal) y en virtud de la cual ha llegado a la convicción de que en el caso la custodia individual conviene más al interés de la menor. Se olvida así que la casación no es una tercera instancia y en ella no cabe una nueva valoración del material probatorio reunido, ni una revisión de la ya efectuada en la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo ha destacado de forma reiterada «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, lo que, se insiste, exige plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, sin someter a la Sala valoraciones particulares a partir de los hechos que interesan al recurrente, pues en tales casos no subyace en puridad el conflicto jurídico que justifica el recurso de casación, en atención a sus funciones y finalidades» –por todas, sentencia de 23 de enero de 2012–.*».

No existe, en consecuencia, infracción de norma jurídica en la sentencia recurrida, por lo que el recurso se desestima.

**Séptimo:** La naturaleza del asunto debatido así como el hecho de haberse resuelto en las dos instancias en sentido distinto, con una valoración de la prueba diferente, aconseja en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 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 presente recurso de casación núm. 60/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Amador Guallar, en nombre y representación de D. Salvador, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección Segunda, de fecha 7 de noviembre de 2012, sin imposición de costas.

#### NÚM. 23

A. TSJA de 15 de abril de 2013

**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 formulando simultáneamente recurso de casación, razón por la que la Sala de lo Civil del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso extraordinario por infracción procesal, así se declara, y al haber ya sido interpuesto el recurso se dicta auto absteniéndose de conocer del mismo, disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso ante el Tribunal Supremo (arts. 73.1 y 56.1 LOPJ, DF 16ª, apartados 1 y 2, y art. 62 Lec.).*

PONENTE: Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

**CIONES FAMILIARES: Libertad de forma:** *Ni el padre ni la madre propusieron un específico plan de relaciones familiares bajo tal denominación formal. Lo cual, sin embargo, no impide concluir que el padre sí concretó con claridad cuál iba a ser el sistema de futura convivencia que proponía, porque en el suplico de la demanda expuso con el detalle necesario cómo consideraba y solicitaba que debiera ser la relación entre los familiares afectados, padre, madre e hijo menor. La falta de nominación específica como «plan de relaciones familiares» no puede conllevar la imposibilidad de pronunciamiento sobre la relación sustantiva que es origen del plan, porque ello supondría un formalismo contrario a la efectiva decisión judicial sobre el fondo del asunto.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2.

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

#### NÚM. 24

S. TSJA 20/2013, de 29 de abril de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Interés del menor:** *Cualquier decisión sobre establecimiento o cambio del régimen de custodia inicialmente establecido, supone un cambio al que deberá adaptarse el menor y comportará consecuencias siempre trascendentales para él, algunas favorables y otras desfavorables. Pero no por ello cabe concluir apriorísticamente que deba mantenerse al niño de modo permanente en el régimen de custodia inicialmente establecido. Antes bien, el Tribunal debe valorar si en el caso concreto, atendidas las circunstancias específicas concurrentes, el cambio de régimen de custodia, puede realmente suponerle perjuicios tan superiores a los beneficios que lo hagan desaconsejable. Igualmente, en el establecimiento inicial el Tribunal ha de determinar el sistema más beneficioso, o menos perjudicial, para el menor. La opinión de los menores: La corta edad del niño, que contaba con seis años cuando fue hecha la exploración, relativiza en gran medida el resultado de esta prueba. PLAN DE RELACIONES FAMILIARES:*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 58/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 18 de septiembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 352/2012, dimanante de autos de modificación de medidas número 347/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, Dª Mª Teresa C P, representada por el Procurador de los Tribunales Dª Ana Silvia Tizón Ibáñez y dirigida por la Letrada Dª Mª Cristina Ruiz-Galbe Santos y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y D. Juan Ignacio P V, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Arantxa Novoa Mínguez y defendido por el letrado D. Álvaro Lasala Lobera.*

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos por infrac-

ción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa C P contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 30 de octubre de 2012.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación, sin hacer expresa imposición de las producidas por el recurso por infracción procesal.

25

NÚM. 25

S. TSJA 21/2013, de 30 de abril de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: EL arraigo social y familiar de los hijos: La mayor vinculación de los menores con la madre, fruto de la previa situación de convivencia de los menores con ella, no ha perjudicado la relación con el padre, que es muy buena, y permite ahora, pese a la oposición de la madre, un cambio al régimen de custodia compartida. La opinión de los menores: La opinión de los menores, que cuentan 11 y 9 años de edad en la actualidad, debe ser valorada con prudencia. En este sentido esta Sala ha indicado que la opinión de los menores, especialmente en esta franja de edad, no es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 CDFA, no tienen plena capacidad de obrar, si bien es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión –STSJA de 24 de julio de 2012 y, en el mismo sentido, la de 25 de marzo de 2013. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres: Cuando ambos padres trabajan con horarios de mañana y tarde, y ambos necesitan el apoyo familiar para el cuidado de los menores, con disposición de buenas redes de apoyo en los**

*dos progenitores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral son un factor que no resulta determinante para el mantenimiento de la custodia a favor de la madre (frente a la preferencia legal por la custodia compartida). Preferencia de la custodia compartida: Se reiteran y transcriben los criterios fundamentales sentados por el TSJA para interpretar la preferencia legal por la custodia compartida enumerados en la STSJA de 1/2/2012. Se reitera también que «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» (SS de 18 de abril y 27 noviembre 2012). Y no concurriendo en el caso elementos suficientes para considerar la custodia individual a favor de la madre como más conveniente para el interés de los menores, no se justifica suficientemente el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida llevado a cabo por la sentencia recurrida, por lo que se estima el recurso de casación y se establece la custodia compartida.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García Atance.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Don Antonio-Pablo G. R. y doña María-Pilar M. G. contrajeron matrimonio en Catalunya el día 2 de octubre de 1999. En previsión de dicho enlace, mediante escritura de capitulaciones matrimoniales de 30 de septiembre de 1999, ambos pactaron para su matrimonio el régimen de separación de bienes.

El matrimonio tuvo dos hijos, Eva y Antonio G. M. nacidos, respectivamente, el 16 de julio de 2001 y el 13 de marzo de 2004.

Los cónyuges promovieron un primer procedimiento de separación –autos de separación de mutuo acuerdo núm. 252/2007 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Calatayud–, en el que se dictó sentencia de 30 de octubre de 2007 aprobando un convenio regulador que, en lo que ahora interesa, acordaba que los menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, atribuía el uso del domicilio familiar –privativo del marido– a la esposa e hijos y fijaba además una pensión de alimentos a favor de los menores y a cargo del padre de 450 euros.

El 13 de diciembre de 2010 don Antonio-Pablo G. R. interpuso demanda de divorcio en solicitud de la guarda y custodia compartida de los menores, con asunción por los progenitores de los gastos ordinarios que excedan de la alimentación e higiene personal, y de los gastos extraordinarios necesarios, en proporción a sus recursos económicos –que el actor considera en su demanda similares–, y con atribución del uso de la vivienda familiar al propio demandante, en tanto que bien privativo de su propiedad.

Doña María-Pilar M. G. se opuso a la petición de custodia compartida y solicitó el mantenimiento de las medidas adoptadas en el anterior procedimiento de separación; en su defecto, que se acordara la custodia compartida por meses naturales alternos, residiendo cada progenitor con los hijos en el domicilio familiar, de forma que se atribuiría a los menores el uso del mismo, y asumiendo cada progenitor los gastos que se produjeran en la vida ordinaria de los hijos durante el periodo que estén en su compañía, y pagando por mitad los gastos de educación y clases extraescolares.

En la sentencia de primera instancia, de fecha 30 de marzo de 2012, se mantuvo

la medida de guarda y custodia de los menores concedida a la madre. Del informe social se destaca que en él se aconseja la guarda y custodia compartida por periodos quincenales o mensuales, teniendo en cuenta que ambos progenitores tienen fuertes vínculos afectivos con los niños y con el fin de favorecer la relación entre ellos en condiciones de igualdad. También se detalla, del mismo informe, que la niña afirma estar bien como está y el niño dice que le gustaría estar como antes, es decir, con sus padres viviendo juntos. Respecto al informe de la psicóloga adscrita al Juzgado, se indica que en él se recomienda el mantenimiento del sistema de guarda y custodia del procedimiento de separación, con una ampliación del régimen de visitas respecto al progenitor no custodio. En ambos informes se pone de manifiesto que los dos progenitores ofrecen posibilidades de organización y disponibilidad cotidiana, y que los menores mantienen una vinculación satisfactoria con cada uno de ellos. Sin embargo, se expresa en la sentencia, hay razones que justifican la denegación del sistema de guarda y custodia pretendido por el padre, en concreto que el motivo de su discrepancia es el desacuerdo económico de las partes, derivado de un piso, porque de haberse alcanzado dicho acuerdo, ambos habrían aceptado un sistema de organización de la custodia a favor de la madre, con un reparto de tiempo más equitativo entre ellos. Por lo demás, en la sentencia se mantuvo también la atribución a la madre y a los hijos del uso del domicilio familiar, así como la pensión de alimentos a cargo del padre, en una cuantía actualizada de 475 euros mensuales.

El Sr. G. interpuso recurso de apelación que fue resuelto por sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de octubre de 2012, en la que se mantuvieron todos los pronunciamientos de la sentencia apelada a excepción del tiempo de atribución del

uso de la vivienda familiar, que se limitó a cinco años.

Respecto a la guarda y custodia de los menores, en esta segunda sentencia se expone que la psicóloga aconseja un reparto de tiempo de custodia individual, con ampliación del régimen de comunicaciones otorgado al padre, sistema que se considera el más adecuado para preservar el interés de los hijos. Las circunstancias expresadas en la sentencia son las siguientes: El sistema de visitas a favor del padre se ha venido desarrollando con regularidad y un positivo nivel de colaboración. Del padre se destaca que regenta un negocio de hostelería con horario laboral de lunes a sábado, de 9.30 a 16.30 horas, y por las noches acude al establecimiento si quiere –según su manifestación–, si bien según un testigo, acude todos los días por la noche a buscar a su madre, cenar, ver la TV y alguna vez «a preparar algún postre». Y para el cuidado de sus hijos cuenta con el apoyo de su madre y hermano. De la madre se indica que tiene una tienda de ropa infantil, de su propiedad, con jornada laboral de lunes a sábado, de 10 a 13.30 horas y de 16.30 a 20 horas. Las tardes que tiene con ella a sus hijos no va a trabajar, dejando en la tienda a personas contratadas, y para el cuidado de los hijos cuenta también con el apoyo de su madre y de su hermana.

De los hijos se destaca que están bien adaptados a su situación familiar y entorno habitual, manteniendo buena relación con los dos progenitores, si bien tienen una especial unión con su madre. De la exploración practicada en segunda instancia, Eva expone que le parece injusto que estén más tiempo con su madre, considerando preferible una estancia con su padre desde el jueves por la tarde hasta el lunes por la mañana, lo mismo que su hermano Antonio. La trabajadora social aconseja un régimen de guarda y custodia compartida, pero en la sentencia se considera más adecuado el que

aconseja la psicóloga, de custodia a favor de la madre. Asimismo se destaca que las partes no han podido llegar a un acuerdo sobre la custodia por motivos económicos, pues de haberse alcanzado el mismo, ambos habrían aceptado un sistema de organización del tiempo con un reparto más equitativo entre los padres.

**Segundo:** Don Antonio-Pablo G. R. ha interpuesto recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en apelación, si bien solo se ha admitido a trámite el motivo único del recurso de casación deducido por la parte, en el que se invoca la infracción del art. 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, por no haberse respetado la preferencia que impone dicho precepto respecto al régimen de custodia compartida.

En fundamento del mismo sostiene que a la vista de toda la prueba obrante en autos no existe ni un solo impedimento en los informes social y psicológico que desaconseje la aprobación del régimen de guarda y custodia compartida solicitado por el recurrente, de forma que se ha acordado la custodia individual a favor de la madre contraviniendo la opción establecida legalmente y la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre la custodia compartida. El Sr. G. pone de manifiesto que ambos progenitores tienen aptitud y están capacitados para asumir la guarda y custodia de los menores, y la opinión de estos se muestra igualmente favorable a la medida. Por ello solicita que se adopte la misma tal y como fue interesada en el pacto de relaciones familiares, es decir, por periodos semanales o, alternativamente y tal y como expone el informe social, por periodos quincenales o mensuales, con el resto de las medidas igualmente recogidas en el referido pacto de relaciones familiares.

El Ministerio Fiscal apoya el recurso de casación por entender que se ha infringido

el art. 80.2 CDFA, y solicita que se adopte la custodia compartida de los hijos comunes en los términos solicitados por el padre recurrente. Considera que el argumento fundamental de la sentencia *a quo* para rechazar la custodia compartida parece que se encuentra en el uso y disposición de la vivienda familiar (usada por la madre y propiedad exclusiva del padre), y «La sentencia *a quo* parece concebir la custodia individual a favor de la madre (en contra del criterio preferente de la custodia compartida del Art. 80.2 CDFA: presunción *iusuris tantum*) como «sanción» al padre y un beneficio para la madre al no haber querido o podido acordarse el tema de dicha vivienda. Pero siendo cierto que la vivienda familiar es siempre un tema tremendamente relevante en toda crisis matrimonial, ello nunca debe ser pretexto para obviar la aplicación del Art. 80.2 CDFA».

Doña María Pilar M. G. se opone al recurso de casación. Expone que el sistema de custodia compartida no puede ser de aplicación automática, y en el caso enjuiciado la Audiencia ha razonado de forma más que suficiente la mayor conveniencia de la custodia individual a favor de la madre, porque solo el informe de la trabajadora social recomienda el régimen de custodia compartida, mientras que la psicóloga prefiere mantener el sistema de custodia individual, ampliando el régimen de visitas del progenitor no custodio. Y consta además que los menores tienen una fuerte vinculación con su madre, quien representa para ellos la principal figura de su mundo afectivo, proporcionándoles en mayor medida la seguridad y estabilidad que ha requerido su desarrollo. Expone también que los horarios laborales del padre no le permiten estar con sus hijos a la hora de comer y de cenar. Finalmente, alega que la causa por la que el recurrente interesa esta modificación es exclusivamente la relativa al uso del domicilio familiar, para poder liberarlo del uso atribuido a la madre.

**Tercero:** Los criterios fundamentales sentados por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para interpretar dicha preferencia legal están enumerados en la sentencia de 1 de febrero de 2012, que ha sido citada en numerosas resoluciones posteriores: «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas:

a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011);

b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011);

c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos 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».

Además, se ha expresado: «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» –sentencia de 18 de abril de 2012, núm. 17/2012, (recurso 31/2011), y sentencia de 27 de noviembre de 2012–.

La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el artículo 80.2 CDFEA evidencian, por lo que luego se dirá, que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual a favor de la madre como más conveniente para el interés de los menores, por lo que no se justifica suficientemente el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida.

Ya se han detallado las razones en las que la sentencia impugnada fundamenta el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre consistentes, en síntesis, en la buena adaptación al régimen de custodia mantenido hasta el momento, la mayor vinculación afectiva con la figura de la madre y la existencia de una discrepancia económica acerca del domicilio familiar que ha impedido alcanzar un acuerdo sobre la organización del tiempo de relación de los padres con los menores.

Para resolver correctamente sobre el motivo único del recurso de casación foral interpuesto hay que partir del presupuesto que resulta de los dos informes obrantes en las actuaciones y, en general, de todos los elementos de prueba tomados en consideración en las sentencias de instancia, cual es la capacidad y aptitud de ambos progenitores para poder asumir el cuidado y atención de los menores.

Así, en la sentencia de primera instancia se destaca que los dos «ofrecen posibilidades de organización y disponibilidad cotidiana. Y los menores según los informes mantienen una vinculación satisfactoria con cada uno de ellos, no presentando ninguno condicionamientos psíquicos negativos para el cuidado y atención de los hijos menores de edad». Y en la sentencia de apelación se indica que no se detectan «déficits en los cuidados y atenciones proporcionados en sus entornos habituales de vida, con su madre y con su padre, con quienes mantienen una muy buena relación, teniéndoles adecuadamente reconocidos como figuras de identificación parental, aunque con especial unión a su madre [...]».

También la aptitud y capacidad de ambos se evidencian en las conclusiones de los expresados informes, porque la trabajadora social entiende como más conveniente la guarda y custodia compartida por periodos quincenales o mensuales, con un sistema de visitas para el progenitor no custodio en ese momento de fines de semana alternos y tardes entre semana, mientras que la pericial psicológica, que no llega siquiera a calificar su propuesta, concluye recomendando un reparto del tiempo consistente en que pasen junto a su madre los periodos lectivos entre semana, salvo dos tardes en que permanezcan junto a su padre, y compartan el tiempo restante de fines de semana, siendo esta propuesta un mínimo de obligado cumplimiento que se podrá ampliar en función del acuerdo entre los progenitores y los deseos de los niños. Es importante destacar, como ya se puso de relieve en la sentencia de primera instancia, que este último informe parte de un error al valorar la propuesta de custodia realizada por el padre, porque la perito considera –incorrectamente– que este progenitor solicitó que los menores permanecieran en el domicilio familiar y que fuesen los padres los que

se alternaran en él en función de las semanas de custodia, cuando esta fue una propuesta realizada subsidiariamente por la madre.

Es cierto que en los informes –como se indica en la sentencia recurrida– se alude a una mayor vinculación de los menores con la madre –informe de la trabajadora social–, con quien se encuentran muy unidos y quien representa la principal figura de su mundo afectivo –informe de la psicóloga–. Pero esta circunstancia la trabajadora social no la considera relevante para descartar la custodia compartida, y por su parte la psicóloga plantea la conveniencia de ampliar el régimen de custodia por ella indicada, aunque lo supedita al acuerdo de los progenitores. En definitiva, la parte recurrente solicita la adopción de una custodia compartida en una situación de ruptura de la relación de pareja, en la que se parte de una previa situación de convivencia de los menores con la madre que aunque ha fortalecido lógicamente su unión con ella, sin embargo no ha perjudicado la relación con el padre, que es muy buena, y permite ahora un cambio en el régimen de guarda respecto al mantenido desde la separación de los padres que tuvo lugar en 2007.

Por otra parte la opinión de los menores –art. 80.2.c) CDFa–, que cuentan 11 y 9 años de edad en la actualidad, debe ser valorada con prudencia, en una situación en la que no se han manifestado concluyentemente en contra de la custodia compartida, e incluso la mayor ha expresado que le parece injusto que estén más tiempo con su madre, tal y como se destaca en la sentencia recurrida. En este sentido esta Sala ha indicado que la opinión de los menores, especialmente en esta franja de edad, no es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 del CDFa no tienen plena capacidad de obrar, si bien es un fac-

tor de relieve a la hora de adoptar la decisión –STSJA de 24 de julio de 2012 y, en el mismo sentido, sentencia de 25 de marzo de 2013–.

En cuanto a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres –art. 80.2.e) CDFa– en la sentencia recurrida se detallan sus horarios de trabajo, anteriormente transcritos –de mañana hasta las 16.30 horas y noche, a la hora de la cena, el padre, y de mañana y tarde la madre–, y ambos necesitan del apoyo de familiares para el cuidado de los menores, tal y como se indica en el informe de la trabajadora social, en el que se alude a la disposición de buenas redes de apoyo en los dos progenitores, por lo que tampoco este factor resulta determinante para el mantenimiento de la custodia a favor de la madre.

Y finalmente, el desacuerdo de los padres acerca de la venta de la vivienda familiar, que puede subyacer en la controversia planteada, no debe sin embargo condicionar la concesión o denegación de la medida de custodia interesada, la cual se ha de resolver en atención a los criterios y factores previstos en el art. 80 del CDFa, tal y como expone el Ministerio Fiscal en apoyo del recurso de casación del Sr. G.

Por lo expuesto, se debe estimar el motivo único del recurso de casación interpuesto, porque de las pruebas tomadas en consideración por la Sala de Instancia –de cuya valoración parte este Tribunal– no se desprende que en este caso convenga al interés de los menores la custodia individual, en lugar de la compartida, que es el régimen preferente.

**Cuarto:** Procede concretar ahora, por la estimación del recurso, las medidas específicas que deben ser observadas, siguiendo en lo posible el pacto de relaciones familiares propuesto por el demandante y los acuerdos alcanzados por las partes en el anterior procedimiento de separación, con las

necesarias adaptaciones derivadas del tipo de custodia que luego se indicará, sin perjuicio de su modificación por los dos progenitores si así lo estiman conveniente.

1.—Se acuerda que la guarda y custodia de los menores será compartida, por periodos mensuales, con ejercicio compartido de la autoridad familiar. La parte demandante solicita una custodia compartida semanal, pero la trabajadora social propone como más beneficiosa, bien la guarda y custodia por quincenas, o bien por meses. La Sala considera preferible esta última, dada la edad de los menores y la mayor estabilidad que la misma les ofrece frente a la alternancia quincenal.

2.—En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, procede adoptar un sistema que se adecúe a la guarda y custodia mensual finalmente acordada. En concreto, los menores estarán en compañía del progenitor no custodio en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, a las 17.30 horas, hasta las 20.30 horas del domingo, y dos tardes entre semana en periodo escolar que serán los lunes y miércoles, desde la salida del colegio donde los recogerá el progenitor no custodio hasta las 20.30 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio.

Si alguno de los hijos padeciera alguna enfermedad que le impidiera las visitas y la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlo en el mismo durante una hora cada día, que señalará el progenitor custodio, de los que le correspondieran por el régimen de visitas expuesto. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre rendimiento escolar, ambos progenitores se comunicarán cualquier circunstancia que afecte al rendimiento escolar, comportamiento u otra relevante para la formación de los menores.

3.—En cuanto al régimen de convivencia extraordinario, y siguiendo en lo posible lo convenido en el anterior procedimiento de separación, procede que en el periodo de vacaciones escolares quede interrumpido el régimen de visitas, dividiéndose las vacaciones completas de Navidad en dos periodos de tiempo (el primero desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 31 de diciembre inclusive, y el segundo desde el 1 de enero por la mañana hasta el inicio del colegio), las vacaciones de Semana Santa en dos periodos iguales y claramente separados, y las vacaciones de verano, entendiéndose por tales los meses de julio y agosto, en cuatro periodos iguales por quincenas alternas.

Los años impares corresponderá la elección del periodo al padre y los años pares a la madre. Las entregas de los menores se realizarán en el domicilio del progenitor custodio.

Durante los periodos vacacionales en que ambos progenitores permanezcan en la ciudad de Calatayud, el progenitor que no permanezca con los hijos tendrá derecho a tenerlos en su compañía dos tardes por semana, que salvo acuerdo puntual en contrario, deberán ser los martes y los jueves, entre las 17 y las 20.30 horas en que deberán ser devueltos al domicilio del otro progenitor.

4.—Respecto a la vivienda familiar, propiedad del Sr. G., situada en Calatayud, calle..., el art. 81.1 del CDFa dispone que en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

El recurrente solicita que le sea otorgada a él la referida vivienda, esto es, pide



que no se realice la atribución del uso de la misma a la Sra. M. Las circunstancias que quedaron acreditadas en la instancia fueron las siguientes: los ingresos que figuran en la declaración de renta de 2009 del marido fueron de 1474 euros, «muy probablemente superiores», y los de la esposa de 1590 euros. Además, el Sr. G. compró en propiedad una segunda vivienda, en la que habita, tras su separación matrimonial, mientras que la esposa es copropietaria de una vivienda en Calatayud que carece de condiciones de habitabilidad y es utilizada como almacén, y nudo propietaria en Zaragoza, junto con su hermana, de una vivienda de la que es usufructuaria su madre. De todos estos hechos que constan expuestos en la sentencia recurrida se desprende que de los dos progenitores es la madre la que tiene, objetivamente, más dificultades de acceso a una vivienda, por lo que en aplicación de la regla prevista en el art. 81.1 CDFA se le debe atribuir a ella el uso de la vivienda familiar, en la situación acordada de custodia compartida, si bien conforme a la regla tercera del mismo artículo, limitando la duración de la misma a tres años desde la fecha de la sentencia recurrida, esto es, hasta el 30 de marzo de 2015.

5.—Los gastos de alimentación e higiene personal 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 restantes gastos ordinarios 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 aquel de ellos que decida efectuarlos.

**Quinto:** 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,

#### FALLO

**Primero:** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Antonio-Pablo G. R. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Teruel de Zaragoza, que casamos parcialmente en lo referente a las medidas establecidas en dicha resolución.

**Segundo:** En su lugar, acordamos las siguientes medidas:

1. Se acuerda que la guarda y custodia de los menores será compartida, por periodos mensuales, con ejercicio compartido de la autoridad familiar.

2. En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, los menores estarán en compañía del progenitor no custodio en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, a las 17.30 horas, hasta las 20.30 horas del

domingo, y dos tardes entre semana en periodo escolar que serán los lunes y miércoles, desde la salida del colegio donde los recogerá el progenitor no custodio hasta las 20.30 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio.

Si alguno de los hijos padeciera alguna enfermedad que le impidiera las visitas y la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlo en el mismo durante una hora cada día, que señalará el progenitor custodio, de los que le correspondieran por el régimen de visitas expuesto. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre rendimiento escolar, ambos progenitores se comunicarán cualquier circunstancia que afecte al rendimiento escolar, comportamiento u otra relevante para la formación de los menores.

3. En las vacaciones escolares quedará interrumpido el régimen de visitas, dividiéndose las vacaciones completas de Navidad en dos periodos de tiempo (el primero desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 31 de diciembre inclusive, y el segundo desde el 1 de enero por la mañana hasta el inicio del colegio), las vacaciones de Semana Santa en dos periodos iguales y claramente separados, y las vacaciones de verano, entendiéndose por tales los meses de julio y agosto, en cuatro periodos iguales por quincenas alternas.

Los años impares corresponderá la elección del periodo al padre y los años pares a la madre. Las entregas de los menores se realizarán en el domicilio del progenitor custodio.

No obstante, ambos comparecientes acuerdan dejar abierta la posibilidad de elección de uno y otro periodo en función de sus propias actividades laborales (con comprensión mutua), siempre y cuando medie entre ellos un preaviso mínimo de un mes de antelación a la fecha de las vacaciones escolares.

Durante los periodos vacacionales en que ambos progenitores permanezcan en la ciudad de Calatayud, el progenitor que no permanezca con los hijos tendrá derecho a tenerlos en su compañía dos tardes por semana, que salvo acuerdo puntual en contrario, deberán ser los martes y los jueves, entre las 17 y las 20.30 horas en que deberán ser devueltos al domicilio del otro progenitor.

4. Respecto a la vivienda familiar, propiedad del Sr. Guardiola, situada en Calatayud, calle..., procede atribuir el uso de la misma a doña María-Pilar M. G., limitando la duración hasta el 30 de marzo de 2015.

5. Los gastos de alimentación e higiene personal 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 restantes gastos ordinarios 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 aquel de ellos que decida efectuarlos.

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.

## NÚM. 26

S. TSJA 22/2013, de 20 de mayo de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: La contribución de los padres ha de ser proporcional a sus recursos. La jurisprudencia del TS sobre el principio de proporcionalidad del art. 146 Cc. (por todas STS 721/2011, de 28/10) es trasladable a la proporcionalidad del art. 82 CDFa. Se debe respetar la valoración de la prueba realizada por el Juez, sólo impugnabile en el recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del at. 469.1.4 Lec en el caso de resultar manifiestamente arbitraria e ilógica y, como señala el TS, el juicio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional. Modificación de la pensión: Para la reducción de la pensión del padre a los hijos han sido tenidos en cuenta en la sentencia recurrida los ingresos ahora percibidos por la madre (que se ha incorporado el mundo laboral al finalizar el plazo de la pensión compensatoria), de los que carecía en la situación anterior; así como, en otro sentido (más favorable), la reducción de gastos del padre y la atribución del uso de la vivienda a la madre y los hijos por un plazo mayor.**

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 79.5 y 82 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 61/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 13 de noviembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 336/2012, dimanante de autos*

*de Divorcio 120/2011 seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. Dos de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> Beatriz M. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Pilar Baigorri Cornago y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Begoña Cuenca Alcaine, y como parte recurrida D. José Antonio S. L., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Isabel Magro Gay y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Xenia Cabello Cánovas.*

[...]

## FALLAMOS

**Primero:** Desestimar el presente recurso de casación núm. 61/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Pilar Baigorri Cornago en nombre y representación de D<sup>a</sup> Beatriz M. G., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 13 de noviembre de 2012.

**Segundo:** Imponer las costas de este recurso a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

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

## NÚM. 27

A. TSJA de 5 de abril de 2013

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Adición de motivos de infracción procesal: Frente a lo resuelto en casos análogos, la Sala entiende que la competencia reconocida por la Ley Orgánica alcanza únicamente al recurso de casación foral, de manera que no cabe plantear un recurso extraordinario por infracción procesal ante este TSJ,**

*ni separadamente, ni acumulado al recurso de casación foral, sino únicamente la adición al recurso de casación de motivos de infracción procesal, según resulta del art. 73.1.a) LOPJ, DF 16<sup>a</sup>, núm.1, regla 1<sup>a</sup>, art. 478.1, párrafo segundo, Lec. y art. 1 Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa. Voto particular: los recursos de casación y de infracción procesal son independientes el uno del otro, y el TSJA tiene competencia para conocer de ambos en la medida en que la tiene para resolver el de casación.*

**PONENTE:** *Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.*

#### NÚM. 28

*A. TSJA de 6 de junio de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión de motivos:** *La Sala es competente para conocer del recurso de casación porque se funda, junto a otros motivos, en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad; y es igualmente competente para conocer de los motivos de infracción procesal. La sentencia es recurrible al ser de cuantía inestimable. Pero el recurso presentado se admite a trámite en cuanto a los tres primeros motivos de casación, y se inadmite en cuanto al cuarto y a los tres motivos de infracción procesal que pretenden en realidad una nueva valoración de la prueba. La valoración de la prueba es facultad de los tribunales de instancia, no revisable a través de los recursos extraordinarios, que no constituyen una tercera instancia.*

**PONENTE:** *Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.*

#### NÚM. 29

*S. TSJA 24/2013, de 17 de junio de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Interés casacional:** *Para justificar el interés casacional no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto idéntico al resuelto en la sentencia recurrida.*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ALIMENTOS LEGALES A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD: Aplicabilidad del art. 93.2 Cc.:** *No siendo de aplicación el art. 69 CDFA, la reclamación de alimentos entre parientes no necesariamente ha de hacerse en un proceso ad hoc interpuesto por el hijo, pues cabe también, si se dan los presupuestos para ello (convivencia en el domicilio familiar y carencia de ingresos propios), que los alimentos se fijen en el propio proceso de divorcio o de modificación de medidas al amparo de lo dispuesto en el art. 93.2 Cc. y así lo entendió esta Sala en su sentencia de 21/3/2012. Sin que sea un obstáculo para ello la referencia que se contiene en el inciso final del art. 69 CDFA al derecho del hijo a reclamar alimentos. En caso de ruptura de sus progenitores, él y sólo él estará legitimado para el ejercicio de la acción en reclamación de alimentos, si no convive en el hogar familiar. Pero, si no teniendo independencia económica permanece aún en el domicilio de uno de aquéllos, resulta de aplicación el art. 93.2 Cc. Aplicabilidad del art. 93.2 Cc.:* *Si el hijo mayor de edad no tiene independencia económica y permanece aún en el domicilio de uno de sus padres, de modo que su sostenimiento, aunque ya no entre dentro de los términos del art. 69 CDFA, constituye una carga, ese progenitor puede, porque así lo posibilita el art. 93.2 Cc., pedir y obtener en un proceso matrimonial frente al otro progenitor, la contribución que como alimentos para ese hijo dependien-*

te proceda establecer. No hay ninguna razón para excluir, para los aragoneses, la aplicabilidad de tal posibilidad procesal que evita litigios posteriores. Lo procedente en estos casos es mantener (en todo o en parte) la pensión cuando, solicitándolo la parte demandada, y continuando la referida situación de convivencia concurren las circunstancias que así lo justifican. De lo contrario debería declararse su extinción. **GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Hijos a cargo: Voto particular:** El art. 82.1 CDFa establece la obligación de los padres que no conviven de «satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a cargo», estos hijos son, sin duda, los sometidos a autoridad familiar; pero también, en especialidad propia del Derecho civil aragonés, los que, aun siendo mayores de edad y capaces, se encuentren en la situación prevista en el art. 69 CDFa, esto es, los hijos que, no habiendo terminado su formación carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación. Sólo cuando deje de existir esta obligación del art. 69 CDFa, más beneficiosa para el hijo, será de aplicación en Aragón la obligación de alimentos en sentido estricto de los arts. 142 y ss. del Cc., pero no por la vía procesal del art. 93.2 Cc., sino a petición directa del hijo a sus progenitores en procedimiento de alimentos. **GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Alimentos legales:** Distinción entre gastos de crianza y educación, por un lado, y alimentos en sentido estricto, por otro (STC 57/2005, de 14 de marzo, STS 30 marzo 2012, STSJA 12 mayo 2010). El art. 82 se refiere a los gastos debidos en cumplimiento del deber de crianza y educación (art. 65.1.b y c CDFa) a los hijos a cargo en caso de ruptura, no a los alimentos legales para hijos mayores. Normalmente los meros alimentos entre parientes son de un monto menor. Sin embargo, en el seno de un procedimiento matrimonial al amparo del art. 93.2 Cc. no es habitual en la pequeña jurisprudencia ha-

cer distingos. La obligación del art. 69 CDFa es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación; no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores. **Supuesto de hecho:** El supuesto de hecho base para la aplicación del art. 69 CDFa es el del hijo mayor de edad que se encuentra todavía en fase de completar sus estudios, en periodo de formación, situación habitual en la actualidad, situación en la que se considera que el hijo debe seguir gozando del estatus del menor y los padres deben seguir sufragando los gastos correspondientes, que son parte del deber de crianza y educación (art. 65.1.c), hasta que esa formación se ha adquirido (con el límite, salvo excepciones, de los 26 años). Cumplidos los 26 años o completada antes la formación, ya no se aplica el art. 69 CDFa, por lo que no resulta vulnerado si se mantiene la pensión al hijo ahora con fundamento en los arts. 142 y ss. Cc. al amparo del cauce procesal del art. 93.2 Cc.

**PONENTE: Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.**

En Zaragoza, a diecisiete de junio de dos mil trece.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 4/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 18 de diciembre 2012, recaída en el rollo de apelación número 530/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 255/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D. Juan José A H, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Chueca Gimeno y dirigido por el Letrado D. Jorge Ortega Ríos, como recurrida D<sup>a</sup> Mercedes A P, represen-

tada por la Procuradora D<sup>a</sup> Sara Correas Biel y dirigida por el Letrado D. Diego Díez Martínez.

Es Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** En fecha 7 de marzo de 2011 la Procuradora Sra. Chueca Gimeno, en representación de D. Juan José A H, presentó ante el Juzgado Decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas frente a D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Mercedes y D. Juan Cristian A A, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «*Que teniendo por presentado este escrito con su copia y documentos acompañados, se sirva tener por formulada demanda de Juicio Verbal sobre Modificación de efectos de Sentencia de Divorcio contra D<sup>a</sup> María Mercedes A P, con domicilio en Zaragoza, calle Escosura núm. 24, 3<sup>o</sup> izquierda, y contra Don Juan Cristian A A, con el mismo domicilio, dándose traslado de sendas copias de la presente demanda a los demandados a fin de que puedan comparecer y personarse en el presente procedimiento, y previa la celebración de la vista establecida por el artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicte en su día Sentencia por la que, estimando íntegramente la presente demanda, declare haber lugar a una única modificación de la Sentencia de Divorcio de fecha 5 de abril de 1993 dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 3 de Tudela, en concreto la de suprimir la pensión de alimentos pactada en su día por los esposos a favor del hijo común Juan Cristian. Se interesa que la estimación de la demanda comporte la condena a los demandados al pago de las costas, siempre que éstos se hayan opuesto a lo pretendido por el actor.*».

**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. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 20 de julio de 2012 cuya parte dis-

positiva es del siguiente tenor literal: «*FALLLO: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Juan José A A sobre modificación de medidas definitivas contenidas en la precedente sentencia, de fecha 5 de abril de 1993, que aprobó el convenio regulador, de fecha 10 de noviembre de 1992, dictada en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo autos núm. 12/93, seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tudela, declarando la extinción de la pensión de alimentos establecida a favor del hijo común, Juan Cristian, en la estipulación cuarta. Sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.*»

**Tercero:** Interpuesto en tiempo y forma por la representación de la demandada 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 la parte contraria. Por la representación del demandante se presentó el oportuno escrito de oposición al recurso.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ésta dictó sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva dice así: «*FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Mercedes A P, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 6 de Zaragoza de fecha 20 de julio de 2012, debemos revocarla, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada. Y, en su lugar, desestimamos la demanda formulada por D. Juan José A H contra D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Mercedes A P y Juan Cristian A A, sin hacer declaración de condena en costas.*».

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Chueca Gimeno, actuando en nombre y representación de D. Juan José A H, presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de casación contra dicha sentencia. Articuló los motivos del

recurso «en relación» con el art. 69 del Código de Derecho Foral de Aragón y manifestó que la sentencia recurrida presenta interés casacional por tratarse de norma del derecho civil aragonés que no lleva más de cinco años en vigor.

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó Auto en fecha 15 de febrero de 2013 en el que se acordó declarar la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación interpuesto, su admisión y el traslado a la otra parte para formalizar el escrito de oposición que fue presentado dentro de plazo.

Por providencia de 27 de marzo se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2013.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Antes de examinar el motivo de recurso se hace necesario dar respuesta a la cuarta de las alegaciones en que se estructura el escrito de oposición a aquel, y que alude a su posible inadmisibilidad. De manera algo confusa viene a indicar la parte que las sentencias invocadas como fundamento del interés casacional se referían a supuestos fácticos diferentes, pues en el presente existe –según se expresa en dicho escrito– un pacto previo de no limitar temporalmente la obligación, y además el hijo no es capaz de proveer a su propio sustento, circunstancias que no están presentes en los casos resueltos por las sentencias invocadas como fundamento del interés casacional.

Tal alegación no puede ser atendida. La sentencia, aunque como después se dirá, se ha apoyado –no principalmente– en el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), precepto que en el recurso se alega como infringido. En las sentencias que se citan

como fundamento del interés casacional, la Sala ha interpretado y aplicado dicho precepto. La parte debe razonar (y lo hace) por qué entiende que la sentencia recurrida ha desconocido esa jurisprudencia. Pero no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto fáctico idéntico al resuelto en la sentencia recurrida. (Véase el Acuerdo de la Sala Primera del TS sobre criterios de admisión para la aplicación de las reformas introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal). Por tanto, y con independencia de la suerte que finalmente vaya a correr el recurso, en función de que la sentencia haya o no llevado a cabo una vulneración de la norma relevante para la resolución del conflicto, debe considerarse justificada la existencia de interés casacional.

**Segundo:** En la demanda inicial de las presentes actuaciones se pidió la modificación de efectos de la sentencia de divorcio dictada en fecha 5 de abril de 1993, solicitándose la supresión de la pensión de alimentos pactada por los esposos a favor del hijo Juan Cristian y en cuya virtud el padre venía abonando la cantidad de 212,53€ mensuales. Se alegó en apoyo de esa pretensión, en síntesis, que la capacidad económica del hijo, mayor de edad y no incapacitado, frente a la actual situación del padre, jubilado, debía determinar la extinción de la obligación. En el apartado correspondiente a los Fundamentos de derecho, además de las normas procesales que estimó de aplicación al caso, se citaron los artículos 100 y 147 del Código civil (en adelante, Cc).

La demandada se opuso a la demanda con base, esencialmente, en la alegación de la minusvalía del 97% que padece el hijo por un lado, y de la holgada situación patrimonial del actor frente a la precaria situación de la otra alimentante, es decir, la propia madre demandada, por otro la-

do. Indicó, además, que no concurrían sustanciales alteraciones de las circunstancias tenidas en consideración en su día a la hora de fijar de mutuo acuerdo la pensión alimenticia.

La sentencia de primera instancia invocó los artículos 142 a 153 del Cc –que consideró de aplicación supletoria al caso– así como el artículo 69 del CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y, tras referirse al resultado de la prueba practicada en orden a acreditar los ingresos del actor y los del hijo, estimó la pretensión dada la edad de éste, próximo a cumplir los 28 años y su percepción de unos ingresos (301,55€ mensuales como prestación de incapacidad más otros 368,37€ por el empleo que desempeña a tiempo parcial) superiores a los del obligado al pago de la prestación, por lo que entendió concurrente el supuesto de hecho determinante para declarar extinguida la prestación alimenticia.

La Sra. A formuló recurso de apelación en el que alegó error en la valoración de la prueba relativa al patrimonio del actor y a las percepciones del alimentista. A ello se opuso la contraparte en escrito que terminaba expresando que los ingresos del hijo eran superiores a los del padre, por lo que parecía correcta la decisión de suprimir la pensión.

El recurso fue estimado en la sentencia de la Audiencia Provincial que ahora se recurre. Esta se basó en las razones que se reseñan a continuación.

Primeramente, refirió el resultado de la prueba practicada en segunda instancia, conforme al que entendió acreditado (contrariamente a la valoración realizada por la sentencia apelada) que el receptor de la pensión cuyo derecho se discute no lo es de ninguna pensión pública; mencionó el criterio de la proporcionalidad que debe existir entre la capacidad de quien debe pagar y

las necesidades de quien tiene derecho a percibir la pensión teniendo en cuenta –expresó– lo dispuesto en el art. 82.2 CDFA; aludió a la situación personal del alimentista y al alto grado de minusvalía de que está afectado, así como los rendimientos económicos que por el momento obtiene en la ocupación a que se dedica. Por lo cual concluyó que *por esta vía no sería razonable considerar que la pensión deba extinguirse*. Ni tampoco se podría llegar a aquella conclusión –sigue argumentando– *alegando la falta de necesidad de la pensión del hijo mayor que venía recibéndola, o la falta de ingresos o de patrimonio del alimentante –ha quedado suficientemente acreditado en el procedimiento lo contrario–, o una efectiva incorporación al mercado laboral, como supuestos típicos en que procedería acordar el cese de la obligación de pago*.

En segundo lugar, se expresó en la sentencia en cuestión que, *también cabe considerar lo establecido en el artículo 69 CDFA, mas razonando que, siendo la edad de veintiséis años el límite objetivo fijado por el precepto, sin embargo no resulta absolutamente inexorable o imperativo, puesto que en la propia norma que lo contempla se permite que pueda ceder ante un ejercicio de autonomía privada, o ya en virtud de lo acordado en un procedimiento judicial*. Y amparándose en esto último, aludió de nuevo a las deficiencias tanto físicas como psíquicas que afectan a Juan Cristian, lo que condujo finalmente a la afirmación de que *parecería desproporcionado en sus resultados tomar en cuenta para el caso la previsión genérica de la edad a que alude el referido art. 69*. Se acogieron, así, las alegaciones de la parte recurrente.

**Tercero:** En el presente recurso de casación se alega infracción del artículo 69 del CDFA que, a juicio de la parte, se ha aplicado en contra de la doctrina que esta Sala ha mantenido al interpretarlo.

Es útil reproducir textualmente el siguiente párrafo del escrito de recurso:



...no es posible, jurídicamente hablando, imponer a un padre el pago de una pensión para atender los gastos de crianza y educación de un hijo que cuenta ya con 26 años. De imponerse tal pensión lo sería, previa reclamación del interesado, en concepto de alimentos, es decir, regulados en sede del artículo 82 del CDFA (y 142 y siguientes del Código civil), pero no en sede del artículo 69 del mismo CDFA. De hecho, cuando la Sentencia aquí recurrida alude a la «proporcionalidad entre la capacidad de quien debe pagarla y las necesidades de quien tiene derecho a percibirla», se hace patente que el Tribunal está hablando claramente de la pensión de alimentos del artículo 82, no de los gastos de crianza y educación, confundiendo por tanto dos conceptos diferentes.

**Cuarto:** Debe reconocerse que asiste la razón al recurrente cuando distingue entre gastos de crianza y educación, por un lado, y alimentos en sentido estricto, por otro lado. Si bien no es acertado identificar los alimentos del artículo 142 del Cc y los gastos objeto de regulación en el artículo 82 del CDFA (como viene a hacerse, en efecto, en la sentencia recurrida). Porque este último precepto se refiere a la distribución de los gastos debidos a los hijos en caso de ruptura, pero de los hijos a cargo, es decir, son gastos de asistencia a satisfacer en cumplimiento del deber de crianza y educación (artículo 65.1.b) y c) del CDFA), no alimentos legales para hijos mayores. Ello explica que sean objeto de atención en las normas del artículo 82 los gastos extraordinarios, y dentro de éstos, los necesarios y los no necesarios.

El Tribunal Constitucional ha señalado las diferencias entre las pensiones por alimentos debidos a los hijos y las de alimentos legales. Esta doctrina, con las necesarias adaptaciones, puede resultar ilustrativa para el supuesto que nos ocupa. Así, en la STC 57/2005 de 14 de marzo se razona: ... Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes (...) su fundamento descansa

únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos —cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC)—, se abona sólo «desde la fecha en que se interponga la demanda» (art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos. (...).

Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, esto es, «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (art. 142 CC), ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad.

Finalmente, tampoco la forma de determinación es la misma, pues si la pensión a otros parientes se determina en función de lo que éstos necesiten estrictamente para subsistir (art. 142 CC), los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (art. 93 CC) hasta el punto de financiar no sólo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.).

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto van también en esa dirección. Así, se expresa en la STS 30 de marzo de 2012:

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular

*el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.*

En fin, también en esta Sala se han apuntado las diferencias entre la pensión por alimentos legales y los gastos de crianza y educación. Así, en la STSJA de 12 de mayo de 2010 se expresó que *La regulación del Código Civil respecto de alimentos entre mayores de edad y no derivada de la prórroga de las obligaciones del mismo Código respecto de la patria potestad que es invocada por el último apartado del artículo 66 de la Ley 13/06, viene recogida en los artículos 142 a 153. Esta normativa, lejos de ser más amplia que la del artículo 66 de la Ley 13/06 es, por contrario, más exigente, pues para la fijación y mantenimiento de la pensión al alimentista requiere que la necesite para lo indispensable, y prevé su cese en cuanto no sea precisa para la subsistencia.*

Tales diferencias deberían, en rigor, conducir a que en la fijación en sentencia de la cuantía concreta que debe abonar el obligado, se tuvieran en cuenta los factores (no enteramente coincidentes) que han de modular la prestación en uno y otro caso, lo que normalmente habría de dar como resultado un monto menor si se trata de meros alimentos entre parientes, y asimismo a reflejar todo ello en la resolución. En la práctica, sin embargo, y cuando la determinación de alimentos a hijos mayores se hace en el seno de un proceso matri-

monial al amparo del artículo 93.2, no es habitual en la pequeña jurisprudencia hacer distinguos: se señalan alimentos a esos hijos mayores como si fueran menores o, en otros casos, se señalan cuando son menores y se siguen prestando una vez cumplida la mayoría de edad. Tampoco la sentencia aquí recurrida efectúa precisiones en este orden de cuestiones, ya que tras las consideraciones que lleva a cabo y que se han sintetizado más arriba llega al mantenimiento, sin más, de la pensión.

**Quinto:** El supuesto de hecho base para la aplicación del artículo 69 CDFFA es el del hijo mayor de edad que se encuentra todavía en fase de completar sus estudios, en período de formación, y es precisamente esa circunstancia la que (si concurren además las otras que el artículo contempla) determina la obligación, para los padres, de sufragar los gastos correspondientes, que son parte del deber de crianza y educación (art. 65.1.c) del CDFFA). La norma trató de dar respuesta a la situación, habitual en la actualidad, del hijo que aun siendo mayor de edad, por no haber terminado su formación, se considera que debe seguir gozando del estatus del menor.

Si no se está en ese caso, tal como afirma la contraparte en su escrito de oposición al recurso de casación, no es de aplicación dicho artículo 69. Ha de reiterarse que la obligación que regula el repetido precepto no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores; es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación. Tiene esa misma naturaleza. Primero, porque se ubica en el Capítulo II dedicado al *Deber de crianza y autoridad familiar*. Segundo, por la expresión *se mantendrá*, que utiliza. Tercero, porque cuando el propio precepto alude al derecho del hijo a reclamar alimentos en el inciso final del apartado segundo, está dando por sentado que cabe

que el hijo no tenga derecho a que le sean sufragados aquellos gastos de crianza y educación, y sí, en cambio, a los que correspondan a alimentos en sentido estricto (artículo 142 del Cc).

La interpretación que esta Sala ha hecho del precepto del artículo 69 CDFA ha descansado sobre la consideración de que su ámbito propio de aplicación se circunscribe a los supuestos en los que los hijos se encuentren todavía completando su formación. En tal caso la obligación de los padres de sufragar gastos de crianza y educación cesa (con el límite, salvo excepciones, de los 26 años) una vez que esa formación se ha adquirido. (Así, SSTSJA de 2 de septiembre de 2009, 12 de mayo de 2010, 30 de noviembre de 2011, 30 de diciembre de 2011, 16 de abril de 2012). A propósito del artículo 69 se han abordado cuestiones, sometidas a la Sala, tales como si procede continuar abonando esos gastos en caso de una segunda capacitación profesional, de realización de un máster o de preparación de oposiciones.

**Sexto:** En el caso que nos ocupa, y por cuanto acaba de indicarse, es llano que la invocación que se hace en la resolución recurrida al artículo 69 del Código Foral es inadecuada, pues no sólo se trata de un hijo que ha cumplido ya los 26 años, sino que en modo alguno está en trance de completar su formación. Como se desprende de lo que ha quedado recogido en el Fundamento segundo, el debate procesal en nada ha incidido sobre tal cuestión, sino que ha girado en torno a las circunstancias personales del hijo, la cuantía de sus ingresos y la del caudal de su progenitor. En la demanda no se citó el artículo 69 sino –aunque no se pidió la reducción de la pensión– el 147 del Cc.

Coherentemente, y como también ha quedado indicado, la motivación de la sentencia objeto del presente recurso no se

apoyó exclusivamente en la norma del artículo 69 CDFA, sino que la inclusión de esa referencia más bien sirvió para conformar un argumento de refuerzo. Aun sin citarlo, y como pone de relieve el propio recurrente en casación, las referencias que en dicha sentencia se efectúan a la capacidad del alimentante y las necesidades del alimentista, revelan que es el artículo 142 (no obstante la alusión realizada al artículo 82.2) el que sirve de base a la resolución. Del mismo modo que la sentencia de primera instancia (aunque para llegar a una solución distinta, determinada por una distinta valoración de la prueba) resolvió con base en los artículos 142 a 153, que consideró de aplicación al caso.

Por esa razón no ha sido vulnerado el art. 69 CDFA y en consecuencia el recurso, que se ha basado exclusivamente en la supuesta infracción de dicho precepto, no puede ser acogido.

**Séptimo:** La parte recurrente aduce que la reclamación de alimentos entre parientes debe hacerse en un proceso *ad hoc* interpuesto por el hijo, y en el que habría de demandar también a la madre.

Esto no es así necesariamente, pues cabe también, si se dan los presupuestos para ello (convivencia en el domicilio familiar y carencia de ingresos propios) que los alimentos se fijen en el propio proceso de divorcio o de modificación de medidas al amparo de lo dispuesto en el art. 93.2 Cc (invocado asimismo por la parte demandada en su recurso de apelación) y así lo entendió esta Sala en su sentencia de 21 de marzo de 2012.

No constituye un obstáculo para la aplicación de dicho precepto la referencia, que se contiene en el inciso final del artículo 69, al derecho del hijo a reclamar alimentos.

Ese derecho del hijo a la prestación de alimentos no deriva de la regulación ara-

gonesa, que como hemos dicho en ocasiones anteriores, no contiene una regulación propia de la materia. Es obvio que la facultad del hijo para pedir ante la jurisdicción la tutela de ese derecho, tampoco se ampara en el inciso final del artículo 69. En nada se verían reducidas sus expectativas sustantivas y procesales si tal previsión se suprimiera. En caso de ruptura de sus progenitores, él y sólo él estará legitimado para el ejercicio de la acción en reclamación de alimentos, si no convive en el hogar familiar. Pero, si no teniendo independencia económica permanece aún en el domicilio de uno de aquellos, de modo que su sostenimiento constituye una carga, ese progenitor puede, porque así se lo posibilita el precepto del artículo 93.2 del Cc, pedir y obtener en un proceso matrimonial frente al otro progenitor, la contribución que como alimentos para ese hijo dependiente proceda establecer (véase la STS 411/2000 de 24 de abril). No hay ninguna razón para excluir, para los aragoneses, la aplicabilidad de tal posibilidad procesal que evita litigios posteriores. En el presente supuesto, y como corresponde en un procedimiento de modificación de medidas, la demanda se ha dirigido contra la madre (también contra el hijo). La pretensión en él ejercitada lo es de extinción de la obligación alimentaria que en su día pactaron los esposos a favor del hijo común. Lo procedente en estos casos es mantener (en todo o en parte) la pensión cuando, solicitándolo la parte demandada, y continuando la referida situación de convivencia (que no se ha discutido) concurren las circunstancias que así lo justifican. De lo contrario, debería declararse su extinción (tal es lo que hizo en el caso que nos ocupa la sentencia de Primera Instancia).

Sentado lo anterior, los hechos acreditados en la instancia, señaladamente la minusvalía del 97% del alimentista, y lo exiguo de los ingresos que obtiene, han conducido a la consideración, por la Sala

de instancia, de que existe la necesidad del hijo y, por tanto, la obligación del padre.

Podría entenderse que lo procedente sería reducir el importe a entregar por el padre, en concordancia con la situación actual del hijo, pero sucede que aquél, que no solicitó que se redujese la cuantía de la pensión a su cargo, no ha denunciado en el recurso vulneración del artículo 147 del Cc, por lo que nada cabe modificar ahora.

**Octavo:** En cuanto a costas, dada la materia de que se trata, y las dudas jurídicas que suscita el problema planteado, 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.

**Noveno:** A la vista de las circunstancias personales del perceptor de la pensión, referenciadas en la sentencia impugnada, en concreto la minusvalía psíquica y física en grado del 97% que aquél padece, se notificará la presente sentencia al Ministerio Fiscal, a los efectos que puedan resultar procedentes.

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

#### FALLO

Desestimamos el presente recurso de casación núm. 4/2013 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Chueca Gimeno en nombre y representación de D. Juan José A H, contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 18 de diciembre 2012.

No hacemos imposición de las costas causadas en este recurso.

La presente sentencia habrá de notificarse a las partes y al Ministerio Fiscal.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos y el rollo de apelación a la mencionada Audiencia junto con la certificación correspondiente.

Dese al depósito constituido el destino legal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Anuncia voto particular el Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

#### VOTO PARTICULAR

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

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, sin perjuicio del pleno respeto al criterio mayoritario de la Sala, respecto de la sentencia dictada el día diecisiete de junio en recurso de casación número 4/2013, 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 con lo recogido en los Antecedentes de Hecho y los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero 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 JURÍDICOS

**Primero:** La sentencia objeto de desacuerdo da por sentado en su Fundamento de Derecho Cuarto que el artículo 82 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), regulador de los gastos de asistencia de los hijos, se refiere sólo a los gastos propios de la crianza y educación de los hijos comprendidos en el artículo 65.1.b) y c) del CDFA, esto es, a los hijos sujetos a la autoridad familiar y con exclusión de los

hijos mayores de edad.

Este punto de partida, básico de todo el posterior razonamiento contenido en la sentencia, no cabe compartirlo.

La literalidad que en los casos de ruptura de convivencia de los progenitores con hijos emplea el artículo 82.1 del CDFA es la de establecer su obligación de «satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo». No limita esta expresión el pago de pensión por asistencia de los hijos según tengan una u otra edad, sino que tal en tal obligación se incluyen todos aquellos hijos que estén «a su cargo», cuando se produce la crisis de la situación convivencial de los padres.

Para definir quiénes sean los hijos a cargo de los progenitores deberá estarse, sin duda, a aquellos que cita la sentencia (los del artículo 65, sometidos a autoridad familiar) pero también, en especialidad propia del Derecho Civil Aragonés, a los que, aun siendo mayores de edad y capaces, se encuentren en la situación prevista en el artículo 69 del CDFA, esto es, los hijos que, no habiendo terminado su formación carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación. Respecto de estos hijos, como ordena el artículo 69, se mantendrá el deber de costear tales gastos, como obligación derivada y mantenida desde una autoridad familiar que ya quedó extinta por haber alcanzado el hijo la mayoría de edad.

Al lado de la obligación expuesta de pago de gastos de crianza y educación, está la que la sentencia define como de «alimentos en sentido estricto». Esta carga, recogida en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (CC) será en Aragón de aplicación sólo cuando dejen de darse las circunstancias que mantienen la obligación respecto de los mayores a cargo recogidas en el citado artículo 69, o bien cuando el hijo cumpla 26 años.

**Segundo:** Las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal supremo y de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, citadas en apoyo de la afirmación del Fundamento de Derecho 4 de que se discrepa no cabe entender que varíen las anteriores conclusiones.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de mayo de 2005 se dictó para resolver la cuestión de si a afectos administrativo-tributarios eran equiparables la pensión compensatoria a abonar al cónyuge y la pensión a abonar a los hijos menores. Por tanto, enfocada sólo respecto de hijos sujetos a patria potestad, no trata la cuestión planteada ahora de si a los hijos mayores, no sujetos a tal institución, o la aragonesa equivalente de autoridad familiar, corresponde seguir abonándoles pensión asistencial. Y en todo caso, en lo que se refiere a la posible pensión respecto de los hijos mayores, esta resolución hace mención contradictoria con la tesis sostenida en la sentencia de discrepancia, puesto que, como indica en su Fundamento de Derecho Sexto, mientras la atención a los hijos menores va más allá de la de mera subsistencia que recoge el artículo 142 del Código Civil, la de los mayores queda limitada a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Situación que, indudablemente, no tiene lugar en Aragón, al menos mientras se den los presupuestos más beneficiosos para el hijo mayor del artículo 69 del CDFa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 tampoco cabe entender que sea atendible para la cuestión de que se trata, puesto que en ella se incide en que, para el caso de hijos mayores de edad, el tratamiento del derecho al uso de la vivienda de los progenitores separados no puede equipararse con el supuesto en que los hijos sean menores, porque a los mayores sólo les corresponde la limitada previsión del artículo 142 y siguientes del

Código Civil. Lo cual, como se ha expuesto, no necesariamente debe darse en Aragón, donde, caso de presentarse los requisitos recogidos en el artículo 69 del CDFa también hay obligación de proporcionarles vivienda.

Por último, en la Jurisprudencia sentada por esta Sala respecto de la normativa propia de los alimentos a hijos, no se ha hecho cuestión sobre la aplicación del artículo 69 CDFa también en los casos de alimentos a hijos mayores, sino que, por el contrario, ha sido unánime al considerar correcto decidir sobre ellos con el contenido del artículo 69 también en los casos de ruptura de convivencia de los progenitores prevista en el artículo 82. En concreto, la sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 2010 que es citada en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de discrepancia, resolvió por aplicación del artículo 66 de la Ley de Aragón 13/06 de 23 de diciembre, de Derecho de la Persona (de contenido idéntico al actual artículo 69 CDFa) sobre pensión de alimentos de hijo de 22 años en procedimiento de modificación de medidas definitivas de divorcio.

**Tercero:** De la premisa fundamental de que parte la sentencia, de no inclusión en el artículo 82 del CDFa de los hijos mayores de edad, deriva ineludiblemente, en el hilo argumental de la sentencia de discrepancia, la consecuencia de existir una importante laguna en el ordenamiento jurídico aragonés: la de no haber previsión aplicable a los hijos mayores a cargo del hogar familiar en el caso de ruptura de la convivencia de los padres. Y para suplirla se debe dar lugar a la aplicación en Aragón del Código Civil, en concreto del artículo 93.2, tanto en su aspecto sustantivo como procesal.

Tal observancia del Código Civil conlleva que, para poder mantener la pensión de los hijos mayores de edad, se exija su

convivencia en el hogar familiar cuando la separación de los progenitores se produce. Y, en el aspecto procesal, que el procedimiento para reclamarla sea el mismo en que se resuelve sobre la ruptura de convivencia de los padres y la legitimación para hacerlo pueda corresponder al progenitor con el que queden conviviendo finalmente los hijos mayores.

Se entiende que tales previsiones no son de aplicación en Aragón. Primero, porque, como resulta de lo ya expuesto, el CDFA no tiene la laguna jurídica que se trata de cubrir, puesto que el artículo 82 sí incluye dentro del término de «hijos cargo» a los hijos mayores, sin necesidad de acudir a ordenamiento extraño al CDFA para asegurar su atención. En segundo lugar, porque no es necesario, conforme al artículo 69 del CDFA, que exista convivencia con los progenitores para que estos deban seguir obligados por la carga mantenida desde la autoridad familiar extinta de costear gasto de crianza y educación.

Y, en lo que respecta al aspecto procesal, porque la aplicación del artículo 82 también a los hijos mayores otorga plena legitimación al progenitor conviviente con el hijo para reclamar la pensión y, es más, para percibirla en su propio nombre y derecho, y no sólo para reclamar su cumplimiento en la forma que concreta de modo restrictivo, en el ámbito del artículo 93.2 del CC, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2003 (recurso 577/2003). Al lado de lo anterior, y también respecto de la posible aplicación de la norma procesal que contiene el artículo 93.2 CC, en lo que permite fijar en el procedimiento de nulidad separación o divorcio la pensión a favor de los hijos mayores, debe considerarse que esta previsión procedimental queda excluida expresamente como observable en Aragón por la disposición adicional segunda del CDFA que, en lo que ahora interesa, ordena expresamente que en

la adopción de las medidas judiciales sobre relaciones entre los padres y los hijos a cargo se adapten los procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las especialidades previstas en los artículos 75 a 84 del CDFA. Por tanto, debe estarse, en lo procesal, a la ya tratada previsión del artículo 82, y, por su referencia a los hijos a cargo, también del artículo 69 CDFA, no a la regulación del artículo 93.2 del CC.

**Cuarto:** De las normas expuestas se concluye que el punto de partida que debe observarse respecto de la norma aplicable en el caso de atención de los gastos de mayores de edad es el CDFA, haya o no ruptura de convivencia de los progenitores. Y, debe añadirse, sin necesidad de que los hijos convivan o no con los padres, como exige la sentencia recurrida al aplicar el CC.

Las previsiones legales del CDFA dan así respuesta exhaustiva a las distintas situaciones que puedan presentarse, ya sea antes o después de la mayoría de edad, ya exista o no crisis convivencial de los progenitores.

En el caso enjuiciado, de las distintas posibilidades legalmente previstas, el hijo, de 28 años de edad, ha terminado su formación y se ha incorporado al mundo laboral, habiendo prestado anteriormente trabajo dependiente y por cuenta ajena. Ante tal situación fáctica, la normativa sustantiva de aplicación es la aragonesa expuesta, esto es, el artículo 82 del CDFA, para determinar si procede fijar o no pensión a su favor en el procedimiento derivado de la ruptura de convivencia de sus progenitores y, por referencia de tal precepto a los hijos a cargo, el artículo 69 CDFA para concretar si se encuentra en tal situación, tal y como hizo la sentencia recurrida.

El efecto legal de que dejen de estar presentes los requisitos previstos en el citado artículo 69 para mantener la pensión

de crianza y educación a favor del hijo mayor (en concreto, alcanzar los 26 años de edad) no es que deje de tener eficacia el precepto, sino, por el contrario, manteniendo su aplicación, debe estarse a las consecuencias que en él se prevén para tal caso de término de la obligación de pago, esto es, a la posibilidad de que el hijo reclame directamente a sus progenitores, pero ya no en el procedimiento de divorcio de los progenitores; ni actuando la madre en su lugar, como ocurriría caso de haber convivencia y ser de aplicación el Código Civil, sino en procedimiento de alimentos, contra todos los posibles obligados y accionado él directamente.

No existe motivo ni previsión alguna en las normas expuestas de que el artículo 69 del CDEFA sea de eficacia limitada en el tiempo que, en el caso de autos, se concretaría hasta que el hijo cumpla 26 años, para entender que luego debe estarse al CC. Esta interpretación implica resolver el concurso de normas que existe mediante la aplicación sucesiva de ellas, cuando la situación de hecho que regulan ambas no reúne la condición de ser progresiva en el tiempo, sino que se da una sola vez, cuando el hijo alcanza la mayoría de edad

**Quinto:** Por último, debe necesariamente hacerse mención a la singularidad presente en este caso de suma trascendencia, y que viene definida por estar el hijo de 28 años afectado de cierto grado de minusvalía física y psíquica reconocida a efectos administrativos y laborales

No se tienen datos suficientes para determinar si correspondería declarar la incapacidad total o parcial del hijo y establecer la correlativa tutela o curatela. Pero resulta indudable que debe evitarse que la recta aplicación de la normativa antes expuesta y el resultado que conlleva de cese del pago de la pensión por parte del padre pueda perjudicar la situación del hijo ob-

servado ahora como potencialmente tributario de especial atención. Por ello, en el fallo de la sentencia desestimatoria debe recogerse la inmediata y urgente remisión al Ministerio Fiscal de los antecedentes obrantes en autos que evidencian la posible incapacidad del hijo D. Juan Cristian A A para que, previos los trámites oportunos, inste lo procedente ante la autoridad judicial o administrativa a fin de asegurar lo necesario caso de estar ante un posible incapaz.

**Sexto:** En consecuencia con lo expuesto, como se adelantó al principio de este Voto Particular, se discrepa con todo respeto de lo resuelto en la sentencia de fecha 17 de junio dictada por esta Sala, entendiendo que, en lugar de lo acordado en ella, por observancia de la normativa 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 en favor de D. Juan Cristian A A, ordenando la remisión al Ministerio Fiscal de lo considerado en el Fundamento de Derecho Sexto, sin imposición de costas a la parte recurrida, y devolución al recurrente del depósito constituido.

Voto particular que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch en Zaragoza a dieciocho de junio de dos mil trece.

#### NÚM. 30

*S. TSJA 25/2013, de 25 de junio de 2013*

**84: SERVIDUMBRES: CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE:** *Se trata de la constitución de la servidumbre por el titular del predio, que posteriormente es dividido, habitualmente denominada constitución por*



*el padre de familia. El balcón corrido existente continuó existiendo después de la segregación de parte de la finca, transmitida a la demandada por su padre, y también tras la adquisición de la herencia por parte de ambos litigantes, una vez fallecido su progenitor; balcón que tiene consideración legal de voladizo. Tampoco el hecho de que, bajo dicho balcón, existieran unas dependencias para albergar animales y otros usos, que fueron derribados por el padre, y que no ocupaban la totalidad del espacio situado bajo el voladizo, impide la función constitutiva de dicho signo, conforme al art. 566 CDEA.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 566 y 576 CDEA.

**PONENTE:** Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

*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 1/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 12 de noviembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 523/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 361/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Uno de Tarazona, en el que son partes, como recurrente, D. José Luis M. C., representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu y dirigido por el Letrado D. Julián Andrés Jiménez Lenguas, y como parte recurrida D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús M. C., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Lucía del Río Artal y dirigida por la letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús Monreal Saldaña.*

[...]

**FALLAMOS**

**Primero:** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por el Procurador de los Tribunales Sr. Gutiérrez Andreu, actuando en nombre y represen-

tación de D. José Luis M. C., contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 12 de noviembre de 2012 que CASAMOS y ANULAMOS.

**Segundo:** En su lugar, estimando en parte la demanda formulada en su día por la representación del actor, declaramos la existencia de servidumbre de luces y vistas a favor del inmueble del que el demandante es cotitular, descrito en el hecho segundo de la demanda, a lo largo del balcón corrido existente en la primera planta alzada de la vivienda del demandante; condenamos a la demandada a demoler y retirar todas las construcciones realizadas en una distancia de tres metros computados desde el saliente del balcón, dejando dicho terreno libre de edificación; y condenando asimismo a la demandada a que en lo sucesivo se abstenga de realizar construcción alguna en la distancia referida de tres metros, respetando el derecho de luces y vistas cuya servidumbre ha sido declarada a favor de la finca del actor. Desestimamos el resto de pretensiones ejercitadas.

**Tercero:** No hacemos condena en costas de primera instancia, de la segunda ni en las de este recurso.

**Cuarto:** Devuélvanse los depósitos constituidos por la parte recurrente. Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma y hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

**NÚM. 31**

*S. TSJA 26/2013, de 25 de junio de 2013*

**61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Ponderación de factores: doctrina del TS: El carácter discrecional de la fijación de la duración de la asignación compensatoria**

*hace que no sea precisa una justificación específica del cambio de criterio del tribunal de apelación. La asignación compensatoria no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria. Por ello, en la ponderación de los parámetros a tener en cuenta en la fijación de su importe y señalar, en su caso, la limitación temporal, cabe tener en cuenta la reiterada doctrina del TS: las conclusiones del tribunal de apelación deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el art. 97 Cc. y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio 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. Demostración que no se ha producido en este caso.*

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

*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 5/2013 interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2012 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, recaída en el rollo de apelación número 358/2012, dimanante de autos de Divorcio 382/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Pilar C. E., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Carmen Ibáñez Gómez y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Altamira Gonzalo Valgañón, y como parte recurrida D. Pablo Javier G. C., representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Maestre Gutiérrez y dirigido por el letrado D. Ignacio Martín del Pozo.*

[...]

#### FALLAMOS

**Primero:** Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación núm. 5 de 2013, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Carmen Ibáñez Gómez en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Pilar C. E., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 27 de noviembre de 2012.

**Segundo:** No hacer imposición de las costas de los recursos, con pérdida de los depósitos constituidos por la parte recurrente, a los que se dará el destino legal.

**Tercero:** Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

#### NÚM. 32

*S. TSJA 27/2013, de 1 de julio de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**

**OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:**

**Motivo de infracción procesal: Doctrina del TS sobre el principio de congruencia proclamado en el art. 218.1 Lec., y sobre la prohibición de la reformatio in peius. No se advierte infracción alguna del principio de congruencia, ni de la prohibición de la reforma peyorativa, porque no existe disconformidad entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas por las partes, ni se ha agravado la posición de una de las partes apelantes. Voto particular: Se reitera el voto particular de 8 de abril de 2013 al Auto de 5 de abril de 2013 y se insiste en la necesidad de distinguir entre recurso por infracción procesal y de casación, debiendo existir un pronunciamiento específico sobre**

costas del recurso por infracción procesal que se presentó y fue desestimado. Los motivos de infracción procesal no pueden ser tratados como motivos del recurso de casación.

**61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA:**

**Doctrina jurisprudencial:** Se recuerda la interpretación de la Sala sobre la naturaleza y finalidad de la asignación compensatoria del art. 83 CDFA que, en lo sustancial, no es diferente a la señalada por el art. 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 aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. También se reitera la doctrina del TS en cuanto a la posibilidad de revisar en casación las conclusiones alcanzadas en la segunda instancia: habrán de ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores legales y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio pronóstico sobre la probabilidad de superar el inicial desequilibrio 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. **Ponderación equitativa de los criterios del art. 83.2:** El juicio de ponderación que se hace a partir de las circunstancias concurrentes no se considera ilógico, y la cuestión controvertida por las partes es la referente a la necesidad de incentivar la búsqueda de empleo, en atención a las perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo de la esposa (art. 83.2 CDFA), que es lo que fundamentalmente ha servido para considerar la conveniencia de duplicar el plazo dismi-

nuyendo a la mitad el importe de la asignación; el marido discute que pueda establecerse una asignación de 1500 euros durante 12 años con la previsión de que la misma no quedará extinguida cuando la esposa consiga trabajo: lo que debe interpretarse en el marco de las circunstancias de edad y falta de cualificación profesional de la esposa, que hace previsible la posibilidad de acceso a puestos de trabajo de limitada retribución, que no supondrán una variación sustancial de la situación económica de la perceptora.

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Custodia repartida:**

La atribución del uso de la vivienda en los supuestos de custodia repartida –o partida– que excepcionan la regla general de no separación de hermanos prevista en el art. 80.4 CDFA, debe ser resuelta, por identidad de razón, conforme a las reglas de atribución que establece el art. 81.1 CDFA para la custodia compartida, atendiendo en todo caso al beneficio e interés de los menores –art. 76.3 CDFA– tal y como ha hecho el Tribunal de instancia. **DERECHOS Y PRINCIPIOS: Principio de interés superior del menor:** En ningún caso cabría considerar incongruente un pronunciamiento de familia, que afecta a menores, y que se sustenta en el principio del favor filii o interés superior del menor, al que aluden, entre otros, los arts. 76, 77 y 80 del CDFA, así como el art. 39 de la Constitución, y sobre el que cita las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre y la del Pleno de 17 de octubre de 2012. **GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional:** Doctrina del TS sobre el juicio de proporcionalidad del art. 146 Cc. aplicable al criterio de proporcionalidad establecido en los apartados 1 y 2 del art. 82 CDFA. Se debe respetar la valoración de la prueba realizada por el juez, sólo impugnabile en el recurso extraordinario

*por infracción procesal por la vía del art. 469.1.4º Lec. en el caso de resultar manifiestamente arbitraria e ilógica.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 218.1 Lec.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.

*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 3/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 30 de noviembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 379/2012, dimanante de autos de Divorcio 212/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Barbastro, en el que son partes, como recurrente, D. Fernando V. A., representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Isern Longares y dirigido por el Letrado D. Manuel Sáez-Benito Ferrer; y como parte recurrida Dª Lourdes E. G., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Elsa Bodín Langanica y dirigida por la letrada Dª Dolores Lassa Alcaire.*

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de doña Lourdes E. G. y de don Fernando V. A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de noviembre de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas de los recursos.

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, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, llevando testimonio de todo ello al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### VOTO PARTICULAR

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

[...]

#### NÚM. 33

*S. TSJA 28/2013, de 2 de julio de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Violencia doméstica o de género: El art. 80.6 CDFFA se ve en parte complementado por la DA 4ª CDFFA y por la previsión punitiva contenida en el art. 153, apartados 1 y 2 del Código Penal. Las tres normas tratan de la misma cuestión, pero no existe solapamiento entre ellas, puesto que la aplicación de una u otra se da en momentos sucesivos en el tiempo, no simultáneamente. De las tres, la primera a observar es la del art. 80.6, y en cualquiera de los dos supuestos que prevé no se acordará la atribución de la guarda y custodia al progenitor que aparezca como posible autor de la violencia doméstica o de género. Es una regulación meramente preventiva, porque una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito por violencia intrafamiliar, carece ya de aplicación el art. 80.6, pues entonces los preceptos aplicables son: si la sentencia penal es absolutoria, la DA 4ª CDFFA; y si tal resolución es condenatoria, el art. 153 Cp.: hay que atender a lo dicho en la sentencia penal sobre la guarda y custodia; si nada dice: no hay ninguna restricción. Cuando pudo ser de observancia el art. 80.6 CDFFA,**

*lo impidió la actitud procesal adoptada por el padre, que cuando pudo comunicar y hacer valer a favor de su pretensión la tramitación del proceso penal, no lo hizo; y después y ahora, cuando sí se pretende su aplicación ya no es posible, porque el proceso penal ha terminado por sentencia firme condenatoria que no ha impuesto restricción alguna a la posible custodia a cargo de la madre condenada.*

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación al número 7/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 12 de diciembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 139/2012, dimanante de autos de Juicio Verbal 27/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Antonio B. L., representado por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio García Medrano y dirigido por el Letrado D. Antonio Torrús Ruiz, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Verónica R. Á., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Natalia Cuchi Alfaro y dirigida por el letrado D. Francisco Javier Caja Fernando, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don José Antonio B. L. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 12 de diciembre de 2012 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo.

No se hace expresa imposición de las costas causadas.

Con pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

#### NÚM. 34

*S. TSJA 34/2013, de 3 de julio de 2013*

**683: USUFRUCTO VIDUAL: DERECHOS Y OBLIGACIONES: Derecho supletorio:** *La regulación de la Compilación obligaba a remitirse en buena medida al Código civil, como Derecho supletorio, en cuanto a la naturaleza y contenido del usufructo (art. 467: derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia), y derechos y obligaciones del usufructuario (arts. 471 a 512). La nueva regulación de 2003 incorpora, con algunas variantes y concreciones, las normas de la Compilación e incluye asimismo otras nuevas, como el art. 289 sobre derechos y obligaciones del usufructuario, sin por ello pretender hacer innecesaria la aplicación del Derecho supletorio. FIANZA: Importe: El art. 285 CDFR no concreta el importe de la fianza por lo que deberá ser calculado según el prudencial criterio judicial, lógicamente en función del riesgo de desaparición o deterioro de las cosas objeto del usufructo. En el caso del dinero, el art. 299 ordena restituir el valor actualizado de lo dispuesto por lo que, ante la posibilidad de que se pueda disponer de todo, no resulta ilógico ni irracional exigir fianza por el importe de todo el capital disponible. Podría ocurrir que el viudo expresara su necesidad de disponer de parte de dicho importe y la fianza se ajustara al mismo, pero ante la fácil disponibilidad de la totalidad del capital, el criterio adoptado*

resulta adecuado y no cabe su modificación. **Modalidades:** Alega la recurrente que si para prestar aval bancario la entidad de ahorro le obliga a pignorar el dinero, por razón de garantía, o si deposita el dinero en el juzgado, se le está privando de la posesión de los bienes en usufructo (art. 283.4) así como de la posibilidad de disponer del dinero usufructuado (art. 299 CDFEA). Dice el TSJA que posesión no es propiedad, hay obligación de restituir y subsiste la obligación de prestar fianza. Y añade que pueden ser exploradas fórmulas que permitan un afianzamiento menos oneroso para el viudo como la resultante del párrafo tercero del art. 494 Cc. consistente en la retención del dinero por el nudo propietario con la obligación de entregar al usufructuario su producto, aunque ello no evita la indisponibilidad para el usufructuario. También la transformación del usufructo (art. 291 CDFEA) y, en definitiva, cualquier otra fórmula que permita conjugar los intereses de ambas partes pues no es obligada ninguna modalidad concreta de afianzamiento. **INVENTARIO Y FIANZA: Posesión del usufructuario:** La regulación aragonesa, de forma más favorable al viudo que la de los arts. 482 y 491 del Cc. que establecen la obligación del usufructuario de prestar fianza antes de entrar en posesión de los bienes, atribuye la entrada en posesión de los bienes desde el fallecimiento del premuerto con todas las facultades inherentes a ello (art. 283.4 CDFEA), pero no le exime de garantizar la obligación de restitución de los bienes en los casos del art. 285 CDFEA. La posibilidad de adopción de medidas cautelares como sanción a la falta de inventario (art. 288 CDFEA) abona esta interpretación. La obligación de prestar fianza no significa que por tal motivo se prive al viudo usufructuario de la posesión que le otorga el art. 283 CDFEA. **NATURALEZA Y CARACTERES:** Con la actual regulación procedente de la Ley 2/2003 no se produce una ruptura sustancial con el pasado y su contenido coincide en gran

medida con el de las normas derogadas. El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el usufructo universal sobre los bienes del premuerto y desde ese momento adquiere su posesión, se mantiene también en lo sustancial lo demás relativo a las garantías a prestar, a solicitud de los nudos propietarios. Una modificación sustancial es la desaparición de la limitación legal del art. 73 Comp. en caso de existir descendencia de anterior matrimonio, sustituida por la posibilidad de establecer voluntariamente tal limitación conforme al art. 283.3 CDFEA. Es un usufructo de origen familiar, atribuido como derecho expectante por la celebración del matrimonio, universal y de carácter vitalicio, y no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código civil. **USUFRUCTO DE DINERO: Derecho supletorio:** En la regulación del art. 482 Cc. del usufructo de las cosas que no se puedan usar sin consumirlas, entre las que el dinero sería la más característica, aplicable como supletoria en Aragón hasta la reforma del 2003, venía obligado el usufructuario de dinero a restituir igual cantidad. Y, en todo caso, antes de entrar en el goce, incluso del dinero, debía prestar fianza (art. 491.2º Cc., con los matices resultantes de los arts. 493 y 492 Cc.). **Fianza:** La posibilidad del usufructuario de disponer del dinero ex art. 299 CDFEA no viene condicionada por la obligación de prestar fianza, pero no puede servir para eliminar la posibilidad de los nudos propietarios de solicitar el afianzamiento conforme al art. 285 CDFEA. El viudo puede disponer desde el momento del fallecimiento del premuerto, por el efecto del art. 283.4 CDF, «de todo o parte» del dinero (art. 299), y ello no viene condicionado por la posibilidad que el art. 285.b) otorga a los nudos propietarios de exigir la constitución de fianza, pues puede no llegar a ser exigida nunca por ellos. Aparte, naturalmente, de que el premuerto hubiera dispensado de tal

*obligación. Pero no siendo así, la obligación de prestar fianza a petición de los nudos propietarios resulta indudable por lo incierto de que tengan que verse obligados a exigir la restitución a los herederos del viudo. Puede suceder, y así ocurrirá con mucha frecuencia cuando los descendientes sean comunes, que los nudos propietarios no exijan la constitución de fianza a su padre o madre viudos, siendo ellos los que finalmente vendrían obligados a restituir produciéndose así la confusión de esa deuda. Pero en otras ocasiones, como en la presente, si los nudos propietarios son descendientes únicamente del premuerto éste pudo relevar a su segundo cónyuge de la obligación de formalizar inventario y afianzar, en una fórmula habitual en los casos de único matrimonio con descendientes comunes. Inexistencia de infracción del sistema de fuentes: No hay infracción del sistema de fuentes del Derecho civil aragonés porque el fundamento de lo resuelto no es el art. 491 del Código civil ni la STS de 4 de julio de 2006, sino el art. 299 CDFa cuando concreta que el usufructuario está obligado a devolver «el valor actualizado del dinero dispuesto». La cita de la STS nada añade a lo anterior y la recurrente no indica en este motivo ningún contenido concreto del art. 491 Cc. o de la indicada sentencia que contrarie los preceptos o los principios del derecho aragonés.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 482, 491, 492, 493 Cc., 283, 285, 288, 289, 299 CDFa.

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

*En Zaragoza, a tres de julio de dos mil trece.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 10/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la*

*Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de diciembre de 2012 aclarada por auto de 15 de enero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 396/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 1015/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Altamira Gonzalo Valgañón y como parte recurrida D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús B C, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Vicario del Campo y dirigidos por el letrado D. Carlos Altaba Cosín.*

*Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Vicario del Campo, actuando en nombre y representación de D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús B C, presentó demanda de juicio ordinario contra D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que: «(...) dicte sentencia por la que condene a D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A, en su condición de usufructuaria, para que: a).—Preste fianza en cuantía de 135.486,21€, para salvaguardar la nuda propiedad de los demandantes D<sup>a</sup> María Jesús y D. Miguel Ángel B C, en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia. b).— Caso que no preste la fianza, se obre conforme al Art. 494 C.C., y se condene a la demandada a entregar a los nudos propietarios el importe de la herencia, quienes la administrarán, e invertirán los capitales en un depósito a plazo en una entidad de ahorro, en el que figurarán los demandantes como titulares, con la obligación de entregar a la usufructuaria el interés producido».

**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. La Procuradora Sra. Uriarte González en representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A presentó

escrito de contestación a la demanda interpuesta de contrario solicitando la desestimación de la demanda y que «se acuerde que Doña M<sup>a</sup> Pilar G A preste fianza en cualquiera de las formas previstas en la ley únicamente por la cantidad de 6.000 euros, condenando a los demandantes al pago de las costas.»

**Tercero:** El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Vicario del Campo, en representación de D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús B C, contra D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González, debo condenar y condeno a la demandada a prestar fianza, en metálico o aval bancario, por el valor del dinero usufructuado, excluyendo expresamente el valor de las acciones de las empresas Gealsa y Leblan SL, para salvaguardar la nuda propiedad de los demandantes, desestimando la pretensión subsidiaria y sin hacer expresa imposición de las costas procesales.»

Por auto de 1 de junio de 2012 se acordó aclarar la anterior sentencia en el sentido de que la cantidad concreta que debía ser garantizada en la forma que se indica en la sentencia es la de 120.000€.

**Cuarto:** Interpuesto por la Procuradora Sra. Uriarte González, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 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 Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia de fecha 28 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: 1.—Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González en nombre de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A contra la sentencia de fecha 23 de mayo de 2012 recaídos en juicio

ordinario núm. 1015/2011 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 21 de esta Ciudad. 2- Sin expresa imposición de costas del recurso, con pérdida del depósito constituido.»

Por auto de 15 de enero de 2013 se aclaró la anterior sentencia rectificándose el punto 2 del fallo por el que debía entenderse la expresa imposición de costas.

**Quinto:** La representación legal de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en «Primero: Infracción del artículo 1.2 del CDFa sobre el sistema de fuentes del derecho civil aragonés. Segundo: Infracción del artículo 283 CDFa, relativo al comienzo y extensión del usufructo vital. Tercero: Infracción del artículo 285 CDFa, relativo a la obligación de prestar fianza e inventario. Cuarto: Infracción del artículo 299 sobre las especialidades del usufructo del dinero y el artículo 301 sobre la extinción del usufructo vital.»

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 14 de marzo de 2013 auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto y admitirlo a trámite. Se dio traslado a la parte contraria para formalizar oposición si lo estimaba pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No considerándose por la Sala necesaria la celebración de vista, se señaló para la Votación y Fallo el día 5 de junio de 2013.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Los herederos testamentarios de D. Daniel B V, hijos del mismo y de su



primera esposa fallecida en el año 1991, tras fallecer el testador el 30 de enero de 2007 en estado de casado en segundas nupcias con D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A, sin descendientes del segundo matrimonio, demandaron a la viuda en solicitud de que prestara fianza por el importe de los bienes de la herencia usufructuados por ella. El Juzgado dictó sentencia condenando a la demandada a prestar fianza, en metálico o aval bancario, por el valor del dinero usufructuado, concretado en 120.000 euros. La sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

El primer motivo del recurso de casación alega infracción del artículo 1.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), por considerar que la sentencia recurrida se remite, como fundamento último de su decisión, al artículo 491 CC y a la sentencia del Tribunal Supremo número 742/2006, de 4 de julio de 2006, obviando así el sistema de fuentes del derecho civil aragonés. Afirma la parte recurrente que existen normas aragonesas que regulan una institución típica y exclusivamente aragonesa, como es el usufructo viudal aragonés, por lo que no es aplicable el Código civil y, aun admitiendo su carácter supletorio, sus normas habrán de aplicarse con arreglo a los principios generales que informan nuestro derecho, en particular conforme al *favor viuditatis*. Estima la recurrente que en este caso se ha anulado *de facto* la institución de la viudedad aragonesa conculcando los derechos que a la viuda usufructuaria corresponden por aplicación directa de los artículos 283 y siguientes del CDFA.

El artículo 1.2 del CDFA, en la redacción dada al Título Preliminar de la Compilación por la Ley 1/1999, respetando el texto anterior de estos artículos, como señala el apartado 2 del Preámbulo del

CDFA, establece la supletoriedad del Derecho civil general del Estado solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

Para poder apreciar si se infringe nuestro sistema de fuentes por esta aplicación de las normas de derecho común, en su caso de forma supletoria, es preciso comprobar si tal aplicación se ha producido en defecto de normas propias y con respeto a los principios que las informan, y si las mismas han resultado determinantes en la decisión adoptada.

La cuestión de fondo debatida es, en esencia, si la fianza exigida a la viuda usufructuaria conforme al artículo 285.b) CDFA por los nudos propietarios, herederos del causante, resulta contraria a la posibilidad que el artículo 299 CDFA proporciona al viudo de disponer del dinero objeto de usufructo. Estos artículos de nuestro Código son los alegados como infringidos, junto con otros, en los demás motivos del recurso. Ahora importa comprobar si, como afirma la recurrente, las cuestiones objeto de debate han sido resueltas con aplicación de normas de derecho común ignorando los preceptos del CDFA, porque en tal caso se produciría la denunciada infracción del sistema de fuentes de nuestro derecho.

La demandada no negó su obligación de afianzar conforme a lo dispuesto en el artículo 285.b) del CDFA, pero ya en la contestación a la demanda solicitó que el importe de la fianza fuera 6.000 euros, y por ello recoge la sentencia de apelación que el objeto del debate es la cuantía del aval, si debe ser por el importe del dinero objeto de usufructo (120.000 euros) o por el de 6.000 euros que interesó la demandada.

El fundamento segundo de la sentencia enumera los preceptos que la parte apelante –ahora recurrente en casación– consideró en su recurso de apelación infringidos por la sentencia del Juzgado, y cita

como tales los artículos 218 LEC, 299, 283, 285 y 301 CDFA, y el artículo 7.1 CC. En el párrafo tercero del mismo fundamento segundo destaca el contenido del artículo 285, en cuanto obliga a prestar fianza cuando lo pidan los nudos propietarios, el del artículo 299 por conferir al viudo la facultad de disposición sobre el objeto del usufructo, el dinero, con obligación de restitución por él o por sus herederos, y el del artículo 301 al regular las causas de extinción del usufructo viudal, entre ellas la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.

En el siguiente párrafo destaca la sentencia el contenido del Preámbulo del CDFA respecto a la consideración del usufructo de las cosas consumibles, como el dinero, como usufructo impropio o cuasi usufructo, con la obligación de restituir el valor actualizado en el caso de disponer el capital. A continuación dice: *«La fianza supone una garantía para cumplir aquello a lo que se está obligado. La obligación final del usufructuario es devolver el valor actualizado del dinero dispuesto. Por lo tanto la fianza ha de prestarse en la cuantía de la cantidad recibida (en relación al art. 491 CC, st. TS de 4-7-2006, núm. 742/2006). Así se ha apreciado en la sentencia, lo cual no infringe el art. 7 CC por cuanto dicha resolución se limita a reconocer el derecho que el art. 285 p. b CDFA confiere a los actores con la correlativa obligación a cargo de la parte demandada».*

Del anterior contenido de la sentencia se comprueba fácilmente que el fundamento de lo resuelto no es el Código civil ni la sentencia del Tribunal Supremo que se cita. Cuando concreta que el usufructuario está obligado a devolver *«el valor actualizado del dinero dispuesto»*, utiliza literalmente la expresión final del artículo 299 CDFA. La cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 nada añade a lo anterior y la recurrente no indica en este motivo primero de su recurso ningún contenido concreto del artículo 491 Cc. o

de la indicada sentencia que contraría los preceptos o los principios del derecho aragonés. La sentencia de 4 de julio de 2006 resuelve sobre el importe de la fianza en un supuesto bien distinto, en el que la usufructuaria había adquirido el usufructo sobre un bien inmueble y se discutía si dicho importe debía ser el del valor dado al usufructo en el momento en que entró en posesión de los bienes o el de los propios bienes que debía restituir, muy superior, opción esta última que adopta la sentencia. En cuanto al artículo 491 Cc., establece en su apartado 2º la obligación del usufructuario de prestar fianza comprometiéndose a cumplir con las obligaciones que le correspondan.

Se limita la recurrente a considerar que la obligación de afianzar un importe igual al del dinero recibido en usufructo es contraria al principio *favor viuditatis*, pero ello nada tiene que ver con la infracción del sistema de fuentes del derecho aragonés sino con las consecuencias –a su juicio contradictorias– que se derivan de la aplicación de ambos artículos, 285 y 299 del CDFA, lo que será objeto de estudio en relación con los demás motivos del recurso.

**Segundo:** En los otros tres motivos del recurso alega la recurrente infracción de los artículos 283 (segundo motivo), 285 (tercer motivo), y 299 y 301 del CDFA (cuarto motivo), encaminados todos ellos a poner de manifiesto que resulta contraproducente que se obligue a la viuda a prestar aval por el importe de 120.000 euros (artículo 285 CDFA), con un coste estimado de 6.000 euros anuales y un rendimiento de solo 3.000 euros anuales y la obligación añadida de dejar pignorado en la entidad de ahorro el importe del principal, y que, al mismo tiempo, se le reconozca la posibilidad de disponer de ese mismo capital (artículo 299) pues en la práctica tal posibilidad de disposición resulta ilusoria. Con este planteamiento resulta conve-

niente estudiar conjuntamente estos tres motivos del recurso.

La actual regulación del usufructo viudal procede de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, ahora refundida con otras más por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba el CDFa. Por la nueva regulación desde la entrada en vigor de la Ley de 2003 *«no se produjo una ruptura sustancial con el pasado, que sería impensable tratándose de las normas que configuran el consorcio conyugal, la libertad para pactar sobre el régimen económico del matrimonio o el derecho de viudedad»*, y *«... Su contenido coincide en gran medida con el de las normas derogadas»* (apartado IV del Decreto Legislativo).

En el artículo 79 de la Compilación el fallecimiento de un cónyuge atribuía al sobreviviente el usufructo de los bienes afectos (ampliado a todos los bienes del premuerto por el artículo 101 de la Ley 2/2003, hoy artículo 283 del CDFa), y en ambas regulaciones el usufructuario adquiere la posesión de los mismos desde el momento del fallecimiento. La obligación del cónyuge viudo de prestar fianza venía establecida en el artículo 80.1 de la Compilación de 1967 exactamente en los mismos términos que después dispuso el artículo 103 de la Ley 2/2003 (hoy artículo 285 del CDFa), sustituyendo únicamente en el apartado b) el término causante por el de premuerto, en la previsión de la necesidad de prestarla a petición de los nudos propietarios, salvo disposición contraria del premuerto. Y el artículo 81 de la Compilación permitía a los herederos (nudos propietarios en el artículo 105 de la Ley 2/2003, hoy artículo 287 del CDFa) instar la adopción de medidas cautelares hasta tanto no se formalizara el inventario, cuando procediera, y, en su caso, se constituyera la fianza.

De modo que la mayor novedad en esta materia es la ampliación del usufructo

vidual a la totalidad de los bienes del premuerto, no solo los inmuebles, permaneciendo en lo sustancial lo demás relativo a las garantías a prestar, a solicitud de los nudos propietarios. Y también una modificación sustancial en el caso de existir descendencia de anterior matrimonio (como en el caso presente) pues ha desaparecido la limitación del artículo 73 de la Compilación conforme al cual el derecho de viudedad no podía extenderse en tal caso a bienes cuyo valor excediera de la mitad del caudal hereditario. Ahora prevé el artículo 283.3 del CDFa (artículo 101.3 de la Ley 2/2003) la posibilidad de que un cónyuge, por su sola voluntad, excluya del usufructo viudal del otro bienes de la herencia que recaigan en descendientes suyos que no sean comunes, siempre que su valor no exceda de la mitad del caudal hereditario. En el caso que nos ocupa el causante nada dispuso al respecto por lo que el usufructo se extiende a todos sus bienes. Tampoco hizo uso de la posibilidad de eximir al viudo de la exigencia de prestar fianza si los nudos propietarios lo solicitan (artículo 285.b del CDFa).

Las características propias del usufructo viudal aragonés las resume el apartado XIII del Preámbulo de la Ley 2/2003, hoy apartado 27 del Preámbulo del CDFa, con la justificación de sus modificaciones: *«El usufructo viudal no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código civil. Su carácter de derecho de familia, a la vez que su extensión como universal, que afecta a una masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas. La Ley incorpora las ya contenidas en la Compilación, con algunas variantes y concreciones (por ejemplo, sobre inventario y fianza), e incluye asimismo otras nuevas, sin por ello pretender hacer innecesaria la aplicación del Derecho supletorio.»*

Partiendo de la peculiaridad aragonesa de tratarse de un derecho de origen familiar, atribuido por la celebración del matrimonio,

y de carácter vitalicio, con las específicas normas ya destacadas, la regulación de la Compilación obligaba a remitirse en buena medida al Código civil –aplicación supletoria que, como acabamos de ver, no se excluye totalmente ahora–, en cuanto la naturaleza y contenido del usufructo (artículo 467: derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia), y derechos y obligaciones del usufructuario (artículos 471 a 512). Dice ahora el artículo 289 del CDFa: *«El usufructo viudal atribuye a su titular los derechos y obligaciones de todo usufructuario, con las modificaciones que resultan del presente Capítulo»*.

Entre estas normas del Código civil el artículo 482 ya permitía al usufructuario el derecho a servirse de las cosas que no se puedan usar sin consumirlas, entre las que el dinero sería la más característica, con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, siendo estimadas (las cosas), o a restituir igual cantidad al tiempo de cesar el usufructo. Y todo usufructuario está obligado antes de entrar en el goce de los bienes a formar inventario y a prestar fianza (artículo 491), pudiendo ser dispensado cuando de ello no resultare perjuicio a nadie (artículo 493). La obligación de prestar fianza la exceptúa el artículo 492 al cónyuge sobreviviente respecto la cuota legal usufructuaria, si el cónyuge no contrae ulterior matrimonio.

Así pues, en la regulación del Cc. de este cuasiusufructo, sin duda aplicable como supletoria en Aragón hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2003, venía obligado el usufructuario de dinero a restituir igual cantidad. Y en todo caso, para el derecho común, según hemos visto, antes de entrar en el goce debía prestar fianza (artículo 491.2º Cc). En la Compilación, como ahora tras la Ley 2/2003, el viudo entraba en posesión de los bienes sujetos a usufructo desde el fallecimiento, pero igualmente con la obligación de prestar fianza.

Deberemos comprobar si la nueva regulación aragonesa ha modificado esta situación.

**Tercero:** La recurrente considera que se ha infringido el artículo 283 CDFa porque su apartado 4 atribuye al viudo desde el momento del fallecimiento de su cónyuge la posesión de los bienes, posesión de la que se le viene a privar –argumenta– si para prestar aval bancario la entidad de ahorro le obliga a pignorar el dinero, por razón de garantía. Y –añade– porque aunque depositara el dinero en el Juzgado se le estaría desposeyendo de los bienes en usufructo, contrariamente a la disposición legal que atribuye al viudo la posesión de los bienes afectos.

El artículo 79 de la Compilación, como hemos dicho, atribuía igualmente al viudo la posesión de los bienes desde el momento del fallecimiento y también estaba obligado a prestar fianza. Para el Código civil en el caso de los bienes consumibles la aplicación de los artículos 482 y 491 Cc. llevaría a la obligación del usufructuario de prestar fianza incluso para entrar en el goce del dinero. La regulación aragonesa, de forma más favorable al viudo, atribuía y atribuye la entrada en posesión de los bienes desde el fallecimiento del premuerto con todas las facultades inherentes a ello, pero no le exime de garantizar la obligación de restitución de los bienes. La posibilidad de adopción de medidas cautelares como sanción a la falta de inventario (artículo 288 CDFa) abona esta interpretación.

La regulación del artículo 299 CDFa faculta al viudo usufructuario a disponer del capital sin venir condicionado para ello por la obligación de prestar fianza, y extiende de forma expresa a los herederos del viudo la obligación de restituir el dinero dispuesto por éste. La pérdida de la posesión que la recurrente alega, según la modalidad de afianzamiento adoptada, no parece que deba resolverse mediante la

exención de prestar fianza, con el riesgo correspondiente para los nudos propietarios. Posesión no es propiedad, aunque doctrinalmente la cuestión fuera discutida para el mismo supuesto del artículo 482 Cc., pero de este precepto no resulta necesariamente que la posibilidad de disposición de tales bienes sea título bastante para afirmar que queda transferida la propiedad. Con seguridad a lo que obliga este precepto es a restituir, de una forma u otra, lo que debe ser tenido en cuenta a los efectos de asegurar esta obligación. Subsiste la obligación de prestar fianza, obligación de la que hubiera podido dispensar el premuerto, y aunque pueda suscitarse la duda acerca de su importe ello no significa que por tal motivo se prive al viudo usufructuario de la posesión que le otorga el artículo 283 CDFA.

**Cuarto:** Ciertamente la regulación de los artículos 285 y 299 CDFA y su aplicación conjunta puede resultar conflictiva, pero la facultad de disposición del último precepto no puede ignorar la posibilidad de los nudos propietarios de solicitar el afianzamiento conforme al primero. El viudo puede disponer desde el momento del fallecimiento, por el efecto del artículo 283, «de todo o parte» del dinero (artículo 299), y ello no viene condicionado por la posibilidad que el artículo 285.b) otorga a los nudos propietarios de exigir la constitución de fianza, pues puede no llegar a ser exigida nunca por ellos. Aparte, naturalmente, de que el premuerto hubiera dispensado de tal obligación.

Puede suceder, y así ocurrirá con mucha frecuencia cuando los descendientes sean comunes, que los nudos propietarios no exijan la constitución de fianza a su padre o madre viudos, siendo ellos los que finalmente vendrían obligados a restituir produciéndose así la confusión de esa deuda. Pero en otras ocasiones, como en la presente, si los nudos propietarios son descendientes únicamente del premuerto éste

pudo relevar a su segundo cónyuge de la obligación de formalizar inventario y afianzar, en una fórmula habitual en los casos de único matrimonio con descendientes comunes. No siendo así, la obligación de prestar fianza a petición de los nudos propietarios resulta indudable por lo incierto de que tengan que verse obligados a exigir la restitución a los herederos del viudo.

El artículo 285 CDFA no concreta el importe de la fianza por lo que deberá ser calculado según el prudencial criterio judicial, lógicamente en función del riesgo de desaparición o deterioro de las cosas objeto del usufructo. En el caso de dinero el artículo 299 CDFA ordena restituir el valor actualizado de lo dispuesto por lo que, ante la posibilidad de que se pueda disponer de todo, no resulta ilógico ni irracional exigir fianza por el importe del capital disponible. Podría ocurrir que el viudo expresara su necesidad de disponer de parte de dicho importe y la fianza se ajustara al mismo, pero ante la fácil disponibilidad de la totalidad del capital, el criterio adoptado resulta adecuado y no cabe su modificación.

Pueden ser exploradas fórmulas que permitan un afianzamiento menos oneroso para el viudo, como incluso propuso subsidiariamente la parte demandante en los términos previstos en el párrafo tercero del art. 494 Cc. para el supuesto de no prestar la fianza el usufructuario, mediante la retención del dinero por el nudo propietario con la obligación de entregar al usufructuario su producto, aunque ello no evita la indisponibilidad para el usufructuario. También la transformación del usufructo (artículo 291 CDFA) y, en definitiva, cualquier otra fórmula que permita conjugar los intereses de ambas partes pues no es obligada ninguna modalidad concreta de afianzamiento.

En definitiva, no se aprecia vulneración de los preceptos indicados en el recurso por lo que el mismo debe ser desestimado.

**Quinto:** Tratándose de materia sobre la que no existe doctrina de esta Sala y atendiendo a las dudas suscitadas, conforme a lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1 LEC, no se hace imposición de costas del recurso.

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

#### FALLAMOS

**Primero:** Desestimar el recurso de casación núm. 10 de 2013, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar G A, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 28 de diciembre de 2012 aclarada por Auto de 15 de enero de 2013.

**Segundo:** No hacer imposición de las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido por la parte recurrente, al que se dará el destino legal.

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

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

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

**potestad:** *Olvida la parte recurrente que, tratándose de un menor hijo de ciudadanos ecuatorianos, probablemente no será de aplicación la norma cuya infracción denuncia, el art. 90 CDFa; y si lo fuera, conforme al art. 9.4 Cc., el art. 90 CDFa no regula la pérdida de la patria potestad, que no existe respecto de los aragoneses, sino de la autoridad familiar.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 90 CDFa.

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

#### NÚM. 35

A. TSJA de 2 de julio de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Inexistencia de patria**

#### NÚM. 36

S. TSJA 30/2013, de 4 de julio de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional:** *La determinación de la cuantía de la pensión del art. 82 CDFa corresponde a los tribunales de instancia, siendo cuestión no revisable en casación, por incidir en un ámbito de discrecionalidad que a ellos solos compete. El juicio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional. Sólo es posible la revisión en sede casacional de las sentencias recaídas sobre esta pretensión cuando no hayan tenido en cuenta los criterios para determinar la proporcionalidad.* **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida:** *Esta Sala tiene establecido el criterio de que la custodia compartida de los menores por parte de sus progenitores es el criterio preferente establecido por el legislador; quien entiende que con ese sistema se protege el interés de aquéllos, de modo que pueden relacionarse con ambos de forma normal. Sin embargo, el propio legislador tiene establecida la posibilidad de custodia individual*

*a favor de uno de los progenitores, cuando este sistema resulte más conveniente para el prevalente interés de los menores, siendo necesario en este supuesto que la sentencia que así lo acuerde razone suficientemente acerca de esa preferencia. Además el TSJA cita la STS 257/2013, de 29 de abril, que afirma para el Cc. que la custodia compartida es un sistema que permite a los menores relacionarse con ambos progenitores, y que debe aplicarse siempre que con él se satisfaga el interés prevalente del menor:*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 82 CDFA.

PONENTE: *Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salina.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 6/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 27 de noviembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 441/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 402/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de La Almunia de Doña Godina, siendo partes, como recurrente D. Ángel M C, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Ortiz Enfedaque y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Carmen Tobías Meneses, como recurrida D<sup>a</sup> Noelia P R, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Lourdes Oña Llanos y dirigida por el Letrado D. Joaquín Guerrero Peyrona y el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

**Primero:** Desestimar el recurso de casación núm. 6 de 2013, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Ortiz Enfedaque en nombre y representación de D. Ángel Francisco M C, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 27 de noviembre de 2012.

**Segundo:** No hacer imposición de las costas causadas en el recurso, con pérdida del depósito constituido por la parte recurrente, al que se dará el destino legal.

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

#### NÚM. 37

*S. TSJA 31/2013, de 10 de julio de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTE: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: El cambio de régimen obliga a la necesaria adaptación: Sin duda, es notorio que el cambio de régimen lleva implícita alteración en los hábitos de vida de los afectados, lo que obliga a la necesaria adaptación. Falta de fundamento de la custodia individual: Partiendo de la imposibilidad de practicar en este procedimiento y recurso de casación nueva valoración de la prueba ya tenuta en cuenta en la instancia, debe, sin embargo, ser reconsiderada la conclusión que, al tiempo de aplicación de la normativa, hizo la sentencia recurrida ante el acervo probatorio presente. Junto a las acreditaciones fácticas tomadas en consideración hay otras de suma relevancia como la capacidad de ambos progenitores para ostentar la guarda y custodia del menor y satisfacer sus necesidades, la proximidad de los domicilios de los padres, la vinculación afectiva de la hija con ambos padres y la existencia de una hermana por parte de padre de 2 años de edad que convive con el padre y su esposa. Ante tal concurrencia de hechos sustentadores de la custodia compartida no se constata que haya factores (la opinión de la hija, las relaciones entre los implicados) suficientes para excepcionarla y acordar la custodia individual como ha hecho la sentencia recurrida.**

**La opinión de los menores:** *No cabe concluir que una menor, con 10 años de edad, pueda reunir la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado.*

**Presencia de medio hermanos:** *Resulta indudable que el nacimiento de una hermana menor fruto de la relación entre el padre y su nueva esposa, salvo casos excepcionales, aporta una valiosa experiencia en la vida de una niña de 10 años, y es, por ello, circunstancia de especial relevancia a valorar en términos positivos al tiempo de facilitar el contacto entre las hermanas mediante la custodia compartida. Sin que, frente a ello, pueda realmente alzarse la exclusión de relevancia en este caso de la relación fraternal tan solo en cuestiones de fuerte matiz subjetivo, como lo son la opinión de la menor, que dice no apreciar tal relación de fraternidad, y en la conclusión del informe psicológico de que esta relación la desdibuja la diferencia de edad entre las dos hermanas.*

**Presencia de padrastro o madrastra:** *La relación entre la menor y la esposa de su padre no es mala, pero la niña dice que no tiene confianza en ella y según un pariente la niña le tenía miedo. Es incorrecto elevar estas opiniones subjetivas al rango de circunstancia suficiente para concluir que una rela-*

*ción acreditada como «no mala» debe entenderse como perjudicial para la niña, hasta el punto de desaconsejar la convivencia con el padre en el régimen de custodia compartida general ordenado por el art. 80 del CDFa.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80 CDFa.

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

*En Zaragoza, a diez de julio de dos mil trece.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 12/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 22 de enero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 146/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas definitivas número 228/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Teruel, siendo parte recurrente D. Gerardo Félix B G, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Inmaculada Isiegas Gerner y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Lucía Solanas Marcellán, y partes recurridas D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús A V, representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Gallego Coiduras y dirigida por el Letrado D. Salvador V Castellano y el Ministerio Fiscal.*

*Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** En fecha 28 de julio del 2011 la Procuradora Sra. Gálvez Almazán, en representación de D. Gerardo Félix B G, presentó ante el Juzgado decano de los de Teruel demanda de Modificación de Medidas definitivas de la sentencia de divorcio frente a D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús A V y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «(...) se acuerde la modificación de medidas



establecidas en la Sentencia de Divorcio núm. 191/2007 dictada por este Juzgado, estableciendo la guarda y custodia compartida de la menor E B A, validando el pacto de relaciones familiares que se acompaña como documento adjunto.

**PACTO DE RELACIONES FAMILIARES:** El presente pacto se presenta como propuesta en el Procedimiento de Modificación de Medidas Definitivas instado por D. Gerardo Félix B G ante el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Teruel. **ANTECEDENTES:** 1.—D. Gerardo B G y D<sup>a</sup> María Jesús A V contrajeron matrimonio canónico el día 7 de octubre de 2000 en Teruel, inscrito en el Registro Civil de Teruel al Folio 447, Tomo 51 de la Sección 2, II.—Del matrimonio nació una hija llamada E B A el día 25 de enero de 2002 en Teruel, inscrita en el Registro Civil Teruel al Tomo 186, página 207 de la Sección 1, III.—Debido a una serie de razones maduramente sopesadas y de indudable incidencia en su vida familiar, siempre bajo la perspectiva del interés de su hija menor de edad, D. Gerardo B G, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Padres, y tras el nacimiento de su segunda hija, Vega B Martín, ha decidido solicitar la guarda y custodia compartida de su hija, E B A, a fin de poder compartir el mismo tiempo que su madre con ella. A dicho fin, el compareciente propone las siguientes

**BASES DEL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES RESPECTO A LA RELACIÓN DE AMBOS PROGENITORES CON SU HIJA:** 1.—**Autoridad Familiar:** La autoridad familiar será ejercida por el padre y la madre, tal como dispone el artículo 68 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona y su concordante el artículo 156 del Código Civil en relación a la patria potestad, por lo que cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente a su hija serán consultadas y decididas por ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio de la menor. 2.—**Guarda y Custodia:** La guarda y custodia de E B A será compartida por ambos progenito-

res, quienes se harán cargo personalmente del cuidado de su hija en los periodos en los que conviva con ellos, comprometiéndose respecto a la guarda, el cuidado y la educación de su hija y teniendo cada progenitor en su casa la ropa y enseres precisos para la misma. 3.—**Desarrollo de la guarda y custodia.** Régimen de convivencia y visitas: E B A permanecerá con su padre los mismos días que con su madre, y ambos podrán disfrutar de la compañía de la menor por quincenas alternas. Los cambios de domicilio se realizarán los domingos alternos a las 20:30 horas, siendo el progenitor con quien ha pasado los últimos días quien llevará a la menor a la vivienda del otro. Así mismo se acuerda una tarde fija a la semana, que será la de los miércoles, en la que E B A estará con el progenitor que no le corresponda la guarda custodia esa quincena, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas. De este modo, la menor disfrutará de la compañía de sus padres en un tiempo de estancias totalmente equitativo, la mitad de las vacaciones para cada progenitor, debiendo distinguir: 1.1. Si los progenitores se encuentran en la misma localidad, en cuyo caso, tanto el día de Nochebuena como de Nochevieja el progenitor que en los citados días no tenga la guarda podrá recoger a la menor a las 17 horas y la deberá reintegrar al día siguiente a las 12 horas. 1. 2. El día 5 de enero, víspera de Reyes, la menor pasará el día con la madre, pernoctando en el domicilio familiar de ésta Y el día 6 de enero, día de Reyes, el padre recogerá a la menor a las 12 horas, reintegrándola en el domicilio materno a las 20,30 horas de ese mismo día en el caso de que fuese a ésta a quien correspondiese disfrutar de su compañía esa quincena. Durante las vacaciones de Semana Santa, se tendrá en cuenta únicamente los días festivos, correspondiendo al padre estar con su hija los años impares y a la madre los pares. Durante las vacaciones de verano se distribuirán también periodos quincenales, tanto el mes de julio como el mes de agosto, estando la menor quince días de julio con el padre y quince con la madre y del mismo modo durante el mes de agosto, eligiendo los años impares el padre y los años pares la madre. El presente régi-

men de visitas se entenderá sin perjuicio de la asistencia de la menor a campamentos, cursos de verano, etc. Las fiestas independientes corresponderán al mismo progenitor a quien correspondería la guarda, y así mismo sucederá cuando exista puente escolar, disfrutándolo el progenitor a quien le corresponda esa quincena. Ambos progenitores asumen que el bienestar de su hija pasa por que ambos mantengan con ella un amplio régimen de comunicación, por lo que convienen que la relación de éstos con la menor se desarrollará con flexibilidad, previo acuerdo de ambos progenitores, atendiendo prioritariamente al interés de su hija. Por ello, ambos progenitores podrán tener comunicación con su hija a través de los medios de comunicación existentes y los que están por venir siempre que lo deseen y no se obstaculice el desenvolvimiento normal de las actividades habituales que la menor realice, siendo de su costa los gastos derivados de la utilización de dichos medios de comunicación. Además, ambos podrán comunicarse telefónicamente con su hija cuando lo estimen conveniente, sin limitación alguna, y cualquiera de los progenitores tendrá derecho durante el tiempo en que su hija esté con el otro a mantener conversaciones telefónicas con él, para lo cual, si ello fuera necesario, se le informará previamente del número de teléfono donde puede localizarle o si no fuera posible, procurar el cónyuge la comunicación de la hija con el otro cónyuge mediante llamadas telefónicas de éste. Ambos padres se comprometen a respetar las actividades escolares y extraescolares de la menor tratando que no se produzcan variaciones en sus rutinas. Así mismo, ambos se comprometen a comunicarse todos aquellos acontecimientos importantes que se desarrollen en la vida de la menor durante el tiempo que esté con ellos. 4.—Domicilio de los progenitores: El domicilio materno queda fijado en Calle Río Guadalquivir, n.º 2, 3.º 1 de Teruel. El domicilio del padre se fija en Travesía Santa Mónica, n.º 2, 3.º B de la misma localidad. 5.—Relaciones de la menor con sus abuelos: Siendo enormemente beneficioso para la menor y atendiendo al derecho que éstos tienen respecto a la relación con sus nietos, se pretende que E

mantenga una relación estrecha con sus abuelos, para lo que se comprometen ambos progenitores a permitir y facilitar dicha relación, pudiendo la menor comer, o incluso pernoctar cuando sea deseado por los mismos o necesario. 6.—Participación en los gastos de la menor: Cada progenitor se hará cargo de la compra de la ropa y enseres precisos para la niña, sin necesidad de traslado de maletas. Cada progenitor hará frente a los gastos ordinarios y necesarios que genere su hija durante el tiempo que esté bajo su guarda y custodia, tales como alimentos, vestido y calzado, debiendo tener la menor en cada domicilio hábito suficiente proporcionado por el progenitor al que le corresponde la guarda. Ambos cónyuges convienen en asumir por mitades e iguales partes, todos aquellos gastos extraordinarios que contribuyan a la atención integral de la hija en común, como pueden ser ortodoncia, óptica u otras atenciones no cubiertas por la Seguridad Social, actividades extraescolares, campamentos, matrículas universitarias u otros de similares características, siempre y cuando hayan sido decididos de mutuo acuerdo entre los progenitores.

A tal fin, se abrirá una cuenta común a nombre de la menor en la que se realizarán los ingresos necesarios para cubrir dichos gastos extraordinarios en la citada proporción. Además, los progenitores aportarán 100 euros mensuales con el fin de satisfacer los gastos necesarios de la menor tales como comedor escolar y actividades extraescolares. Si algún mes el importe de estos gastos fuera superior se liquidarán en la misma proporción. Y para que así conste, velando en todo momento por el interés de la menor, y a la espera de ratificación por D<sup>a</sup> María Jesús A V, firma el presente pacto en Teruel a 26 de julio de 2011».

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y quedaron emplazadas las partes demandadas que comparecieron en tiempo y forma.

Por decreto de 24 de octubre de 2011 se tuvo por contestada la demanda y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de

Primera Instancia núm. 1 de Teruel dictó sentencia en fecha 27 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «**FALLO.**—**Primero:** *Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Gálvez Almazán en nombre y representación de D. Gerardo Félix B G DEBO MODIFICAR Y MODIFICO las medidas acordadas en sentencia de fecha 27 de diciembre de 2007, y en consecuencia ESTABLECER la GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA de la menor E B A, VALIDÁNDOSE el pacto de relaciones familiares que se acompaña a la demanda como documento núm. 6 (y que se adjunta a la presente resolución como copia testimoniada), con la única salvedad siguiente: DONDE DICE «E B A permanecerá con su padre los mismos días que con su madre, y ambos podrán disfrutar de la compañía de la menor por quincenas alternas», SE SUSTITUYE por la siguiente mención «E B A permanecerá con su padre los mismos días que con su madre, y ambos podrán disfrutar de la compañía de la menor por semanas alternas». «No ha lugar a pronunciarse sobre las costas causadas.»*

**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 las partes contrarias quienes presentaron sendos escritos de oposición.

Por Diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2012 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 22 de enero de 2013, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva dice así: «**FALLAMOS.**—*Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de apelación presentado por la representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús A V, contra la sentencia dictada el 27-6-2012, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Teruel, en los autos de modificación de medidas de divorcio seguidas con el número 228/2012 y como consecuencia: 1<sup>o</sup> Debemos de revocarla y la revocamos íntegramente. 2<sup>o</sup> En su lugar desestimamos íntegramente la demanda. 3<sup>o</sup>*

*Se amplía el régimen de visitas fijado en la resolución judicial de 27-12-2007, aprobando el convenio regulador del divorcio. Así, entre semana, además de los miércoles y en los mismos términos establecidos en el convenio, la menor podrá estar con su padre los lunes. 4<sup>o</sup> Se declara no haber lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso.»*

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Juana María Gálvez Almazán, actuando en nombre y representación de D. Gerardo B G, presentó en tiempo y forma escrito de interposición de recurso de casación contra la anterior resolución, que basó en los siguientes motivos: «*Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 LEC, el presente recurso de casación se funda, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal y como se detallará al proceder a su fundamentación. (...) Infracción del criterio de adopción preferente de la custodia compartida del artículo 80.2, 80.4 y 80.5 del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con los artículos 75.2 y 76.3 y la disposición transitoria primera de la misma ley.*» La parte alegó 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 24 de abril de 2013 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a las partes contrarias por plazo de veinte días, la representación de D. Gerardo Félix B G presentó escrito de oposición interesando la confirmación de la sentencia recurrida con condena en costas al recurrente. El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso. Por providencia de 30 de mayo de 2013 se señaló para la votación y fallo el día 26 de junio de 2013.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Por sentencia dictada el día 27 de diciembre de 2007 por el Juzgado de Pri-

mera Instancia número 1 de Teruel se acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes del presente procedimiento, que se había contraído el día 7 de octubre de 2000, y en el que nació una hija, E B A, el día 25 de enero de 2002.

Incoado a instancia de D. Gerardo Félix B G el presente procedimiento de modificación de las medidas definitivas acordadas en la resolución antes citada, el mismo Juzgado dictó sentencia de 27 de junio de 2012 en la que, estimando en lo esencial la demanda, acordó el cambio del régimen de custodia individual del menor a cargo de la madre por el de custodia compartida.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 22 de enero de 2013 por la Audiencia Provincial de Teruel estimó el recurso presentado y, revocando la sentencia apelada, estableció que el régimen a observar sería del de custodia individual de la menor, a cargo de la madre, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús A V, con ampliación del régimen de visitas por parte del padre.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

**Segundo:** El fundamento único del recurso presentado se basa en la infracción del criterio de adopción preferente de la custodia compartida del artículo 80, en relación con los artículos 75.2, 76.3, todos ellos del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), y desarrolla detalladamente sus argumentaciones respecto de los distintos extremos que la sentencia recurrida valora para establecer la custodia individual a cargo de la madre; especialmente, por referencia a la opinión de la menor, las circunstancias de la situación familiar, la relación de la menor con su hermana y la que existe entre los progenitores.

La sentencia recurrida, tras exponer la doctrina sentada por este Tribunal en interpretación del artículo 80 y relacionados del CDFA, con cita de varias resoluciones, y con concreción respecto del contenido de la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2012, inicia su razonamiento en torno a la importancia que cabe reconocer a la opinión manifestada por la menor, hija de los litigantes, respecto de si prefiere custodia compartida o individual, concluyendo que tal opinión es especialmente relevante en este caso. De modo que, por referencia a las consideraciones manifestadas por la psicóloga en informe aportado por la madre, termina afirmando que la opinión de la menor sirve para desaconsejar el régimen de custodia compartida.

A tal conclusión, favorable a la excepción en este caso de la norma general impuesta por el artículo 80 CDFA de establecimiento de custodia compartida, se añaden a continuación por la sentencia recurrida extensas consideraciones sobre el resto de circunstancias a valorar, propias ahora de las relaciones entre progenitores y entre la esposa del padre con la menor, así como a las actitudes que los padres tienen respecto a los hábitos y actitudes educativas, la situación de la menor con su medio-hermana nacida de la relación entre su padre y nueva esposa, y la ausencia de la cooperación necesaria entre los progenitores derivada de la conflictividad presente en sus relaciones.

Con ello, finalmente, concluye, que si bien existe una posibilidad de adaptación con éxito a la custodia compartida, sin embargo, el complejo de relaciones que se exponen como sustrato del que se va a nutrir el régimen, no ofrece garantía alguna de colaboración, profundización o especial atención a la menor en la etapa de su vida en que se encuentra, cercana a la adolescencia.

Con base en tales razonamientos, resumidamente expuestos ahora, termina en-

tendiendo que, más allá de la mera incertidumbre o duda sobre el régimen de custodia compartida, se dan factores relevantes y de reflejo en las actitudes y relaciones entre los progenitores y demás sujetos implicados de pronóstico desfavorable hacia tal régimen, por lo que la bondad del criterio predeterminado legalmente como preferente ha quedado puesta en entredicho y no debe ser aplicado, de modo que se estará a la custodia individual, si bien ampliando el régimen de visitas a favor del padre no custodio.

**Tercero:** Debe considerarse, en fin, que el núcleo esencial que sirve de base en la resolución recurrida para excluir la custodia compartida descansa en dos pilares fundamentales: el criterio manifestado de modo estimable por la hija menor, de preferir seguir bajo custodia de la madre; y las inadecuadas relaciones existentes entre los principales intervinientes en la situación presente: progenitores, nueva esposa del padre, y medio-hermana de la menor.

Partiendo de la imposibilidad de practicar en este procedimiento y recurso de casación nueva valoración de la prueba ya tenida en cuenta en la instancia, debe, sin embargo, ser reconsiderada la conclusión que, al tiempo de aplicación de la normativa, hizo la sentencia recurrida ante el acervo probatorio presente, y que la propia resolución recurrida expone con claridad.

Como resulta de la resolución impugnada, al lado de las acreditaciones fácticas obrantes conducentes a la decisión de establecer la custodia individual, existen otras también de suma relevancia para considerar si cabe o no excepcionar en este caso el mandato legal de ser preferente la custodia compartida. Especialmente debe hacerse mención de la afirmación del Tribunal de Apelación de considerar a ambos progenitores capacitados para ostentar la guarda y custodia del menor, siendo los

dos capaces de satisfacer sus necesidades.

Partiendo de tan importante dato, también aprecia la sentencia recurrida que los domicilios de los progenitores están próximos, que existe vinculación afectiva de la hija con ambos progenitores, y que la hermana por parte de padre de la menor, Vega B Martín, tiene en la actualidad cerca de 2 años de edad, y convive con su padre y la esposa de éste, D<sup>a</sup> Paquita.

Ante tal concurrencia acreditada de hechos sustentadores, sin duda, del establecimiento de la custodia compartida legalmente ordenado como preferente, no se constata que, más allá de potenciales problemas o de valoraciones sobre la realidad, se desprendan de la sentencia datos concretos y acreditados que conlleven a excluir este régimen preferencial, con base en los pilares antes citados de relevancia de la opinión de la hija y de realidad de las relaciones entre los implicados.

**Cuarto:** En lo referente a la opinión de la niña, partiendo de la madurez que observa en ella la sentencia recurrida en este caso, no cabe, sin embargo, concluir que una menor, con 10 años de edad, pueda reunir la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto

de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado.

Por lo que respecta a las relaciones de los incardinados en la cuestión a resolver debe considerarse, en primer lugar, que la que hay con la hermana por parte de padre no se recoge en la sentencia recurrida como factor negativo respecto de la menor hija de los litigantes. Y, en cambio, resulta indudable que el nacimiento de una hermana menor, salvo casos excepcionales entre lo que nada permite aventurar que se encuentre el presente, aporta una valiosa experiencia en la vida de una niña de 10 años, y que es, por ello, circunstancia de especial relevancia a valorar en términos positivos al tiempo de facilitar el contacto entre las hermanas mediante la custodia compartida. Sin que, frente a ello, pueda realmente alzarse la exclusión de relevancia en este caso de la relación fraternal tan solo en cuestiones de fuerte matiz subjetivo, como lo son la opinión de la menor, que dice no apreciar tal relación de fraternidad, y en la conclusión del informe psicológico de que esta relación la desdibuja la diferencia de edad entre las dos hermanas.

Por lo que hace a la relación entre la menor y la esposa de su padre, D<sup>a</sup> Paquita, según indica la sentencia recurrida, por referencia a la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, no es mala. Al lado de ello de nuevo estima que, según indica la propia niña, no tiene confianza con ella, y que conforme al testimonio de un pariente por afinidad de la demandada, la niña le tenía miedo. Se está así incorrectamente, a elevar opiniones subjetivas, como la posible desconfianza manifestada por la menor, o la conclusión obtenida por un pariente afín, no concurrente o contrastada con otras, al rango de circunstancia suficiente para concluir que una relación acreditada como «no mala» debe entenderse como perjudicial para la niña, hasta el punto de desaconsejar la convivencia con el padre

en el régimen de custodia compartida general ordenado por el artículo 80 del CDA.

**Quinto:** En consecuencia con lo expuesto, debe, finalmente, concluirse que no queda fundamentada la valoración final hecha por la sentencia recurrida de que las circunstancias concurrentes evidencian factores relevantes de riesgo en las actitudes y relaciones de los progenitores y sujetos implicados de pronóstico desfavorable hacia el régimen de custodia compartida. Sin duda, es notorio que el cambio de régimen lleva implícita alteración en los hábitos de vida de los afectados, lo que obliga a la necesaria adaptación. Pero en este caso, más allá de las valoraciones subjetivas ya expuestas, los datos o circunstancias presentes no alcanzan el rango de excluir el establecimiento del régimen preferente legalmente ordenado de custodia compartida sino que, por el contrario, lo que permiten concluir en este momento es que con él se respetará el derecho de ambos progenitores capaces al ejercicio compartido de la guarda y custodia, y el también ordenado legalmente favorecimiento de la relación fraternal.

Por tanto, procede estimar el recurso de casación formulada, casando la sentencia recurrida y estando, en su lugar, a la parte dispositiva de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Teruel el día 27 de junio de 2012.

**Sexto:** De conformidad con lo establecido en los artículos 394, 397 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando el recurso de casación, y parcialmente estimadas las pretensiones que sostuvo el ahora recurrente en su demanda y recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

Vistos los artículos citados y los 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 D. Gerardo Félix B G contra la sentencia dictada el día 22 de enero de 2013 por la Audiencia Provincial de Teruel que casamos, dejándola sin efecto.

**Segundo:** En su lugar, se estará al Fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Teruel el día 27 de junio de 2012.

**Tercero:** No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso ni en primera y segunda instancia.

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

Dese al depósito constituido, en su caso, el destino legal.

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.

*cia (SSTS 9 febrero 2012, 4 abril 2012, 19 abril 2013 y 7 mayo 2013).*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Pronunciamientos discrecionales:** *La valoración de la necesidad de venta de la vivienda familiar para unas adecuadas relaciones familiares (art. 81.4 CDFA), así como la determinación del lapso temporal concreto de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores (art. 81.3 CDFA), son cuestiones que incumben al juzgador de instancia, que las fijará discrecionalmente al tratarse de pronunciamientos 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, salvo cuando los pronunciamientos sean irracionales, contrarios a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia (SSTS-JA 13 julio 2012, 4 enero 2013 y 7 febrero 2013), lo que no sucede en el caso de autos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 81 CDFA.

**PONENTE:** *Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.*

## NÚM. 38

*S. TSJA 32/2013, de 11 de julio de 2013*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Prohibición de hacer supuesto de la cuestión:** *La parte recurrente hace supuesto de la cuestión, lo que significa partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no ha declarado probados la sentencia de instancia –STS 6 mayo 2013–, lo que está proscrito por el propio concepto de la función de la Sala de casación, que no constituye una tercera instan-*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 8/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 17 de diciembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 409/2012, dimanante de autos de modificación de medidas de divorcio número 266/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Huesca, siendo parte recurrente D. Ángel Gregorio O M, representado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Bonilla Sauras y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Mercedes Urraca Laguna y partes recurridas D<sup>a</sup> Dolores G L, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González y dirigida por el Letrado D. Manuel Freire Barraca y el Ministerio Fiscal.*

[...]

**FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ángel Gregorio O M contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 17 de diciembre de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas de los recursos.

39

**NÚM. 39**

*S. TSJA 33/2013, de 12 de julio de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Falta de fundamento de la custodia individual: Tanto el Juzgado como la Audiencia tuvieron en cuenta todas las circunstancias concurrentes, tanto antes como después, incluso, de que se hubiera iniciado el procedimiento judicial. Así, se valoraron la consideración del informe pericial de producir efecto positivo la custodia compartida; la mejor posibilidad de relación con el entorno paterno y con el hermano por parte del padre; la polarización de la menor hacia la figura materna; las incidencias creadas por la resistencia de la madre al cumplimiento de lo acordado; etc. Y fue en atención a este conjunto de factores concurrentes favorables a la custodia compartida a los que se terminó dando mayor relevancia que a la opinión de la menor favorable a la custodia individual de la madre. La opinión de los menores: Entre los factores a tener en cuenta para acordar el sistema de guarda y custodia es sin duda de valorar la opinión manifestada por el propio hijo interesado y esta opinión será de gran relevancia por cuanto resulta indiscuti-**

*ble que contar con el parecer del menor, bien sea obtenido mediante exploración judicial, bien por otros medios de conocimiento, conducirá en todo caso a obtener la mejor solución posible ante las situaciones de crisis de ruptura de convivencia entre progenitores que tengan hijos menores a su cargo. Ahora bien, la opinión del menor no es el único factor del art. 80.2 CDFa a considerar para decidir sobre la custodia, la opinión de los hijos es una cuestión de gran relevancia, pero no la única a valorar. En el caso, aunque la opinión de la hija es favorable a la custodia individual de la madre, valorada teniendo en cuenta las demás circunstancias concurrentes, se decide establecer la custodia compartida. La opinión del menor debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, conforme a lo dicho en la STSJA 31/2013, de 10 de julio.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80.2 CDFa.

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación al número 17/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 19 de febrero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 324/2012, dimanante de autos de modificación 479/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen D. U., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Belén Gabián Usieto y dirigida por el Letrado D. José Antonio Visús Apellániz, y como parte recurrida D. Jesús A. L., representado por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Guerrero Ferrández y dirigido por el letrado D. Álvaro de la Sala Lobera, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.*

[...]



## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña M<sup>a</sup> del Carmen D. U. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 19 de febrero de 2013.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación.

40

## NÚM. 40

S. TSJA 34/2013, de 16 de julio de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Derecho del menor a ser oído:** *El derecho de los menores a expresar su opinión figura reconocido, entre otros preceptos, en los arts. 6, 76.4 y 80.2.c del CDEFA, así como en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, precepto este último que impone el deber de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.* **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: El cambio de régimen obliga a la necesaria adaptación:** *La custodia compartida es una medida personal que precisa de una inevitable adaptación del menor a un sistema previsto en su propio interés y destinado a facilitar unas relaciones continuadas con sus dos progenitores en una situación de ruptura del matrimonio de los padres que trastoca todo el régimen antiguo de convivencia al que estaban habituados. Falta de fundamento de la custodia individual: La escasa edad*

*y madurez de los menores –de 9 y 10 años de edad– no permite atribuir a su opinión favorable a la custodia individual de la madre el carácter determinante que se le otorga en la instancia, a falta de razones adicionales que así lo aconsejen. Dado que los padres reúnen condiciones y aptitudes suficientes para asegurar la estabilidad y cuidado de los hijos, hay que concluir que no se han expresado razones suficientes para justificar el desplazamiento del tipo de custodia preferente legalmente previsto. Procede estimar este motivo del recurso y casar la sentencia recurrida. La opinión de los menores: Respecto a la importancia de la opinión del menor, esta Sala ha tenido oportunidad de destacar que la misma «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 art. 80.2 CDEFA» –S 24/7/2012–; se trata de «uno de los factores indicados en el art. 80.2 del CDEFA, 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 –S 19/10/2012–; la opinión de una menor de 10 años de edad «madura, reflexiva y sensible, que ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre, [constituye] un dato a tener en cuenta, juntamente con el resto de las pruebas –S 1/2/2012–; en otras resoluciones se han tenido en cuenta las razones expuestas por el menor para justificar su preferencia o los motivos de rechazo de un tipo de custodia –S 19/10/2012–; finalmente, a mayor madurez, mayor relevancia de la opinión expresada por el menor, especialmente de los mayores de 14 años –Ss 16/10/2012 y 12/3/2013, entre otras–. También se reproduce lo dicho, con similar criterio, en la S 10/7/2013 sobre el valor de la opinión de una menor de 10 años de edad, reiterado en la S 12/7/2013 respecto de una menor de 11 años de edad en el momento de la exploración. En el caso, la opinión de dos meno-*

res de corta edad –10 y 9 años– debe ser valorada con cautela; la corta edad y madurez de los menores no permite atribuir a su criterio carácter determinante, a falta de razones adicionales, expresadas por ellos o resultantes de las restantes pruebas, que así lo aconsejen.

**Preferencia de la custodia compartida:** La Sentencia recuerda y reproduce lo que constituyen los criterios reiterados por esta Sala en la interpretación de la norma de preferencia legal que establece el art. 80.2 CDFA y que están enumerados en la sentencia de 1 de febrero de 2012. Además, se ha expresado: «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» (Ss. 18 abril 2012 y 27 noviembre 2012). El criterio legal es la adopción de la custodia compartida si los padres, como aquí acontece, reúnen condiciones y aptitudes suficientes para asegurar la estabilidad y cuidado de los hijos, porque dicha custodia es la que, en principio, mejor satisface el interés de los menores.

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80.2, 76.4 y 6 CDFA.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.

En Zaragoza, a dieciséis de julio de dos mil trece.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación y extraordinario de infracción procesal número 13/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 30 de enero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 563/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 286/2011, seguidos ante el

Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Anselmo C. H., representado por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Broceño Esponey y dirigido por el Letrado D<sup>a</sup> Cristina Chárlez Arán, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Susana M. A., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Alejandra Pérez Correas y dirigida por la letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Bernal Cameo.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Procurador de los Tribunales D. Alberto Broceño Esponey, actuando en nombre y representación de D. Anselmo C. H., presentó demanda de Modificación de Medidas contra D<sup>a</sup> Susana M. A. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se tenga por solicitada la modificación de medidas judiciales en cuanto a los hijos menores, siendo solicitada: «Custodia compartida respecto a los hijos menores (Marina y David).» Lo que se concreta en el cuerpo del escrito en una custodia compartida por cursos escolares completos.

**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 misma, compareciendo dentro de plazo y contestando, solicitando la demandada se dictase sentencia «por la que desestimando la demanda interpuesta por el padre, se mantengan las medidas del Divorcio fijadas por Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2005, salvo la pensión de alimentos que se fijará en 586€/mes, eliminándose con ella la obligación del padre de pagar todos aquellos gastos que expresamente se relacionan en el convenio a excepción de los gastos extraordinarios de los menores propiamente dichos, y estableciéndose la condena en costas

del actor por su actuación temeraria y de mala fe.»

**Tercero:** El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha treinta de marzo de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que debo estimar y estimo la demanda de modificación de medidas adoptadas en proceso de divorcio, deducida por el Procurador D. José Alberto Broceño Esponey, en nombre y representación de D. Anselmo C. H., contra D<sup>a</sup> Susana M. A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Valgañón Palacios, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y con efectos desde el comienzo del curso escolar 2012/2013, la guarda y custodia de los hijos comunes, Marina y David C. M., sea ejercida de forma compartida, por periodos alternos equivalentes al Curso escolar, por ambos progenitores, D<sup>a</sup> Susana M. A. y D. Anselmo C. H., correspondiendo el curso 2012-13 al padre, el de 2013-14 a la madre, y así sucesivamente, manteniéndose vigente hasta la señalada fecha el actual sistema de guarda y custodia y visitas, estableciéndose, a partir del momento antes señalado, como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, no tenga bajo su custodia a los menores, el propuesto en la demanda, que a continuación se transcribe:

A) Recogerá a los menores los martes y jueves lectivos para tenerlos en su compañía desde la salida del colegio hasta las 20:00 h, debiendo recogerlos en el colegio y reintegrarlos en el domicilio del custodio.—B) Los fines de semana alternos, desde que los hijos en el indicado día terminen su jornada escolar o académica o actividades culturales o extra-académicas del viernes hasta las 20:00 h del domingo, debiendo recogerlos en el colegio y reintegrarlos en el domicilio en el que residan

durante el curso escolar en el indicado día y hora.—Para el cómputo de los fines de semana alternos, se seguirá el orden que se estaba siguiendo actualmente. El orden de disfrute de los fines de semana alternos se podrá alterar en verano y Navidad, sin perjuicio del cómputo global anual de fines de semana volviendo el orden anterior una vez terminados estos periodos.—C) La mitad de los periodos vacacionales, escolares o académicos de los menores en Navidad, Semana Santa y vacaciones del Pilar. Para determinar la mitad correspondiente a cada progenitor, decidirá en primer lugar el progenitor que no tenga la custodia el curso escolar, teniendo en cuenta que la primera mitad de las vacaciones de Navidad termina el día 30 de diciembre. Si en su cómputo total por días, en este periodo resultase que con impares, se entenderá que el periodo se divide en dos periodos idénticos, y el día impar será justo el que separe los dos periodos, de forma que el segundo periodo subdividido comenzará a las 14 h. de ese día impar y divisorio de los dos periodos.—El progenitor que deba decidir el periodo vacacional que le corresponda, comunicará al otro su decisión a la entrega del calendario escolar del curso escolar correspondiente, y como tarde al principio del curso indicado.—En cuanto a la mitad del periodo vacacional de verano, los meses de julio y agosto se repartirán por quincenas alternas. El resto de las vacaciones de verano se disfrutarán a medias. El total de los días disfrutados deberá ser el mismo para ambos progenitores.—Para la elección del periodo correspondiente, decidirá cada año el progenitor que tenga la custodia ese curso escolar. Se consideran las vacaciones de verano, las posteriores a cada curso escolar. Durante este periodo vacacional se podrá alterar el orden establecido de disfrute de los fines de semana sin perjuicio del cómputo global anual de los mismos. Finalizado el periodo de vacaciones se volverá al orden an-

terior de disfrute de fines de semana.—El padre o la madre recogerá y reintegrará a los menores, en los respectivos domicilios escolares, en las fechas correspondientes.—El progenitor que deba decidir el periodo vacacional que le corresponda comunicará al otro su decisión a la entrega del calendario escolar del curso escolar correspondiente, y, como tarde, al principio del curso indicado.—D) El presente régimen de comunicación y visitas se entenderá sin perjuicio de la asistencia de los hijos a campamentos, cursos de verano o en el extranjero o similar.—E) El padre y la madre podrán comunicarse telefónicamente con los hijos cuando lo estimen conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de los menores.—F) Las fiestas locales y resto de días no lectivos: Se repartirán a partes iguales entre los dos progenitores, sin contar como fiesta los fines de semana, eligiendo cada año el progenitor que no tenga la custodia durante el curso escolar. La elección de las fiestas locales se comunicará al otro progenitor a la entrega del calendario escolar del curso correspondiente, y como tarde, al principio del curso indicado.—H) Cumpleaños: el día del padre y el día del cumpleaños del padre (2 de noviembre): cuando el padre tenga la custodia. Si es día lectivo podrá comer con ellos y pasar la tarde con ellos aunque sea día de visita de la madre.—Si es día no lectivo pasarán el día con el padre, aunque el día corresponda a la madre (de las 10 horas a las 20 horas).—Cuando el padre no tenga la custodia. Si es día lectivo, el padre podrá comer con ellos y después tenerlos en su compañía, desde la salida del colegio hasta las 20 horas, debiendo recogerlos a la salida del colegio y reintegrarlos en el domicilio de la madre el indicado día y hora.—Si es día no lectivo, el padre pasará a recogerlos para tenerlos en su compañía desde las 10 horas hasta las 20 horas, debiendo recogerlos en el domicilio de la

madre y reintegrarlos en el mismo domicilio el indicado día y hora.—El día de la madre y el día de cumpleaños de la madre (14 de febrero). Se procederá de la manera.—El día del cumpleaños de los menores (Marina el 9 de marzo y David el 29 de mayo): si es día lectivo, ambos podrán ir a comer con el progenitor que NO tenga la custodia en ese momento. Si también es día de visita para el progenitor que no tenga la custodia (martes o jueves) pasarán la tarde con dicho progenitor.—Si es día no lectivo o fin de semana, el progenitor, que no tenga la custodia, pasará con ellos desde las 10 horas hasta las 17 horas, debiendo recogerlos y reintegrarlos en el domicilio del progenitor que tenga la custodia de ese momento.—El día de cumpleaños de su hermana Lena C. (30 de marzo): Cuando el padre tenga la custodia, si es día lectivo podrán los menores comer con el padre y pasar la tarde juntos. Si coincide con día de visita de la madre (martes o jueves) se le cambiará por otra tarde de esa misma semana.—Si es día no lectivo, el padre los tendrá desde las 10 hasta las 17 horas, en caso de que el día corresponda a la madre, recogidos y reintegrados en el domicilio de la madre el indicado día y hora. Cuando el padre no tenga la custodia.—Si es día lectivo el padre podrá comer con los menores y después pasará a recogerlos, para tenerlos en su compañía desde la salida del colegio hasta las 20 horas, debiendo recogerlos en el colegio y reintegrarlos en el domicilio de la madre el indicado día y hora. Si no coincidiera con día de visita del padre, se cambiará por un día de visita de esa semana.—Si es día no lectivo, el padre pasará a recogerlos para tenerlos en su compañía desde las 10 hasta las 17 horas, debiendo recogerlos en el domicilio de la madre y reintegrarlos en el mismo domicilio el indicado día y hora.—A los efectos más arriba señalados, se considerará que el Curso escolar dará comienzo a partir de las 19:00 horas del primer sábado después

del primer lunes del mes de septiembre, y finalizará el día uno de julio, a las 18:00 horas, con independencia de a quién le correspondiera en cada caso la visita según el régimen ordinario de fines de semana vigente en ese momento. Si el curso escolar comenzara antes, o terminara después de las fechas respectivamente señaladas, el intercambio se retrotraerá, en el primer caso, al sábado inmediatamente anterior al día de inicio de las clases, o, en el segundo, al día siguiente al de la efectiva finalización del periodo escolar.—El padre, D. Anselmo C. H., contribuirá con la cantidad total de doscientos cincuenta euros (250€) mensuales a los gastos de los hijos durante el curso escolar que no convivan con él, en las condiciones y circunstancias que se dejaron establecidas en el párrafo segundo del FD Cuarto de esta resolución.—Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.»

Por el Procurador de los Tribunales Sr. Broceño Esponey se solicitó aclaración complemento de la anterior sentencia, dictándose Auto en fecha 25 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: «Acuerdo.—Integrar el Fallo de la Sentencia dictada en este procedimiento con fecha 30-03-12, en los términos siguientes: Se mantiene la atribución a la madre, D<sup>a</sup> Susana M. A., de la que fuera vivienda familiar, con la limitación temporal de un año, contado desde el uno de septiembre de dos mil doce, como consecuencia de la atribución de la guarda y custodia compartida de los hijos a favor de ambos progenitores. En dicho término las partes podrán acordar lo procedente sobre la adjudicación o venta del inmueble.»

**Cuarto:** D<sup>a</sup> Susana M. A., esta vez representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Alejandra Pérez Correas y dirigida por la letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Bernal Cameo, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por dicho Juzgado de Pri-

mera Instancia, confiriendo traslado a las otras partes, oponiéndose al mismo tanto el Ministerio Fiscal como la parte contraria.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, se practicó la exploración de los menores y se confirió traslado a las partes, presentando estas sus alegaciones; en fecha 30 de enero de 2013 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: «FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Susana M. A. frente a la sentencia de fecha 30-03-2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 en los autos de Modificación de Medidas núm. 186/2011, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, procede mantener las medidas decretadas en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 10-IX-2005 con la única salvedad del uso del domicilio familiar que queda atribuido a la demandada Susana M. A. de manera exclusiva hasta cinco años desde la fecha de la Sentencia dictada en primera instancia.—Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en ambas instancias.—Devuélvase el depósito constituido por doña Susana M. A.».

**Quinto:** La representación legal de D. Anselmo C. H. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, basándolos, este último en infracción de los artículos 209.4<sup>º</sup> y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y el de casación en infracción por aplicación incorrecta de los arts. 80.2 y 3 y 81.3 del CDEFA.

**Sexto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por providencia de 4 de abril pasado se acordó lo siguiente:

«La sentencia de segunda instancia, dictada en fecha 30 de enero de 2013 por

la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, ha sido recurrida por infracción procesal y casación por la representación procesal de don Anselmo C. H.

En los motivos de infracción procesal interpuestos por la parte recurrente se observan las siguientes posibles causas de inadmisión.

El motivo primero de infracción procesal se fundamenta, con cita de los artículos 209.4 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la existencia, en la posición sostenida por la parte, de una contradicción interna en la sentencia al no efectuar, como la propia resolución menciona, una atenta valoración de la prueba que tenga en cuenta todos los intereses involucrados.

En cuanto a su planteamiento, y tras el análisis de la resolución impugnada, la parte parece combatir la valoración de la prueba, situación en la que hay que apreciar, con arreglo a los acuerdos de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, que puede concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo segundo, también de infracción procesal, se articula por contravención de los apartados 1 y 2 del art. 281, y de los arts. 217, 218 y 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar que la sentencia recurrida no respeta el resultado del informe pericial, ni razona por qué concede mayor valor a la audiencia del menor que al resto de las pruebas practicadas.

La lectura de la sentencia recurrida, sin embargo, evidencia que la misma está debidamente motivada y es congruente con las pretensiones deducidas por las partes, y lo que muestra el recurso es la discrepancia de la recurrente con la valoración probatoria contenida en la referida resolu-

ción, razones por las que procede, al igual que en el anterior motivo, apreciar que puede concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, el tercer y último motivo de casación deducido por la parte alude a la existencia de interés casacional, ex art. 3.1 de la Ley sobre la Casación Foral Aragonesa, por oponerse la sentencia a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Hay que aclarar que previamente, en la exposición de los requisitos legales del recurso, la parte mencionó tanto la cuantía, como el interés casacional como cauces de acceso a la casación. Pues bien, procede dar traslado a las partes de la mención del interés casacional que se hace entre los motivos del recurso de casación, porque nos hallamos ante un requisito o cauce de acceso a la casación, pero no ante un concreto motivo de impugnación por infracción de precepto civil sustantivo, conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley sobre la Casación Foral Aragonesa.

En consecuencia, procede dar el trámite previsto en el artículo 483.3 de la Ley procesal, poniendo de manifiesto a las partes las referidas circunstancias a fin de que en el plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen procedentes.»

Dentro de plazo, las partes presentaron sus alegaciones, manifestando el Ministerio Fiscal que procedería la inadmisión de los motivos de infracción procesal y el tercero de los de casación; por su parte, la parte recurrente, solicitó la admisión de ambos recursos y en todo caso el de casación; y por su parte la recurrida solicitó la inadmisión de ambos recursos.

Por Auto de 6 de mayo, se 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:** No admitir los motivos primero y segundo de infracción procesal, ni el tercero de casación formulados por la representación de don Anselmo C. H., y admitir los motivos primero y segundo de casación deducidos por esta misma parte.

**Tercero:** Dar el traslado establecido en el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito, respecto a los dos motivos admitidos, en el plazo de veinte días.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.»

Conferido el traslado acordado, las partes presentaron sus escritos de alegaciones, oponiéndose a la estimación del recurso tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida.

En fecha 6 de junio, la Sala consideró necesaria la celebración de vista, señalándose para su celebración el día 4 de julio a las 10 horas.

Por la representación legal de D. Anselmo C. se presentó escrito solicitando la práctica de prueba, que fue denegada por auto de 19 de junio pasado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Don Anselmo C. H. y doña Susana M. A. contrajeron matrimonio el día 3 de mayo de 1997 y tuvieron dos hijos, Marina y David, nacidos, respectivamente, el 9 de marzo de 2002 y el 29 de mayo de 2003.

Por sentencia de 10 de septiembre de 2005, dictada en un anterior procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo núm.

1108/2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza, se acordó la disolución por divorcio del vínculo matrimonial y la atribución de la guarda y custodia de los dos menores a la madre, con un contribución del padre en concepto de alimentos a favor de los hijos de 300 euros mensuales –con una cuantía actualizada en 2011 de 336 euros–, así como la atribución del uso de la vivienda conyugal a favor de la esposa.

Con estos antecedentes, don Anselmo C. H. ha interpuesto demanda de modificación de medidas de divorcio en fecha 21 de marzo de 2011, en solicitud de la guarda y custodia compartida de los menores, alegando en dicho escrito que ha contraído nuevo matrimonio en fecha 9 de agosto de 2008, unión de la que ha nacido una hija, Lena, el 30 de marzo de 2009.

Doña Susana M. A. se opuso a la demanda interesando el mantenimiento de las medidas de divorcio acordadas en la sentencia de 10 de noviembre de 2005, a excepción de la pensión de alimentos a favor de los menores, cuyo importe solicitó que se aumentara en 250 euros, hasta un total de 586.

Por sentencia de 30 de marzo de 2012 se acordó un régimen de guarda y custodia compartida de los dos menores por cursos escolares, debiendo contribuir el padre con la cantidad total de 250 euros mensuales a los gastos de los hijos durante el curso escolar que no convivan con él; y por auto de aclaración de 25 de julio de 2012 se fijó una limitación temporal de un año en la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la madre.

La sentencia fue recurrida en apelación por doña Susana M. A., y el recurso ha sido resuelto por la sentencia de 30 de enero de 2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que se acuerda revocar la de primera ins-

tancia, manteniendo las medidas decretadas en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 10 de septiembre de 2005, con la única salvedad del uso del domicilio familiar que queda atribuido a la demandada Susana M. hasta un máximo de cinco años a contar de la fecha de la sentencia dictada en primera instancia.

**Segundo:** La representación de don Anselmo C. H. interpone recurso de casación contra la indicada sentencia de segunda instancia.

El primero de los motivos admitidos a trámite se funda en la infracción del art. 80, apartados segundo y tercero, del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFFA), a cuyo tenor el Juez debe adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los menores, salvo que la individual resulte más conveniente, y atendiendo entre otros factores a *La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años* –art. 80.2, factor c) del CDFFA–, y pudiendo, antes de adoptar su decisión, *recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.*

La parte recurrente considera incorrecto tomar en consideración el criterio de dos menores de 9 y 10 años de edad, que no alcanzan los doce años a partir de los cuales existe una presunción de madurez, como fundamento para la adopción de la custodia individual frente a la compartida que fue acordada en la primera instancia sin ponderar el resultado de los demás factores previstos en el art. 80.2 CDFFA, especialmente el resultado del dictamen imparcial del gabinete psicológico del Juzgado de Familia. Expone la parte que el derecho a ser oído no equivale al

derecho a decidir, porque en ocasiones la voluntad de los menores no coincide con la voluntad real, ni con lo que resulta más beneficioso para ellos. Se destaca también que el Ministerio Público defendió en las dos instancias la medida de custodia compartida, con la singularidad de que el Fiscal estuvo presente en la exploración de los menores practicada en la alzada. Argumenta que el informe psicológico aconseja una custodia compartida y pone de manifiesto la existencia de posibles mediatizaciones en los criterios y preferencias expresados por los menores a consecuencia de su implicación directa o indirecta en el procedimiento judicial. Por último, refiere que Marina y David tienen una hermana de vínculo sencillo, de cuatro años de edad, nacida de un segundo matrimonio del padre.

La defensa de doña Susana M. C. se opone a este motivo del recurso por entender que el factor de ponderación del art. 80.2.c) del CDFFA no establece una presunción de madurez a los doce años de edad, sino que determina que los menores sean en todo caso oídos cuando alcancen la citada edad, siendo posible recabar su opinión siempre que tengan suficiente juicio. Destaca que la parte recurrente no impugnó la resolución de la Sala de apelación acordando la práctica de tal exploración. Indica que la preferencia de los menores fue concluyente al haber sido prestada una vez iniciado el régimen de custodia compartida, y que este deseo fue también manifestado ante el gabinete psicosocial. En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, expone que se trata de una parte más en el proceso, no siendo vinculante su petición. No existe, en fin, infracción del art. 80 CDFFA y debe respetarse el criterio mantenido por la Sala de apelación, porque dicho criterio se sustenta no solo en la opinión de los menores, al entender de la parte, sino también en su arraigo social y familiar –factor b)– y en la cláusula final descrita como *Cualquier otra circunstancia*



*de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

El Ministerio Fiscal se opone también al recurso. Considera que la valoración discutida por la recurrente debe ser respetada en casación. Refiere que la Sala de instancia ha ponderado los factores después de practicar prueba en segunda instancia, en la que apreció que los menores tenían madurez y juicio suficiente, y dicha valoración debe ser respetada en esta instancia.

**Tercero:** Para la correcta resolución de este motivo del recurso de casación debemos recordar lo que constituyen los criterios reiterados por esta Sala en la interpretación de la norma de preferencia legal que establece el art. 80.2 CDFFA, y que están enumerados en la sentencia de 1 de febrero de 2012, citada en numerosas resoluciones posteriores: «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas:

a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011);

b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011);

c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre

de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos 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 CDFFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c) CDFFA–. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Además, se ha expresado: «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» –sentencia de 18 de abril de 2012, núm. 17/2012, (recurso 31/2011), y sentencia de 27 de noviembre de 2012–.

Y junto a estos presupuestos tenemos que partir también de los hechos declarados probados en la instancia, dada la naturaleza del recurso de casación que excluye el planteamiento del debate como en una tercera instancia –por todas, STS de 25 de febrero de 2013–.

Pues bien, en la sentencia recurrida se destaca el siguiente contenido del informe psicosocial: «los menores se encuentran bien adaptados a su entorno y circunstancias actuales, teniendo adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional, como de crianza y no apreciándose problemática relevante en ellos; se muestran contentos con la relación y el tiempo que permanecen en compañía de cada uno de sus progenitores, que ambos

progenitores reúnen buenas condiciones y recursos personales y familiares para afrontar la educación y cuidado de sus hijos de forma satisfactoria, constituyéndose como un modelo adecuado de referencia para ellos, [...] que se establezca un reparto del tiempo consistente en que permanezcan de manera alterna con cada uno de los progenitores durante un curso escolar, manteniendo con el progenitor con quien no se encuentren en cada momento un sistema de relación de fines de semana alternos, dos tardes entre semana y mitad de los periodos vacacionales». De este informe se indica que el sistema llevado hasta ahora –en ese momento, la custodia individual– ha funcionado correctamente.

Se detalla también el resultado de la exploración judicial de los menores Marina, de 10 años de edad, y David, de 9 años, destacando que ambos prefieren el sistema anterior, lo que se corresponde con la situación que habían mantenido prácticamente desde la separación de sus progenitores. De Marina se indica que también ante la psicóloga manifestó esta preferencia, y que la misma se expresa una vez iniciado el régimen de custodia compartida acordado en la sentencia de primera instancia, apreciándose que ambos, especialmente Marina, tienen juicio suficiente y madurez adecuada, sin que se atisbe influencia alguna en su opinión –lo que se expresa, previsiblemente, por las dudas acerca de la espontaneidad de dichas manifestaciones que se habían suscitado al ser examinados por la psicóloga del Juzgado–. En esta situación se razona que «no existe motivo alguno para no respetar su preferencia por la custodia individual».

**Cuarto:** Como ya se ha expresado, debemos partir de los hechos de la instancia, ya transcritos, en los que, junto al resultado del informe pericial psicológico, del que resulta la plena aptitud y capacidad de los progenitores, se aprecia que la Sala va-

lora de forma preponderante la opinión de los menores de 10 y 9 años de edad, por entender que la misma se ha expresado con suficiente juicio, pese a no alcanzar los 12 años, y que en sus manifestaciones, vertidas después de iniciada la aplicación del régimen de custodia compartida acordado en la primera instancia, no se atisba influencia alguna.

El derecho de los menores a expresar su opinión figura reconocido, entre otros preceptos, en los artículos 6, 76.4 y 80.2.c) del CDFFA, así como en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el art. 12 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, precepto este último que impone el deber de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

Respecto a la importancia de la opinión del menor, esta Sala ha tenido oportunidad de destacar que la misma *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* [art. 80.2 CDFFA] –STSJA de 24 de julio de 2012–; se trata de *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* –STSJA de 19 de octubre de 2012–; la opinión de una menor de 10 años de edad *madura, reflexiva y sensible, que ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre*, [constituye] *un dato a tener en cuenta, juntamente con el resto de las pruebas*. –STSJA de 1 de febrero de 2012–; en otras resoluciones se han tenido en cuenta las razones expuestas por el menor para justificar su preferencia o los motivos

de rechazo de un tipo de custodia –en este sentido, STSJA de 19 de octubre de 2012–; finalmente, a mayor madurez, mayor relevancia de la opinión expresada por el menor, especialmente de los mayores de 14 años –así se analiza en las sentencias de 16 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2013, entre otras–.

Con similar criterio, en la reciente STSJA de 10 de julio de 2013 y respecto a la opinión de una menor de 10 años de edad, se razonó que no cabía concluir que la misma pudiese reunir *la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno y otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado* –y en el mismo sentido se pronuncia, respecto a una menor de 11 años de edad en el momento de la exploración, la STSJA de 12 de julio de 2013–.

Así las cosas, procede reconsiderar la consecuencia jurídica que la sentencia apelada extrae de la aplicación a los hechos del art. 80.2 CDFa, porque el desplazamiento del criterio preferente de la custodia compartida se realiza con apoyo, fundamentalmente, en la opinión de dos menores de corta edad –10 y 9 años–, cuyo criterio, expresado incluso de manera distinta en cada una de las instancias en el caso del hermano menor, debe ser valorado con cautela, aunque se sustente la conclusión en el hecho de haber sido manifesta-

da durante un periodo de aplicación del régimen de custodia compartida.

En efecto, la escasa edad y madurez de los menores no permite atribuir a su criterio el carácter determinante que se le otorga en la instancia, a falta de razones adicionales, expresadas por ellos o resultantes de las restantes pruebas, que así lo aconsejen. Y tampoco el hecho de que circunstancialmente expusieran su preferencia por la custodia individual durante una estancia con el padre aconseja necesariamente la modificación de la medida de custodia compartida, porque no constan razones para rechazar una medida personal que precisa de una inevitable adaptación a un sistema previsto en su propio interés y destinado a facilitar unas relaciones continuadas con sus dos progenitores en una situación de ruptura del matrimonio de los padres que trastoca todo el régimen antiguo de convivencia al que estaban habituados.

El criterio legal es la adopción de la custodia compartida si los padres, como aquí acontece, reúnen condiciones y aptitudes suficientes para asegurar la estabilidad y cuidado de los hijos, porque dicha custodia es la que, en principio, mejor satisface el interés de los menores.

En este sentido, el informe psicosocial resulta ciertamente concluyente acerca de la expresada aptitud de los progenitores para afrontar la estabilidad y cuidado de los hijos –art. 80.2.d) CDFa–, y de las buenas condiciones y recursos personales y familiares que ambos poseen para afrontar la educación y cuidado de los menores –art. 80.2.e) CDFa–, lo que conduce a la psicóloga a recomendar una custodia compartida por cursos escolares. A ello cabe añadir el hecho de que la custodia compartida facilitará también la relación de los menores con su hermana de vínculo sencillo, nacida el 30 de marzo de 2009 de un segundo matrimonio del padre.

En atención a lo expuesto, hay que concluir que no se han expresado razones concluyentes para justificar el desplazamiento del tipo de custodia preferente acordada en la primera instancia, dados los diferentes factores que conforme al art. 80.2 CDFA, y a partir del propio relato fáctico de la sentencia de apelación, deben ser objeto de ponderación para concluir que la custodia individual resulta en este caso más conveniente para el interés de los hijos menores.

Por tanto, procede estimar este motivo del recurso, y casar la sentencia recurrida, debiendo estar, en su lugar, a la parte dispositiva de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, de 30 de marzo de 2012 y del auto de aclaración de 25 de julio de 2012, con la consiguiente atribución del uso de la vivienda familiar a la madre con una limitación de un año, como consecuencia de la modificación del régimen de custodia de los menores. Por ello resulta innecesario el estudio del segundo motivo del recurso de casación, referente a la limitación temporal del uso del domicilio familiar, en el que la parte recurrente solicita el mantenimiento del criterio adoptado en la sentencia de primera instancia.

**Cuarto:** De conformidad con lo establecido en los artículos 394, 397 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en el recurso de casación, dada su estimación. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago, dado que la demanda no ha sido íntegramente estimada.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de

don Anselmo C. H. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 30 de enero de 2013 que casamos, dejándola sin efecto.

En su lugar, se estará al Fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, de 30 de marzo de 2012 y del auto de aclaración de 25 de julio de 2012.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en el recurso, ni en primera y segunda instancia.

Dese al depósito constituido 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. 41

*S. TSJA 35/2013, de 17 de julio de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Carga de la prueba:** *La sentencia recurrida hace recaer la carga de la prueba sobre el demandante de la custodia compartida, ahora recurrente en casación, sin tener en cuenta la presunción legal a favor de la custodia compartida, siempre que exista aptitud de ambos progenitores. Capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia de sus hijos de la que hay que partir mientras no se pruebe lo contrario, como afirma la STSJA de 15 diciembre 2011. El cambio de régi-*

men obliga a la necesaria adaptación: Frente a la preferencia legalmente establecida a favor de la custodia compartida no cabe priorizar el mantenimiento del statu quo del menor. En los procesos de modificación de medidas pueden producirse cambios 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, que se constituye como una forma de ejercicio de la autoridad familiar y de los deberes de crianza y educación, en interés de los menores pero valorando el derecho a la igualdad y no discriminación entre los progenitores que la Constitución reconoce y ampara. Preferencia de la custodia compartida: Esta Sala, en jurisprudencia ya reiterada, ha recordado el carácter preferente de la custodia compartida establecida por el legislador aragonés, como modalidad legalmente establecida para llevar a cabo la función parental, bajo los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Dicha forma de ejercicio de la responsabilidad en la educación, guarda y custodia de los hijos, es considerada por la ley como aquella que colma el superior interés del menor, reconocido en la Constitución Española y en los Tratados Internacionales de que España forma parte. La posibilidad de establecer custodia individual, que puede acordarse en interés del menor, requerirá un examen detallado de la prueba practicada y una explicación de las razones que, de su resultado, determinan al juzgador a apartarse del criterio establecido legalmente. A continuación, la Sentencia transcribe párrafos de contenido similar de las SsTSJA de 27/11/2012 y 19/12/2012. MEDIDAS JUDICIALES: Limitaciones al principio de justicia rogada: El principio de justicia rogada no rige en esta materia con la misma fuerza que en materias de derecho patrimonial,

pues como afirma la STS 304/2012, de 21 de mayo: «no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984».

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

En Zaragoza, a diecisiete de julio de dos mil trece.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 11/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 30 de enero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 574/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 875/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Juan Manuel M. V., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Beatriz Vitoria Alebesque y dirigido por el Letrado D. Jesús Emilio Ruiz Marquina, y como parte recurrida D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Inmaculada F. S., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Hueto Sáenz y dirigida por la letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Sangorrín Ferrer.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Beatriz Vitoria Alebesque, actuando en nombre y representación de D. Juan Manuel M. V., presentó demanda de modificación de medidas acordadas en divorcio contra D<sup>a</sup> María Inmaculada F. S. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, termi-

nó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución interesando su redacción en los términos siguientes:

«Segunda, tercera y cuarta.—Patria potestad y guarda y custodia compartida de los menores.—Se atribuye a ambos progenitores la guarda y custodia compartida del menor con ejercicio compartido de la autoridad familiar.—El menor permanecerá con cada uno de sus progenitores dos fines de semana seguidos, alternativamente, iniciándose cada uno de ellos el viernes a la hora de la comida y terminando el lunes a la entrada en el colegio, salvo la existencia de algún puente festivo escolar añadido al fin de semana y en cuyo caso se añadirá a dicho fin de semana.—Corresponderá al padre la elección de dichos fines de semana, correspondiéndose con los que tiene festivos y de conformidad a su calendario laboral, a cuyo efecto se facilitará a la madre anticipadamente todos los años.—Respecto de los días lectivos de la semana, los lunes y jueves permanecerá con la madre y los martes y miércoles con el padre, y en los siguientes horarios: permanecerá con la madre hasta el martes a la entrada del colegio; y permanecerá con el padre martes y miércoles enteros (comidas, cenas y pernoctas incluidas) hasta el jueves a la salida del colegio (17:00 horas) en que lo recogerá la madre, con quien permanecerá hasta el inicio del fin de semana y en los términos antes vistos.—Respecto de los periodos no lectivo, vacacionales y otros, se interesa la siguiente distribución del tiempo entre ambos custodios: 1.—Vacaciones estivales: Entendiendo por tales los meses de julio y agosto, estos se dividirán en quincenas y cada uno de los progenitores disfrutará de la compañía de su hijo durante dos de esas quincenas de forma alternativa, eligiendo el comienzo de los periodos la madre en los años pares y el padre en los años impares.—2.—Vacaciones de Navidad: Serán divididas en dos mi-

tades, la primera comprendida desde la salida del colegio del último día lectivo previo a las vacaciones hasta las 12:00 horas del 31 de diciembre, y la segunda desde ese momento hasta el inicio de jornada escolar, eligiendo el comienzo de los periodos la madre en los años pares y el padre en los años impares.—3.—Vacaciones de Semana Santa: Serán divididas en dos mitades, la primera comprendida desde la salida del colegio del último día lectivo previo a las vacaciones hasta las 12:00 horas del día que corresponda a la mitad de dicho período, y la segunda, desde citado día hasta el inicio de la jornada escolar. Todo ello de forma alternativa, eligiendo qué mitad corresponde a cada uno, la madre en los años pares y el padre en los impares.—Como regla general, la entrega y recogida del menor se realizará a la salida y a la entrada del colegio, salvo cuando aquellas se produzcan fuera de los días lectivos en cuyo caso el progenitor que inicia su periodo pasará a recogerlo al domicilio del otro progenitor.—Quinta.—Pensión alimenticia.—En concepto de alimentos para el menor no se fija pensión alimenticia alguna a favor de los progenitores, asumiendo cada uno de ellos sus obligaciones de alimento del menor en el tiempo de permanencia con éste.—Así, y en cuenta a las necesidades pecuniarias de los hijos que se originan y deben solventarse diariamente, como la alimentación, locomoción y gastos de diversa índole, serán por cuenta del padre con el que permanece ese día.—En cuanto a los desembolsos de carácter fijo a satisfacer en una determinada fecha (por ejemplo, la matrícula escolar, actividades extraescolares, libros de enseñanza, guardería escolar, biblioteca, comedor del colegio) así como los gastos extraordinarios, todos ellos serán satisfechos por mitad entre ambos progenitores.—A tal efecto, ambos progenitores abrirán una cuenta común y se verán obligados a ingresar mensualmente un importe de ciento veinte euros (120,00€) ca-

da mes, y en la que se domiciliarán todos los gastos fijos de matrícula escolar, actividades extraescolares, libros de enseñanza, guardería escolar, biblioteca y comedor del colegio.—Todo ello, con la correspondiente obligación de rendición periódica de cuentas y el deber de controlar la administración realizada por el otro.»

Solicitando por otrosí 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 contestaran a la demanda, compareciendo dentro de plazo y contestando y oponiéndose a la misma, solicitando la demandada la desestimación íntegra de las modificaciones pretendidas y solicitando la imposición al actor de las costas del proceso por su temeridad y mala fe civil.

El Ministerio Fiscal compareció en tiempo y forma.

**Tercero:** El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Juan Manuel M. V. frente a D<sup>a</sup> María Inmaculada F. S. sobre modificación de medidas definitivas acordadas en la precedente Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2009, dictada en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo autos núm. 951/2009-A, que aprobó el convenio regulador de fecha 16 de julio de 2009, declaro haber lugar a acordar el régimen de guarda y custodia compartida del hijo común menor de edad y modificar las correlativas medidas de carácter patrimonial, en los siguientes términos: 1<sup>º</sup>) Se modifica el Acuerdo Tercero del convenio regulador de los efectos del divorcio, que

en lo sucesivo queda redactado en los siguientes términos: «La guarda y custodia del hijo común menor de edad, Pablo se atribuye a ambos progenitores de forma compartida, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar.—El régimen de custodia compartida se fija por semanas alternas, de lunes a lunes, salvo que los padres acuerden otra forma de distribución de períodos de convivencia. Los cambios de custodia se verificarán los lunes a la salida del colegio. Dicho régimen comenzará el próximo lunes día 10 de septiembre de 2012, pasando a ostentar la custodia el padre.—Los llamados «puentes escolares» se unirán al fin de semana, que se extenderá desde la salida del colegio del día que inicie el puente de que se trate finalizando la estancia el día de inicio de las clases, por lo que ese fin de semana el progenitor en cuya compañía esté el menor prolongará su estancia en los términos expuestos.—Durante el período escolar el progenitor en las semanas que no le corresponda convivir con el menor, podrá estar en su compañía un día entre semana, con pernocta, desde el miércoles a la salida del colegio hasta el jueves a la entrada al mismo, en defecto de acuerdo entre los progenitores en la elección del día intersemanal, o, en caso de no ser lectivo, desde las 10:00 horas en que deberá recogerlo en el domicilio del progenitor custodio hasta el día siguiente a la entrada del colegio o, en caso de no ser lectivo, hasta las 10:00 horas en que deberá retornarlo al domicilio del progenitor custodio, salvo las festividades entre semana que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto».—2<sup>º</sup>) Se modifica el Acuerdo Cuarto del convenio regulador de los efectos del divorcio, que en lo sucesivo queda redactado en los siguientes términos: «Las vacaciones escolares de Navidad, verano y Semana Santa se disfrutarán por ambos progenitores por mitad. Durante los períodos vacacionales se suspenderá la alternan-

cia del régimen de custodia compartida. Tras su finalización se reanudarán en la forma en que quedaron antes del comienzo del periodo de vacaciones y el progenitor que disfrutó de la última semana antes de las vacaciones no disfrutará de la primera semana tras las vacaciones.—Para los períodos vacacionales por mitad, en caso de falta de acuerdo, la madre elegirá período los años pares y el padre los años impares. Dicha elección deberá ser comunicada de forma fehaciente al otro progenitor con al menos treinta días de antelación a la fecha de inicio del período de vacaciones escolares, bajo sanción de pérdida del derecho de opción en otro caso. Las entregas del menor, con excepción de las que coincidan con la finalización del horario escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor que ostente la custodia.—a.—Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos: el primero, desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12:00 horas del día 31 de diciembre; el segundo, desde las 12:00 horas del día 31 de diciembre hasta el día de reanudación de las clases. El día 6 de enero el menor estará con el progenitor al que no le corresponda el segundo período entre las 17:30 horas hasta las 20:00 horas.—b.—Las vacaciones escolares de Semana Santa comprenderá desde la salida del colegio el último día lectivo hasta el día de reanudación de las clases, se dividirán en dos períodos: 1º/ desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 20:30 horas del miércoles Santo; 2º/ desde las 20:30 horas del miércoles Santo hasta el día de reanudación de las clases.—c.—Las vacaciones escolares de verano, julio y agosto, se dividirán bien en quincenas alternas y en los siguientes períodos: 1º/ desde las 12:00 horas del día 1 de julio hasta las 12:00 horas del día 16 de julio; 2º/ desde las 12:00 horas del día 16 de julio hasta las 12:00 horas del día 31 de julio; 3º/ desde las 12:00 horas del día 31 de julio hasta las 12:00 horas del día 16 de

agosto; y 4º/ desde las 12:00 horas del día 16 de agosto hasta las 12:00 horas del día 31 de agosto.»- 3º) Se modifica el Acuerdo Quinto del convenio regulador de los efectos del divorcio, que en lo sucesivo queda redactado en los siguientes términos: «Cada uno de los progenitores sufragará los gastos ordinarios del hijo relativos a su manutención o alimentación durante los períodos semanales en que permanezca en su compañía. La pensión alimenticia vigente se satisfará hasta la mensualidad de agosto de 2012 incluida.—Los gastos fijos mensuales de educación y formación académica, tales como, libros, material escolar, uniformes, matrículas, comedor, biblioteca, autobús escolar, en su caso, cuotas del AMPA u otras colegiales y excursiones y actividades colegiales del menor, mensualidades de bachillerato y, en su caso, matrícula universitaria, así como la actividad extraescolar que realiza actualmente el menor, fútbol, serán satisfechos por ambos progenitores en la siguiente proporción, el padre en un 70% y la madre en un 30%. Para el abono de dichos gastos ambos progenitores deberán abrir una cuenta bancaria de titularidad conjunta y disponibilidad mancomunada para domiciliar dichos pagos, debiendo ingresar mensualmente el padre la cantidad de 350€ mensuales y la madre 150€ mensuales, y si el saldo es insuficiente se ingresará la mitad del importe por cada uno, salvo que acuerden otra forma de abono o compensación. Dichas cantidades se actualizarán conforme a las variaciones que al alza o a la baja experimente el IPC publicado por el INE.—Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores en la misma proporción, la madre en un 30% y el padre en un 70%. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden los gastos médicos, ópticos, prótesis dentales, farmacéuticos u otros no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. Por gastos extraordinarios no necesarios se en-



tienden, a título ejemplificativo, los relativos a actividades extraescolares, salvo la que viene realizando el menor en la actualidad, música, deporte y/o idiomas, viajes o actividades de verano relacionadas con su educación o formación. La realización del gasto extraordinario del tipo que sea requerirá el consentimiento de ambos progenitores expresado por escrito, o, en su defecto, deberá recabarse previa declaración judicial sobre su procedencia, salvo los urgentes o inaplazables. En defecto de uno y otro será sufragado por el progenitor que haya decidido su realización.» 4º) No ha lugar a adoptar ninguna otra medida.—5º) Permanecen invariables el resto de las medidas contenidas en la precedente sentencia de divorcio en la parte que estén vigentes.—Sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.»

Por la representación procesal de D<sup>a</sup> Inmaculada F. S. se solicitó aclaración de la sentencia, a la que no se dio lugar por estar fuera de plazo.

**Cuarto:** Interpuesto por el Procurador Sra. Hueto Sáenz en nombre y representación de D<sup>a</sup> Inmaculada F. S. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, presentando éste último escrito adhiriéndose al recurso interpuesto y oponiéndose al mismo la otra parte.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, se practicó la exploración del menor y se confirió traslado a las partes, presentando éstas sus alegaciones; en fecha 30 de enero de 2013 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que estimando los recursos de apelación formulados por D<sup>a</sup> María-Inma-

culada F. S. y el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 6 de Zaragoza el 31 de julio de 2012, debemos revocar y revocamos la misma y desestimando la demanda de modificación de medidas formulada por D. Juan Manuel M. V. debemos dejar y dejamos sin efectos las medidas en ella acordadas manteniendo las establecidas en Sentencia firme de divorcio de 25 de septiembre de 2009, estableciendo, además entre padre e hijo la pernocta intersemanal de los miércoles en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho cuarto de la presente resolución.—No procede hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.»

**Quinto:** La representación legal de D. Juan Manuel M. V. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en: Vulneración de los artículos 76.2, 3.b y 4, 80.1 y 2 y 82, todos del Código de Derecho Foral de Aragón.

**Sexto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto por el que, declarada la competencia de la Sala, se admitía a trámite el recurso de casación, confiriéndole traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal que presentaron los correspondientes escritos de oposición.

En fecha 16 de mayo de 2013 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 26 de junio de 2013.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Son hechos relevantes para la decisión del recurso, según resulta de las instancias procesales, los siguientes:

D. Juan Manuel M. V. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Inmaculada F. S. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 2 de septiembre de 1995. De

dicha unión nació el hijo menor de edad Pablo M. F., el día 27 de diciembre de 2002.

El matrimonio se disolvió por sentencia de divorcio con fecha 25 de septiembre de 2009. El divorcio, seguido por procedimiento de mutuo acuerdo, dio lugar a la adopción de medidas respecto del menor, en las que se contemplaba su sujeción a la guarda y custodia de la madre, con régimen de visitas a favor del padre.

El Sr. M. V. ha planteado en estos autos la modificación de las medidas definitivas acordadas en el proceso de divorcio, con fundamento en la posibilidad de revisión establecida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, instando la guarda y custodia compartida del hijo menor, entre otras medidas.

La demandada se ha opuesto a la modificación de medidas solicitadas.

La sentencia recaída en primera instancia, de fecha 31 de julio de 2012, estima parcialmente la demanda y acuerda la guarda y custodia del hijo común menor de edad, Pablo, a favor de ambos progenitores de forma compartida, fijando el régimen de custodia por semanas alternas, de lunes a lunes, además de establecer normas especiales para vacaciones y un régimen de visitas respecto del progenitor al que no le corresponda la convivencia con el menor. Funda la decisión en que: *«en el caso enjuiciado no se discute ni se cuestiona la aptitud e idoneidad del Sr. M. V. para el ejercicio de la guarda y custodia, de sus habilidades para satisfacer las necesidades ordinarias del hijo común menor de edad, Pablo, nacido el 27 de diciembre de 2002»*. Consta que el demandante, funcionario del cuerpo de policía local del Ayuntamiento de Zaragoza, dispone de flexibilidad en el horario de su jornada laboral. Tras considerar la prueba

pericial psicológica y la opinión del menor, conocida a través de las manifestaciones vertidas al psicólogo en la entrevista realizada, concluye: *«por lo anteriormente expuesto, se evidencia la ausencia de circunstancias o datos objetivos que pudieran aconsejar que lo más adecuado para el beneficio e interés del menor, principio prevalente y superior sobre cualquier otro interés, por muy legítimo que pudiera ser éste, y proclamado en el art. 76.2 del CDA, sea el mantenimiento del régimen de custodia monoparental a favor de la madre, por lo que procede implantar el régimen legal preferente de custodia compartida o repartida entre los progenitores»* (fundamento de derecho cuarto).

Recurrida la sentencia por la representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Inmaculada F. S., la Audiencia Provincial en sentencia de 30 de enero de 2013 estima el recurso de apelación, revoca la recurrida y, desestimando la demanda, acuerda mantener las medidas establecidas en sentencia firme de divorcio.

Como argumentos para justificar la decisión adoptada, valora la prueba pericial psicológica practicada que concluye, invocando el interés del menor, en la conveniencia del mantenimiento de la custodia a favor de la madre. Estima comprobado que el menor no asiste a actividades la mayor parte de los días que permanece con su padre, y que éste no ha permitido el contacto telefónico del menor con su madre y abuela materna, además que el padre ha instado un cambio unilateral de colegio para el menor. Pondera que el niño, que tiene 10 años, presenta problemas psicológicos, está plenamente adaptado a su actual entorno escolar y manifiesta llevarse bien con ambos progenitores, habiendo sido su madre su principal cuidadora.

Tras ello concluye que *«la estabilidad del niño aconseja en este caso mantener la custodia individual a favor de la madre, dado el régimen de vida que con ella mantiene y el que disfruta*

con su padre, quien nunca interesó una real custodia compartida en su demanda sino la atribución de los fines de semana que libraba laboralmente y dos pernoctas intersemanales. El Ministerio Fiscal que interesó la desestimación de la demanda se adhiere al recurso de la Sra. F.». (fundamento de derecho cuarto).

**Segundo:** El demandante interpone recurso de casación al amparo de lo prevenido en el art. 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y lo funda en la vulneración de los arts. 76.2, 3.b y 4, art. 80.1 y 2 y art. 82 del Código de Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CDFFA). En la exposición del motivo, el recurrente se centra en la infracción del art. 80 de dicho Código, en cuanto establece el carácter preferente del régimen de custodia compartida, que no ha sido observado en la sentencia objeto del recurso.

Esta Sala, en jurisprudencia ya reiterada y recaída en aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia, ha recordado el carácter preferente de la custodia compartida establecida por el legislador aragonés, como modalidad legalmente establecida para llevar a cabo la función parental, bajo los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Dicha forma de ejercicio de la responsabilidad en la educación, guarda y custodia de los hijos, es considerada por la ley como aquella que colma el superior interés del menor, reconocido en la Constitución Española y en los Tratados Internacionales de que España forma parte. La posibilidad de establecer custodia individual, que puede acordarse en interés del menor, requerirá un examen detallado de la prueba practicada y una explicación de las razones que, de su resultado, determinan al juzgador a apartarse del criterio establecido legalmente.

La sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2012, citando otras anteriores, indicó respecto de los supuestos en que el tribunal de instancia puede separarse del

legalmente preferente: «... acerca de la aplicación del precepto contenido en el art. 80.2 del CDFFA, 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 la sentencia de 19 de diciembre de 2012 la Sala expresaba (fundamento de derecho quinto): «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».*

**Tercero:** En el caso de autos la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, en primer lugar, el criterio sustentado por el Ministerio Fiscal en trámite de apelación, pues aunque inicialmente se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, posteriormente mediante escrito datado a 14 de diciembre de 2012 –folio 70 del rollo– estimó que procedía la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, la argumentación que efectúa acerca de la pretensión procesal del padre, al afirmar que *«nunca interesó una real custodia compartida en su demanda»* pugna con la propia redacción de ésta, en la que insta una modificación de las medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio interesando, entre otras cosas, que *«la patria potestad y guarda y custodia compartida de los menores, se atribuya a ambos progenitores la guarda y custodia del menor, con ejercicio compartido de la autoridad familiar»*. Aunque la distribución de tiempo decidida en la sentencia de primera instancia no coincide exactamente con la propuesta, ello no desnaturaliza la pretensión, siendo relevante el hecho de que el demandante no recurrió el citado fallo, compareciendo en la segunda instancia como parte apelada, y en el presente trámite casacional insta de esta Sala dicte sentencia acordando la guarda y custodia compartida del hijo menor, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar, fijándose el régimen de custodia compartida por semanas alternas, de lunes a lunes, salvo que los padres acuerden otra forma de distribución de periodos de conviven-

cia. Es de tener en cuenta, además, que el principio de justicia rogada no rige en esta materia con la misma fuerza que en materias de derecho patrimonial, pues como afirma la STS 304/2012, de 21 de mayo: *«no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984»*.

Los restantes argumentos que se expresan en la sentencia recurrida no tienen en cuenta razones que, conforme a los criterios ordenados en el artículo 80, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. Más bien atribuye al padre defectos argumentativos (*no detalle concretamente cuál sea su exacto horario laboral*) o pone en duda sus afirmaciones (*las aseveraciones sobre la disponibilidad del padre y el mayor contacto propuesto para con su hijo no se han demostrado consistentes y reales*), exigiendo hacer recaer la carga de la prueba sobre el demandante, ahora recurrente en casación, sin tener en cuenta la presunción legal a favor de la custodia compartida, siempre que exista aptitud de ambos progenitores. Como afirmaba la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2011, *«en la valoración de la misma (prueba) se haya de partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en tal sentido»*.

Cuando, finalmente, expresa como argumento de cierre que *«la estabilidad del niño aconseja en este caso mantener la custodia individual a favor de la madre, dado el régimen de vida que con ella mantiene y el que disfruta con su padre»* (fundamento de derecho cuarto), está priorizando el *statu quo*, frente a la preferencia legalmente establecida a favor de la custodia compartida.

No existe así expresión concreta y suficiente sobre los motivos legales que permiten excluir el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador.

Debemos, por tanto, concluir 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.

**Cuarto:** 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 cambios 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, que se constituye como una forma de ejercicio de la autoridad familiar y de los deberes de crianza y adecuación, en interés de los menores pero valorando el derecho a la igualdad y no discriminación entre los progenitores que la Constitución reconoce y ampara.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo.

**Quinto:** 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.

**Sexto:** 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 arts. 394 y 398 de la LEC.

#### FALLAMOS

**Primero:** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Juan Manuel M. V., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 30 de enero de 2013, en autos de modificación de medidas núm. 875/2011, procedentes del juzgado de primera instancia núm. 6 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

**Segundo:** Confirmamos íntegramente el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en su sentencia de 31 de julio de 2012.

**Tercero:** No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

**Cuarto:** Hágase entrega al 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.

#### NÚM. 42

*S. TSJA 36/2013, de 18 de julio de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUAR-**

DA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Falta de fundamento de la custodia individual: *El razonamiento y la conclusión de la STSJA de 27 noviembre de 2011 respecto a la infracción del art. 80.2 CDFA, resultan de aplicación al presente supuesto pues la constatación de que la principal referencia de la menor es su madre –lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella– y la alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual. Tampoco el nivel de conflictividad entre los progenitores resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio del criterio legal preferente de la custodia compartida. Ni lo justifica tampoco el resultado de la exploración de la menor. No se encuentran otras razones que justifiquen la modificación del criterio legal, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de ambos progenitores. Ha lugar al recurso. Voto particular. La conflictividad entre los progenitores: Se reitera lo dicho en la STSJA de 9 de febrero de 2012 y se concluye que el nivel de conflictividad reflejado en la sentencia recurrida no resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio del criterio legal preferente de la custodia compartida. La opinión de los menores: La opinión de los menores cuando tengan suficiente juicio no puede ser considerada como regla determinante, por sí, sino en relación con los demás factores del art. 80.2 CDFA y con las pruebas indicadas en el 80.3 y, sobre todo, debiendo adoptar con suma prudencia la decisión de la exploración de los menores de doce años. Se reitera lo dicho en la STSJA de 19 de octubre de 2012: el derecho del menor a ser oído, en función de su edad y madurez, no exige que se practique mediante audiencia directa por el juez (exploración). La exploración, es un derecho del menor que habrá de ser atendido cuando se solicite teniendo suficiente juicio y madurez, pero puede no ser aconsejable*

*acordarla de oficio si no resulta necesaria, más aún cuando la opinión del menor ha sido transmitida a través de terceros, profesionales especialistas, cuyos métodos permiten conocer sus opiniones expresadas de forma más espontánea sin sentirse condicionados en relación con un conflicto de sus progenitores. Las reformas de 2005 y 2009 parecen dirigidas a evitar el automatismo en la práctica de esta diligencia. Preferencia de la custodia compartida: El criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo que la custodia individual sea más conveniente (art. 80.2 CDFA, STSJA 8 febrero 2012). El resumen de los criterios que deben seguirse en la exégesis del art. 80 lo contiene la sentencia de 1 febrero 2012 (se transcriben). Como consecuencia de lo anterior, 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 (STSJA 18 abril 2012, reiterada por la de 27 noviembre 2012). Voto particular.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 14/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 6 de febrero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 514/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 250/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D. Andrés G H, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Ortiz En-*

*fedaque y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Carmen Tobías Meneses, como recurrida D<sup>a</sup> Marta L P, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Sonia García de Val y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Gil Montalbán y el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

**Primero:** Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Andrés G H contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de 6 de febrero de 2013, que casamos y dejamos sin efecto.

**Segundo:** Se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de fecha 20 de marzo de 2012.

**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, anunciando Voto Particular la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.

#### VOTO PARTICULAR

Que formula la Ilma. Sra. D. Carmen Samanes Ara a la sentencia de esta Sala dictada el 18 de julio del presente año en el rollo de casación núm. 14/13, procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

[...]

#### NÚM. 43

*S. TSJA 37/2013, de 24 de julio de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RELACIÓN DEL MENOR CON SUS ABUELOS: Proclamada la relación personal del menor con sus abuelos como un derecho del mismo (art. 60.1 CDFEA) al que los padres no se pueden oponer salvo por interés de aquél (art. 60.2 CDFEA), al mismo tiempo se dota al juez de un amplio margen de actuación, a instancia tanto del menor como del resto de los afectados, para suspender, modificar o denegar la relación y para hacerla eficaz, todo ello siempre en interés del menor (art. 60.3 CDFEA). Se percibe así que no se trata de un derecho libremente disponible, tampoco para el menor, y también que no se trata de un derecho exclusivo del menor, aunque esté permanentemente concebido en su interés y dirigido al mismo. La opinión de la menor (de 15 años de edad) contraria al régimen de visitas con el abuelo debe ceder, precisamente por su interés, en favor de unas relaciones que en opinión unánime de los especialistas son una oportunidad de que la niña encuentre otro mundo de relaciones distintas y más enriquecedoras.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 60 CDFEA.**

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 20/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 6 de febrero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 584/2012, dimanante de autos de Juicio Verbal número 257/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D<sup>a</sup> Isabel O E, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Ayerra Duesca y dirigida*

da por la Letrada D<sup>a</sup> Ana Calvera Sancho, como recurrido D. Antonio Luis O C, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Lourdes Oña Llanos y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Eva Vera Andrés y el Ministerio Fiscal.

[...]

#### FALLAMOS

**Primero:** Desestimar el recurso de casación núm. 20 de 2013, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Ayerra Duesca en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel O E, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 6 de febrero de 2013.

**Segundo:** Imponer las costas de este recurso a la parte recurrente.

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

*pecto al núcleo familiar al residir en casa de sus padres en compañía de un hermano –art. 80.2.f CDFa–, de la inexistencia de una previa convivencia del padre con el menor, que ha estado al cuidado de la madre desde su nacimiento –art. 80.2.f– y, por último, en atención a la opinión manifestada por el niño. Se trata, además, de la modalidad de custodia recomendada en los tres informes emitidos por especialistas.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80.2 CDFa.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 18/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial Zaragoza, de fecha 26 de febrero de 2013, recaída en el rollo de apelación número 601/2012, dimanante de autos de modificación de medidas número 721/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrente D. Jorge SH, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio García Medrano y dirigido por el Letrado D. Antonio Jorge Torrús Ruiz y partes recurridas D<sup>a</sup> Judith BP, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Blanca Liédana de la Riva y el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jorge SH contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de febrero de 2013, que confirmamos.

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el recurso.

44

#### NÚM. 44

*S. TSJA 38/2013, de 25 de julio de 2013*

#### **64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida:**

*La Sala de apelación ha concluido razonablemente que en el caso enjuiciado el mantenimiento de la custodia individual resulta más beneficioso para el menor que la adopción de la custodia compartida solicitada por el actor. Y dicha conclusión no contraviene en modo alguno el art. 80.2 CDFa, porque la misma se infiere en la instancia a partir de los distintos horarios laborales de los progenitores –art. 80.2.e CDFa–, de la falta de independencia del demandante res-*



## NÚM. 45

S. TSJA 39/2013, de 26 de julio de 2013

**65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: Aplicación del art. 118.1 CDFA: *La sentencia recurrida ha aplicado el art. 118.1 CDFA que define la situación de desamparo, y tal aplicación no se opone a la interpretación restrictiva propuesta en el apartado 2 del mismo artículo pues, en los términos expuestos en la sentencia, no se trata de una mera situación de riesgo sino de un riesgo efectivo y grave que ocasiona desamparo. Para el retorno a la familia biológica el TS exige no sólo una evolución positiva de los padres y su propósito de desempeñar adecuadamente sus roles, sino que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo frente a la situación de acogimiento familiar en la que se encuentran.***

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 118 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 15/2013 interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2013 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, recaída en el rollo de apelación número 156/2012, dimanante de autos de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores número 25/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> Soraya R. P., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Silvia Tizón Ibáñez y dirigida por el Letrado D. Daniel Val Martín, ambos en turno de

oficio, y como parte recurrida el IASS y el Ministerio Fiscal.

[...]

## FALLAMOS

Desestimamos el presente recurso de casación núm. 15/2013, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Silvia Tizón Ibáñez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Soraya R. P., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección Segunda, de fecha 12 de febrero de 2013, sin imposición de costas.

## NÚM. 46

S. TSJA 40/2013,  
de 4 de septiembre de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *Es principio general de la legislación aragonesa el de establecer con carácter preferente un régimen de custodia compartida, en interés de los hijos menores, atendiendo a los factores que se describen en el art. 80.2 CDFA. La jurisprudencia de esta Sala, en aplicación de la citada norma legal, ha expresado que constando la aptitud de ambos padres y su posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar y la atención a los hijos menores de edad, debe aplicarse el régimen de custodia compartida, de preferencia legal, y que el establecimiento de la custodia individual habrá de hacerse motivadamente, expresando las razones por las que de la prueba practicada se desprende que, en el caso concreto, el interés prevalente de los menores de edad determina la procedencia de dicha custodia individual (S 25 marzo 2013 y las que en ella se citan).*** RELACIÓN PERSONAL DEL HIJO MENOR: **Custodia individual: *El derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aun-***

*que vivan separados (art. 60 CDFa), no se ha visto vulnerado por el fallo que desestima la petición de custodia compartida formulada por el padre y mantiene la custodia individual a favor de la madre, pero con un régimen de visitas a favor del padre con suficiente amplitud. Con ello no se desconoce ni infringe el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 60 y 80 CDFa.

**PONENTE:** Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 21/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 13 de marzo de 2013, recaída en el rollo de apelación número 30/2013, dimanante de autos de Modificación Medidas 1163/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Manuel G. O., representado por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Guerrero Ferrández y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Eva Vera Andrés, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Susana F. M., representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Berdejo Gracián y dirigida por el letrado D. Alfonso Bayo Pérez.*

[...]

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Manuel G. O. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 13 de marzo de 2013, que confirmamos.

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el recurso.

#### NÚM. 47

S. TSJA 41/2013,  
de 30 de septiembre de 2013

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**

**OTRAS MATERIAS:** CASACIÓN FORAL:

**Alcance del recurso de casación:** *El Tribunal de casación debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia.*

*Desde dichos hechos es función casacional examinar si son subsumibles en el supuesto de hecho contemplado en la norma, pues la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación radica fundamentalmente en determinar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos tenidos por probados. Pero el pronunciamiento sobre el fondo puede exigir no sólo fijar los hechos relevantes según el precepto a aplicar -a cuyo fin no sirve el recurso de casación y sí, limitadamente, el de infracción procesal-, sino, además, llevar a la práctica otra serie de operaciones lógicas que, ajenas a lo que se conoce como valoración de la prueba, generan juicios de valor que aportan criterios adecuados para la identificación e integración del enunciado de la norma sustantiva, las cuales son propias de la interpretación e integración de ésta -para las que puede servir el recurso de casación y no el otro- (STS 593/2013, de 4 de febrero). Voto particular.*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Custodia individual:**

*La sentencia de la Audiencia fue coherente aumentando la cuantía de la contribución del padre (400 euros) en razón al establecimiento de la custodia individual para la madre [en lugar de la compartida prevista por el Juez, con contribución del padre de 200 euros], de modo que ésta contribuía a satisfacer los gastos de asistencia y educación de la menor teniéndola en su casa*

y compañía. Aclara el voto particular: Acordada la custodia individual, lo correcto es elevar, para el no custodio, la pensión que se había establecido sobre la base de la custodia compartida. No tiene razón el recurrente cuando afirma que no se establece la obligación de la madre de contribuir con cantidad alguna, pues el hecho de tenerla consigo comporta unos gastos que habrá que satisfacer. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: El cambio de régimen obliga a la necesaria adaptación: La Sala comprende que, en esta situación transitoria en la que se tramitan procesos de modificación de medidas en sentencias de separación y divorcio, pueden producirse cambios 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 [...], como en la STSJA 35/2013, de 17/7]. Factores para excepcionar la custodia compartida: Dice el voto particular: Sensatamente, el art. 80.2 no enumera ni tasa las excepciones, ni da indicaciones sobre qué circunstancias y de qué entidad constituyen inconvenientes para acordar la custodia compartida. Ni siquiera los factores a los que ha de atender el Juez y que se relacionan en el precepto son exhaustivos, ya que en la letra f) se alude a «cualquier otra circunstancia» de especial relevancia. Esto es algo completamente lógico, pues sólo el juez, ponderadamente y atendiendo a cada caso concreto, puede decidir qué es lo más adecuado. Cabe, incluso, que circunstancias análogas afecten de distinto modo a un menor que a otro, en función de la personalidad de éste, para lo que será de especial trascendencia la valoración de la prueba pericial. (Se reitera en el voto particular a la S. 44/2013, de 9 de octubre). Informes de especialistas: El art. 80.3 CDFa únicamente previene al juez para recabar informes de especialistas, por lo que no constituye propiamente norma sustantiva que pueda entenderse vulnerada por la decisión que se adopta sobre la guarda y

custodia, y susceptible de sustentar un recurso de casación. Infracción de la preferencia legal: Existe buena aptitud de ambos progenitores, que pueden conciliar su vida profesional con la laboral, para atender debidamente a la menor. La mayor vinculación de ésta con su madre no es suficiente para excepcionar al régimen preferente. La buena relación entre la hermana mayor y la menor no resulta jurídicamente afectada por la procedencia de la custodia compartida. Tampoco la situación de conflicto entre los padres puede ser argumento frente al establecimiento de la custodia compartida (art. 80.5). No existe así expresión suficiente sobre los motivos legales que permiten excluir el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador; por lo que se ha infringido el art. 80.2, e igualmente el art. 80.4 y 80.5 en cuanto se apoya en dichos preceptos para adoptar la custodia individual. Preferencia de la custodia compartida: Se reproduce lo dicho en la STSJA de 17 de julio de 2013 sobre la preferencia legal por la custodia compartida como sistema que el legislador entiende más beneficioso para el interés prioritario del menor, salvo que el Tribunal, valorando la prueba practicada, entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor y razone suficientemente su decisión. Se reproduce también lo dicho en la STSJA de 19 de diciembre de 2012 que concluye así: 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. Si las razones en las que la sentencia impugnada funda su decisión de establecer la custodia individual no bastan para justificar tal decisión porque no tienen entidad suficiente para sostener que, en el caso de autos, la custodia individual es preferible a la legalmente prevista como preferente, infringe el art. 80.2 y debe ser casada. Principio de

**no separación de los hermanos: La decisión de establecer la custodia compartida entre los progenitores respecto de la hermana menor de edad [la mayor ha preferido seguir viviendo con la madre] no vulnera lo prevenido en el art. 80.4, que previene frente a soluciones que supongan la separación de los hermanos, entendida como imposición por mandato judicial, lo que no sucede en el caso. En la sentencia de instancia el juez expresaba que habiendo llegado a la mayoría de edad la mayor de las hijas del matrimonio, se había extinguido ope legis (por ministerio de la ley) la autoridad familiar, de modo que ninguna medida relativa a su guarda y custodia o régimen de visitas procedía acordar. Voto particular.**

**PONENTE: Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.**

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 26/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 16 de abril de 2013, recaída en el rollo de apelación número 90/2013, dimanante de autos de Divorcio número 386/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D. José Luis B M, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Ortiz Enfedaque y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Carmen Tobías Meneses, como recurrida D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar S L, representada por el Procurador D. José M<sup>a</sup> Angulo Sainz de Varanda y dirigida por el Letrado D. Javier Lagunas Navarro y el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

**Primero:** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Luis B M, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 16 de

abril de 2013, en autos de divorcio contencioso núm. 386/2011, procedentes del juzgado de primera instancia núm. 16 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

**Segundo:** Confirmar íntegramente el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en su sentencia de 21 de noviembre de 2012. En ejecución de sentencia el Juzgado dispondrá lo procedente respecto a la fecha de inicio de la guarda y custodia compartida.

**Tercero:** No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

**Cuarto:** Hágase entrega al 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, el Excmo. Sr. Presidente de la Sala y los Ilmos. Sres. Magistrados que componen la misma, anunciando Voto Particular la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.

#### VOTO PARTICULAR

Que formula la Ilma. Sra. D. Carmen Samanes Ara a la sentencia de esta Sala dictada el día 30 de septiembre del presente año en el rollo de casación núm. 26/2013, procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta ciudad.

#### NÚM. 48

*S. TSJA 42/2013, de 3 de octubre de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERE-**

**CHOS Y PRINCIPIOS: Derecho de los padres a la igualdad:** *Es inaceptable la pretensión de que se produzca desigualdad por haber dado cumplimiento la sentencia impugnada a las normas de establecimiento de la custodia que sea más conveniente al interés de la menor (en el caso se mantiene la custodia individual a favor de la madre).* **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho transitorio:** *El importante cambio de régimen de custodia introducido por la Ley 2/2010 (custodia compartida como regla general) en relación al régimen anterior del Cc. (custodia individual) se aplica inmediatamente respecto de las situaciones de crisis de convivencia de los progenitores a partir de la entrada en vigor de tal Ley. Pero en atención a las medidas que pudieran haberse establecido al respecto en procedimientos anteriores se incluyó la posibilidad de que en el plazo de un año, a partir del día 8 de septiembre de 2010, los interesados pudieran instar el cambio de régimen de custodia individual anterior por el que ahora venía establecido en Aragón como preferente, la custodia compartida (DT 6ª), sin necesidad de que estuviera presente el cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó inicialmente el régimen, como exige con carácter general el art. 775 Lec. En ese año la solicitud de custodia compartida en vez de la individual era causa suficiente para justificar la petición de cambio.* **MEDIDAS JUDICIALES: Modificación:** *Una vez transcurrido el plazo de un año de la DT 1ª de la Ley 2/2010 ya no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas en la sentencia de divorcio de 2006, sino que debe estarse al régimen general del art. 775 Lec., de modo que los interesados en la modificación del régimen de custodia deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas para establecer la*

*custodia individual a favor de la madre. Ni la propia parte, ni el Juzgado ni la Audiencia entienden que sean de relevancia sustancial la mayor edad de la menor, la modificación de los hábitos de la vida cotidiana de la niña y los propios deseos de ella. La valoración probatoria efectuada en la instancia queda excluida, salvo excepciones que no son del caso, de la posibilidad de ser revisada en casación o por vía de infracción procesal. No existe infracción del art. 80.2.*

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 22/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 19 de marzo de 2013, recaída en el rollo de apelación número 27/2013, dimanante de autos de modificación de medidas número 1065/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, D. Juan V B, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Covadonga Castro González y dirigida por el Letrado D. José Manuel Marraco Espinos y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y Dª Mª A, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Gemma Laguna Broto y defendida por la letrada Dª Mª Pilar Español Bardají.*

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Juan V B contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 19 de marzo de 2013.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación.

## NÚM. 49

*S. TSJA 43/2013, de 8 de octubre de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Aptitud de los progenitores: Ha sido especialmente valorada la concurrencia en este supuesto de un elemento especial, como lo es el reparo que, previa constatación de los medios de acreditación practicados, ofrece el estado mental del padre. Para poder estar a la especialidad que comporta fijar custodia individual, no ofrece duda que un dato de fundamental relevancia y trascendencia lo es el estado mental o emocional de uno de los progenitores, permanente o no, siempre y cuando exista una alteración personal que pueda incidir de modo negativo en la correcta y mejor atención del menor. Sin que presente un trastorno de tanta entidad como para considerarlo inhábil para el ejercicio de las responsabilidades que como padre le corresponde, existen alteraciones en su estado de ánimo de suficiente relevancia como para excepcionar la regla general de la custodia compartida. Violencia doméstica o de género: Es indudable que el delito de revelación de secretos penado por el art. 197 del Código penal no se encuentra en ninguno de los tipos penales descritos en el art. 80.6 CDFP.**

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 80.2, 80.6, 76.3.b CDFP, 14 Const.

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 27/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 24 de abril de 2013, y auto aclaratorio de fecha 2 de mayo del mismo año, recaído todo ello en el rollo de apelación número 121/2013, dimanante de autos de divorcio 87/2012-A, seguidos an-*

*te el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Guillermo A. M., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Isabel Pedraja Iglesias y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Virginia Laguna Marín-Yaseli, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Marta G. D., representada por el Procurador de los Tribunales D. David Sanau Villarroya y dirigido por la letrada D<sup>a</sup> Maribel Gimeno Dieste, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.*

[...]

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Guillermo A. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 24 de abril de 2013 aclarada por Auto de fecha 2 de mayo del mismo año.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación.

## NÚM. 50

*S. TSJA 44/2013, de 9 de octubre de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho transitorio: Sobre la interpretación de la DT se pronunció esta Sala en la sentencia de 13 de marzo de 2013, con cita de la de 18 de abril de 2012 (se transcriben dos párrafos). No se trataba, por lo tanto, de una revisión que automáticamente debiera concluir en la modificación de las custodias anteriores sino de una posibilidad sujeta a la valoración de los tribunales, sin necesidad de acreditar cambios sustanciales respecto de las circunstancias tenidas en cuenta en cada proceso. El cambio de régimen obliga a la necesi-**

**ria adaptación:** *La custodia compartida supone cambios no desdeñables en la vida de las parejas y de sus hijos, debiendo los progenitores cuidar de que los mismos no afecten negativamente a sus hijos, pero sin olvidar lo dicho en la STSJA 27/11/2011 que se transcribe. Las relaciones familiares y sociales nacidas en la sociedad actual al amparo de realidades sociales distintas a las tradicionales resultan indudablemente complejas, y con tal perspectiva deben ser entendidas y enjuiciadas (art. 3.1 Cc.).*

**Interés del menor:** *El régimen preferente de la custodia compartida es el que recoge, por declaración legal, el interés del menor en orden al pleno desarrollo de su personalidad. También en la jurisprudencia del TS el interés del menor se erige en el principio rector en la interpretación de los preceptos del Cc. (señaladamente el art. 92): transcribe párrafos de la Ss. TS 823/2012, de 31 de enero de 2013 (la revisión en casación sólo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados; el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor; el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados... Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los art. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección) y 495/2013, de 19 de julio: el interés del menor no se estima salvaguardado por la custodia individual sino por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos.*

**La distancia entre domicilios:** *Aunque los desplazamientos aparezcan como perjudiciales, la «deslocalización» de los niños*

*por los cambios de domicilio no atenta contra el interés del menor ni es criterio que pueda servir para no aplicar la guarda y custodia compartida. Se cita la STSJA de 27/11/2011. La opinión de los menores: Esta Sala se ha pronunciado recientemente sobre la relevancia de la opinión de los menores, como uno más de los factores que deben ser tenidos ponderadamente en cuenta para la adopción del régimen de custodia, en función de su madurez. Resumíamos en la de 18/7/2013, con cita de las de 19/10/2012, 16/10/2012, 12/3/2013, 10/7/2013, 16/7/2013 y 17/7/2013, que la escasa edad y madurez de los menores de 12 años no permite atribuir a su criterio carácter determinante, y que pueden aportar datos que puedan ser relevantes, sin que puedan valorar hasta qué punto puede ser perjudicial o beneficioso uno u otro régimen de custodia. Para detectar los efectos beneficiosos y los perjudiciales de un régimen de custodia no se pueden despreciar (junto con otros datos que puedan extraerse) las opiniones de los niños que precisamente han visto variado el régimen de custodia. No es irrelevante comprobar empíricamente si la previsión legal de que el régimen de custodia compartida es el más beneficioso es así apreciado por el menor afectado.*

**Preferencia de la custodia compartida:** *Esta Sala ha fijado una clara doctrina jurisprudencial en la interpretación del art. 80.2 CDFR que quedó sintetizada en la sentencia de 1 de febrero de 2012 (se transcribe). Debe resaltarse nuevamente que el régimen preferente de la custodia compartida es el que recoge, por declaración legal, el interés del menor en orden al pleno desarrollo de su personalidad. El Preámbulo de la Ley 2/2010 y ahora el apartado 10 del Preámbulo del CDFR proporcionan los criterios por los que la custodia compartida resulta ser, como regla general, la que expresa el interés del menor (se transcribe). Queda reiteradamente subrayado que el superior interés*

*de los hijos se persigue mediante la configuración de la custodia compartida con carácter preferente, salvo en los supuestos en que la custodia individual sea lo más conveniente, por ello, si ambos padres están capacitados, la prueba debe ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se acordará (S. 18/4/2012, reiterada por S. 27/11/2012). Voto particular.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80, DT 6ª CDF.A.

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 19/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 6 de marzo de 2013, recaída en el rollo de apelación número 596/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 551/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Sergio G. B., representado por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Cueva y dirigido por la Letrada Dª Margarita Blanco Abilla, y como parte recurrida Dª Ascensión A. H., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª José Ibarzo Borque y dirigida por la letrada Dª Mª Ángeles Laguna Bernal.*

[...]

#### FALLAMOS

**Primero:** Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio G. B. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que casamos y dejamos sin efecto.

**Segundo:** Se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza.

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular la Magistrada Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.»

#### VOTO PARTICULAR

Que formula la Ilma. Sra. D. Carmen Samanes Ara a la sentencia de esta Sala dictada el día 9 de octubre del presente año en el rollo de casación núm. 19/2013, procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta ciudad.

[...]

#### NÚM. 51

*S. TSJA 45/2013, de 14 de octubre de 2013*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR:** *Dado que en la sentencia de primera instancia, que resulta confirmada en casación, se pone fin a la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija y la madre al desaparecer la causa en que se fundamentaba (la custodia individual a su favor), y se concedía un periodo razonable para que la madre buscara nuevo domicilio, procede establecer como límite de la atribución hasta el próximo 15 de enero de 2014, fecha a partir de la cual la madre deberá abandonar la vivienda, que pasará a ser ocupada por su propietario, el padre.* **DERECHOS Y PRINCIPIOS: Invocación en casación:** *Dos de los preceptos alegados para fundar su recurso de casación, los arts. 75.2 y 76.3.b CDF.A, constituyen principios de carácter general que informan la legislación y cuya invoca-*



*ción debe ir acompañada de otro precepto específico y homogéneo que permita concretarlos, porque tales fines y derechos se pueden satisfacer no solo con la adopción de la custodia compartida solicitada por el recurrente, sino también con la individual a cargo de uno u otro progenitor, siempre que esta última «sea más conveniente» en interés de los hijos menores –art. 80.2 CDF–. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Función del recurso de casación: Para la correcta resolución del recurso de casación debemos partir necesariamente del sustrato fáctico que resulta de la sentencia de instancia, debiendo limitarse el Tribunal de casación a la revisión de la valoración jurídica de los hechos, a la subsunción de los mismos en la norma sustantiva (art. 80.2) que se invoca como infringida. Con cita de la STS de 28/6/2012, se dice que es cierto que los hechos, además de reconstruidos o fijados en el proceso –quaestio facti–, tienen que ser puestos en relación con el precepto del que constituyen supuesto, con el fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista –quaestio iuris–. También es cierto que los hechos declarados probados, intocables como tales en casación, quedan sometidos a determinados juicios de valor que aportan criterios para su subsunción en la norma de que se trata y que el control de éstos no queda fuera de casación. La conflictividad entre los progenitores: Se alude en la sentencia impugnada a la nula relación y dificultad de comunicación entre los padres tras la ruptura como factor relevante para acordar la custodia individual a favor de la madre. Sobre este particular la Sala de casación recuerda lo dispuesto en el art. 80.5 CDF y añade que, en realidad, como señala la STS 22/7/2011, «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en*

*relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor». Y en el caso de autos no deben considerarse relevantes porque no consta que el aludido deterioro de relaciones afecte y perjudique el interés de la menor. La opinión de los menores: Respecto a la importancia de la opinión del menor, esta Sala ha tenido oportunidad de destacar que la misma 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 (art. 80.2 CDF) –STSJA 24/7/2012–; se trata de uno de los factores indicados en el art. 80.2, 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 –STSJA 19/10/2012–; en otras resoluciones se han tenido en cuenta las razones expuestas por el menor para justificar su preferencia o los motivos de rechazo de un tipo de custodia –en este sentido, STSJA 19/10/2012–; finalmente, a mayor madurez, mayor relevancia de la opinión expresada por el menor; especialmente de los mayores de 14 años –así se analiza en las sentencias 16/10/2012 y 12/3/2013, entre otras–. En el caso de autos no debemos considerar determinante un criterio de preferencia de custodia, expresado por una menor, de 12 años de edad, de manera contradictoria en las dos ocasiones en que ha sido requerida para ello. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres: La posibilidad de que la permanencia de la niña con sus padres por periodos alternos cause una cierta inestabilidad a la menor, dados los horarios laborales de los progenitores, muy diferentes entre sí, es una mera hipótesis que no se sustenta en razonamientos distintos de la simple comparación de horarios. La comparación de los horarios de los padres pone de manifiesto que ambos van a necesitar el apoyo de terceros para prestar el necesario apoyo a la menor; por*

que como tantas veces sucede los dos horarios resultan difíciles de conciliar con el horario lectivo de la niña. Pero más allá de la expresada y habitual dificultad, que no imposibilidad, no se justifica el desplazamiento de la custodia compartida frente a la ventaja que esta supone para la menor al permitir un reparto efectivo y continuado de los derechos y responsabilidades de los padres, debiendo la menor, al igual que sus progenitores, realizar la necesaria adaptación a la situación existente tras la ruptura. **Preferencia de la custodia compartida:** En el art. 80.2 CDFFA, según doctrina jurisprudencial reiterada, se establece la custodia compartida por parte de ambos progenitores como régimen preferente en los casos de ruptura de la convivencia con hijos a cargo, siempre que el padre y la madre estén capacitados para la correcta asunción de dicha custodia y que en esa concreta ruptura no resulte más conveniente para el interés del menor la custodia individual, habida cuenta de los parámetros previstos en ese mismo precepto. Por otra parte se ha razonado también que 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 –STSJA 30/9/2013, con cita de la S. 19/12/2012–.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 23/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de*

*Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 26 de marzo de 2013, recaída en el rollo de apelación número 79/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 736/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Juan Carlos M. C., representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Isern Longares y dirigido por el Letrado D. Mauricio Izquierdo García, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Antonia O. C., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Marina Sabadell Ara y dirigida por el letrado D. Juan Manuel Piazuelo Martínez.*

[...]

#### FALLAMOS

**Primero:** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Juan Carlos M. C. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 26 de marzo de 2013, en autos de modificación de medidas núm. 736/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

**Segundo:** Confirmar íntegramente el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en su sentencia de 29 de noviembre de 2012, manteniendo como límite de atribución del uso de la vivienda a favor de la madre hasta el próximo 15 de enero de 2014. En ejecución de sentencia el Juzgado dispondrá lo procedente respecto a la fecha de inicio de la guarda y custodia compartida.

**Tercero:** No hacemos expresa imposición de las costas de las instancias, ni de este recurso.

**Cuarto:** Hágase entrega al recurrente del depósito constituido.

**Quinto:** Librese a la mencionada Audiencia la 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.

52

## NÚM. 52

A. TSJA de 14 de octubre de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MEDIDAS JUDICIALES:** Limitaciones al principio de justicia rogada: *No resulta contrario al art. 216 Lec. la adopción de determinadas medidas en beneficio e interés de los menores en estos procesos especiales matrimoniales y de menores (arts. 748 y ss. Lec.) al margen de las interesadas por las partes. El mismo art. 216 Lec. señala la posible excepción al principio de justicia rogada cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales, y así lo hace el art. 751 Lec. sobre la indisponibilidad del objeto del proceso en los regulados en ese título, o el art. 774.4 Lec. al permitir a los tribunales establecer las medidas definitivas que procedan si para alguno de los conceptos mencionados no se hubiera adoptado ninguna. Así sucedió en el presente caso al modificarse en apelación el régimen de guarda y custodia, de un progenitor a otro, por lo que no se había adoptado medida sobre pensión alimenticia en el supuesto de cambio de tal régimen.*

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

53

## NÚM. 53

S. TSJA 46/2013, de 30 de octubre de 2013

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS:** Principio de interés superior del menor: *La prevalencia del interés del menor o favor filii opera en nuestro ordenamiento jurídico 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. Esta prevalencia, a la que se hace expresa referencia en el preámbulo del Código aragonés, es consecuencia de la adhesión de España a la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, por venir recogida en su art. 3.1, así como de lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: La conflictividad entre los progenitores: La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que el problema de la conflictividad existente entre los progenitores, no es por sí mismo óbice para el establecimiento de la custodia compartida –S 9/2/2012–, salvo que concurran circunstancias excepcionales como obstáculo insalvable para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular –S 28/9/2012–. En el mismo sentido el TSJ de Navarra en S 23/10/2012, aplicando su derecho propio, ha mantenido que la fluidez en las relaciones personales de los progenitores no es presupuesto legal del régimen de custodia compartida, y no toda conflictividad representa un impedimento para adoptarla. Por su parte el TS, en aplicación de la regulación que efectúa el Cc., mantiene que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, convirtiéndose en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (Ss 22/7/2011 y 9/3/2012). Preferencia de la custodia compartida: De modo general entiende el legislador aragonés que el interés superior del menor queda satisfecho por la custodia compartida entre ambos progenitores, que así se implican en su educación, de modo que este sistema solo cederá, a favor de la custodia individual, cuando se considere más pertinente en función de las circunstancias concurrentes, cuya valoración*

*ción compete a los tribunales de instancia. No existiendo prueba de la falta de aptitud del padre para ejercitar las funciones inherentes a la guarda y custodia compartida de la citada hija, ni elementos relevantes contrarios a la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, el recurso de la madre debe ser en este punto desestimado. Principio de no separación de los hermanos: El legislador aragonés no impide la separación de los hermanos, sino que establece, como criterio de normalidad recogido como imperativo jurídico, que de modo general no se acordará judicialmente dicha separación. La decisión aquí adoptada (guarda y custodia individual a favor de la madre respecto de la hija Paula y custodia compartida por bimestres alternos para la hija Natalia, hermanas gemelas de 12 años de edad ambas aquejadas de minusvalías) solo determina una separación temporal de las hermanas, que coincidirán en el mismo domicilio durante el tiempo en que la madre tenga la guarda y custodia de ambas y en el periodo de visitas, y se funda en razones sólidas que justifican la excepción al criterio general. Valoración de la prueba practicada: Los tribunales de instancia realizan la valoración de las pruebas periciales practicadas conforme al criterio de la sana crítica, pudiendo dar una mayor relevancia al informe emitido por la psicóloga adscrita al juzgado que a los informes aportados por las partes.*

**PONENTE:** Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 31/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 9 de mayo de 2013, recaída en el rollo de apelación número 136/2013, dimanante de autos de Divorcio 209/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> Irene*

*Aranzazu P. A., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Carmen Ibáñez Gómez y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Marina Ortiz Ibáñez, y como parte recurrida D. Gonzalo Q. B., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén Gómez Romero y dirigida por el Letrado D. Antonio José Muñoz González, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.*

[...]

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Irene Aranzazu P. A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 9 de mayo de 2013.

Sin imposición de costas en este recurso.

#### NÚM. 54

S. TSJA 47/2013,  
de 5 de noviembre de 2013

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL: Falta de motivación: Considera esta Sala que en el presente caso se ha producido una falta de respuesta de la sentencia recurrida a todo lo indicado en el fundamento anterior [cuál era la legislación aplicable, si lo era directamente el Cc. en la redacción anterior a 1981 o la legislación aragonesa, teniendo en cuenta que el matrimonio se contrajo en febrero de 1926 vigente ya el Apéndice; reglas aplicables a la liquidación de determinadas deudas, etc.], lo cual debe ser incardinado, más bien, en falta de motivación con infracción del art. 218.2 Lec. Ello determina en el presente caso la anulación de la sentencia recurrida y la reposición de las actuaciones al momento en que se hubiera producido la infracción, que es el del dictado de la sentencia (art.**

**476.2, último párrafo).** *Y ello por cuanto la estimada infracción de falta de motivación priva a la parte recurrente del conocimiento de las razones de la desestimación de su recurso, con la consiguiente dificultad de articular con seguridad el recurso de casación.*

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

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 25/2013 interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2012, aclarada por auto de 12 de febrero de 2013, dictados por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el rollo de apelación número 323/2012, dimanante de autos de división de herencia número 24/2001, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Tarazona, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> Carmen S. C., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Beatriz Díaz Rodríguez y dirigida por el Letrado D. Félix Martín Polo, y como parte recurrida D. Isidro S. C., representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu y dirigido por el Letrado D. Andrés Jiménez Lenguas.*

[...]

#### FALLAMOS

Estimar el motivo de infracción procesal interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Carmen S. C. contra la sentencia de 30 de julio de 2012 y su auto aclaratorio de 12 de febrero de 2013 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con anulación de la sentencia recurrida, y ordenar reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, que es el momento del dictado de la sentencia, a fin de ser debidamente motivada.

Sin imposición de las costas del recurso.

Con devolución del depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno (regla 8<sup>a</sup> del apartado I de la Disposición Final Decimosexta de la LEC).

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

#### NÚM. 55

**S. TSJA 48/2013,**  
*de 15 de noviembre de 2013*

#### 0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

**OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de motivación de la sentencia:** *Se expone extensamente la doctrina legal sobre la motivación de las sentencias con cita de las Ss. TS, Sala 1<sup>a</sup>, 12/2/2012, 7/6/2011, 17/3/2011 y 16/12/2010, y la del TC 11/2/1997. Se estima el motivo de infracción procesal por falta de motivación de la sentencia, y como efecto de la apreciación de este motivo, conforme a lo establecido en la DT 16<sup>a</sup> Lec., regla 7<sup>a</sup>, la Sala dicta nueva sentencia. La legislación procesal no contempla con carácter general, en el régimen transitorio, el reenvío de los autos a las Salas de apelación para que dicten una nueva sentencia sino que sea el propio órgano de casación el que la dicte teniendo en cuenta lo alegado, en su caso, en el recurso de casación. Aunque en ocasiones el TS ha optado por reponer las actuaciones al momento del dictado de la sentencia de apelación, criterio seguido también por la STSJA de 5/11/2013.*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Custodia compartida:** *La revocación de la custodia individual a favor de la madre comporta que deba dejarse sin efecto la pensión acordada*

a cargo del progenitor no custodio para gastos ordinario del niño, dado que dicha pensión fue fijada como consecuencia de la custodia individual acordada. Así, los gastos ordinarios del menor se sufragarán por mitad, atendiendo a los similares ingresos de los progenitores, ambos profesores. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Falta de motivación de la sentencia: La sentencia recurrida se limita a asumir el informe pericial según el cual el reparto por días alternos no resulta el más beneficioso para el menor; pero omite toda explicación sobre la procedencia de acordar otro reparto de tiempo, cuestión, no accesoria sino muy relevante, planteada por el padre. Y expresa, además, que cabe que concurran otros factores que, pese a que los progenitores reúnan las condiciones adecuadas para la custodia, lleven al tribunal a la convicción de que conviene más la individual. Pero no da razón alguna de cuáles son, en este caso concreto, tales factores. Porque lo que argumenta con anterioridad justifica, exclusivamente, que no se acepte la custodia compartida por días, pero no, en absoluto, que no se acepte la custodia compartida con otra distribución del tiempo (estancias más prolongadas con cada progenitor). Por ello, y en aplicación de la doctrina que ha quedado expuesta, resulta obligada la estimación del motivo. La Sala acuerda la guarda y custodia compartida por períodos semanales completos (de domingo a domingo). Períodos de custodia compartida: La custodia compartida no obliga a una alternancia diaria del niño con cada uno de sus progenitores, que es el único inconveniente puesto de relieve (lo que resulta, por tanto, acertado) para establecerla. Pero dicho reparto del tiempo no es la única alternativa posible. De hecho, lo habitual es que se establezca la custodia compartida por períodos más largos. Aprecia la Sala que, si el reparto de tiempo [por días] rechazado en las instancias no es conveniente para la estabilidad del niño [de 4 años de edad],

tampoco parece lo más adecuado el sistema subsidiario inicialmente propuesto (cada dos días) y sí, más conveniente, un reparto del tiempo por semanas alternas. Con ello, puede prescindirse del régimen de visitas que se estableció. Tal reparto semanal, de domingo a domingo, se mantendrá sin perjuicio de que los progenitores puedan acordar otro de estancias más amplias con visitas intersemanales y de fines de semana, o del que pueda determinarse judicialmente en virtud de eventuales cambios de circunstancias.

PONENTE: Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Ambas partes procesales interpusieron sendas demandas de divorcio que fueron acumuladas, versando la controversia principal sobre la guarda y custodia del hijo común, B, de 4 años de edad. Pretendió la madre la custodia individual del menor en tanto que el padre postuló que el régimen fuera el de custodia compartida.

La sentencia de primera instancia razona así:

...quien ahora juzga no pone en duda el afecto que el Sr. Juan José RE profesa por el menor B, así como su capacidad y aptitudes para dispensar al menor los cuidados necesarios, existiendo indicios de que en cierto grado se ha implicado en el crecimiento y atenciones del hijo común. Tampoco cabe cuestionarse el estrecho vínculo existente entre padre e hijo. Tales extremos se desprenden, por otro lado, del informe de la perito Sra. Portillo...

... Frente a dicho informe (el pericial propuesto por el padre), se ha emitido en autos, en fecha anterior, el de la psicóloga del gabinete adscrito a este Juzgado que sí mantuvo entrevistas con ambos progenitores, por lo que la información empleada para la emisión de dicho in-

forme es mayor, a lo que debe unirse el hecho de que el mismo haya sido emitido por una profesional independiente al servicio de los órganos judiciales y de cuya imparcialidad y objetividad no existe duda alguna. Sobre tales premisas, quien ahora juzga comparte plenamente las conclusiones a las que llega la perito judicial. En este sentido, es evidente que el régimen de custodia compartida propuesto por el Sr. Juan José R E en sus respectivos escritos de demanda acumulada a las presentes actuaciones y de contestación, ratificado en el acto de la vista, tiene como finalidad acomodar las estancias y custodia del menor a las necesidades y preferencias personales del padre, pues los días que propone que el menor esté en su compañía (martes y jueves) son aquellos en los que no debe impartir clases en la Escuela de ingeniería (lunes y miércoles), clases que pese a que en su momento refirió que dejaba de impartir en septiembre de 2012, continuaba impartiendo en el mes de noviembre de 2012, fecha de emisión del informe, y lo sigue haciendo en la actualidad. En este sentido, refiere la psicóloga que el régimen de custodia compartida «parece más centrado en la forma de estructuración del tiempo del adulto que en adoptar medidas tendentes a cubrir las necesidades de su hijo», o, dicho de otro modo, el Sr. Juan José R E tiene presente en primer lugar su propio interés antes y por encima del interés y beneficio del hijo común. A todo ello añade el informe de la perito judicial que la alternativa de sistema de reparto de tiempo que propone el padre, por días alternos, «no resulta la más beneficiosa para el menor; debido a la confusión que le crearían las pernoctas en días alternos con cada progenitor». Dicho en otros términos, la custodia compartida por días alternos generaría inestabilidad en el menor y un cambio constante de las rutinas diarias tan importante en el desarrollo de un niño de la edad de B que cuenta con 4 años de edad recién cumplidos. (...).

En resumen, a la vista del contenido de dichos informes y de las circunstancias que concurren en cada uno de los progenitores, no procede sino acordar que la guarda y custodia del menor B continúe siendo ejercida de forma individual

por la Sra. G A, con autoridad familiar compartida...

**Segundo:** Frente a la sentencia de primera instancia formuló recurso de apelación el padre, de cuyo escrito conviene destacar lo que sigue:

... si la objeción al establecimiento de la guarda compartida obedece al sistema de días alternos propuesto, mi representado está conforme en el establecimiento de cualquier otro sistema de guarda compartida (ya sea dos días seguidos como alternativamente también se proponía en nuestra demanda; por semanas alternas, por quincenas, por meses...) siempre que garantice un reparto equitativo en el tiempo de estancia con su hijo. (...) mi representado, mediante el presente recurso de apelación, solicita el establecimiento de la guarda compartida, con el sistema que la Audiencia Provincial de Zaragoza estime más acertado, pudiendo ser por semanas alternas de domingo a domingo o de lunes a lunes, o de viernes a viernes con cada progenitor, o dos días seguidos con cada uno de los progenitores (sistema alternativo de la demanda)...

De acuerdo con ello, en el suplico del recurso y tras la petición de que se adopte el plan que propone, expresa:

Y todo ello, sin perjuicio de que esta parte solicita que, alternativamente, esta Audiencia Provincial de Zaragoza acuerde otro sistema de guarda y custodia compartida que garantice el reparto equitativo del tiempo de estancia con el menor, y que sea el más beneficioso para el niño.

**Tercero:** La sentencia de segunda instancia, después de las referencias que realiza a la doctrina de esta Sala en relación con el artículo 80.2 del CDA, razona así:

El informe pericial expresamente indica lo siguiente: «la alternativa que propone el padre de ejercicio compartido de la custodia de su hijo en periodos de días alternos, no resulta la más beneficiosa para el menor; debido a la confusión que le crearían las pernoctas en días alternos con cada progenitor, es necesario proporcionarle al niño

*unas condiciones de estabilidad en su vida que le permitan adaptarse a las circunstancias familiares y garantizar su desarrollo integral. Que el niño adquiera una imagen positiva de ambos progenitores, por lo que sería beneficioso que le proporcionaran un modelo de resolución de conflictos basado en el diálogo y la comunicación. La alternativa que puede proporcionar una mayor estabilidad al niño y permite cubrir todas sus necesidades, resulta del mantenimiento de una relación amplia y frecuente con ambos progenitores, sin introducir grandes modificaciones en sus condiciones cotidianas de vida». (...).*

Y poco después, se dice: *No conviene tampoco olvidar que la aptitud de los progenitores, no es el único elemento que ha de ser tomado en consideración para resolver el tema de la guarda y custodia. Cabe que un progenitor reúna condiciones para el ejercicio de la guarda y custodia y sin embargo concurren otros factores que lleva al Tribunal (sic) a la convicción de que en el concreto supuesto, conviene mejor la custodia individual, el mantenimiento del statu quo, con su estabilidad puede coincidir en el interés del menor (...).*

Y sobre esas bases concluye que el beneficio del menor B se encuentra más favorecido con la custodia individual materna.

**Cuarto:** En el primero de los motivos de infracción procesal que resultaron admitidos se alega ausencia de motivación de la sentencia, siendo la queja de la recurrente que aquella únicamente motiva que el sistema de días alternos perjudica el interés del menor, pero no justifica ni motiva que el sistema propuesto alternativamente por la parte (cada dos días) o cualquier otro reparto del tiempo perjudique igualmente ese interés. No motiva –señala la parte– que concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, sino únicamente que el sistema por días alternos no es lo conveniente.

**Quinto:** La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del con-

junto de razonamientos de hecho y de derecho que justifican un determinado fallo, por lo que la motivación exigible a las decisiones judiciales tiene la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y de posibilitar el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso, a las que suele añadirse (STS Sala 1ª de 12 de febrero de 2013) la de convencer a las partes de la corrección de la decisión que se adopta. La STS de esa misma Sala de 16 de diciembre de 2010 señala que la sentencia no pueda considerarse debidamente motivada cuando resulte imposible conocer las verdaderas razones de su fallo o no resuelva la cuestión verdaderamente planteada.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de once de febrero de 1997 expresa que *según doctrina constante de este Tribunal, la motivación de las resoluciones judiciales constituye en efecto, una exigencia constitucional que, dirigida en último término a excluir la arbitrariedad, se integra dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. No obstante, en relación con lo que deba entenderse por motivación suficiente, también hemos advertido en reiteradas ocasiones (SSTC 66/1966 y 169/1996) que la exigencia de motivación «no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (SSTC 14/1991, 28/1994, 145/1995, 32/1996, entre otras muchas), porque la motivación no está necesariamente reñida con la brevedad y concisión (...), siendo necesario analizar en el caso concreto si una respuesta breve o incluso genérica es congruen-*



*te con las cuestiones planteadas en el recurso y si expresa el criterio del juzgador sobre las causas de impugnación que se alegaron ...*

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo recuerdan que la motivación es lo que permite el eventual control jurisdiccional por medio de los recursos, la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran la cultura jurídica interna y externa, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos (por todas, STS Sala 1ª de 7 de junio de 2011).

La motivación debe expresar los elementos y las razones del juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo, que su «ratio decidendi» sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, lo que no se cumple tanto cuando no se contiene motivación alguna como cuando la efectuada es insuficiente mediante apreciaciones genéricas sin atender al caso concreto, dando lugar con tal deficiencia argumentativa a una conclusión arbitraria, caracterizada por la apariencia de ser meramente voluntarista, lo que comporta una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como expone la STS de 17 de marzo de 2011 con cita de otras del TC, el juicio de suficiencia hay que realizarlo atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso.

**Sexto:** Como ha quedado indicado, en el recurso de apelación se planteó de modo preciso la procedencia de que se acordase otro reparto del tiempo, diferente del tenido en consideración por la sentencia de primera instancia, que se considerase adecuado. La sentencia recurrida se limita a asumir el informe pericial según el cual el reparto por días alternos no resulta el más beneficioso para el menor, pero omite toda explicación sobre la referida cuestión, no accesoria sino muy relevante, planteada por el padre. Y expresa, además, que cabe que concurren otros factores que, pese a que los progenitores reúnan las condiciones adecuadas para la custodia, lleven al tribunal a la convicción de que conviene más la individual. Pero no da razón alguna de cuáles son, en este caso concreto, tales factores. Porque lo que argumenta con anterioridad justifica, exclusivamente, que no se acepte la custodia compartida por días, pero no, en absoluto, que no se acepte la custodia compartida con otra distribución del tiempo (estancias más prolongadas con cada progenitor). Por ello, y en aplicación de la doctrina que ha quedado expuesta, resulta obligada la estimación del motivo.

**Séptimo:** En cuanto a los efectos de la apreciación de este motivo del recurso extraordinario debe tenerse presente lo establecido en la Disposición Final 16ª de la LEC, regla 7ª, conforme a la cual *Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.* Estableciendo la regla siguiente que: *En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los artículos 466, 468 y 472, así como los artículos 488 a 493 y el*

*apartado cuarto del artículo 476. Lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del artículo 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2.º del apartado primero del artículo 469 o en vulneraciones del artículo 24 de la Constitución que únicamente afectaran a la sentencia recurrida.*

De dicha normativa se infiere que la legislación procesal no contempla con carácter general, en el régimen transitorio mencionado, el reenvío de los autos a las Salas apelación para que dicten una nueva sentencia sino que sea el propio órgano de casación el que la dicte teniendo en cuenta lo alegado, en su caso, en el recurso de casación. Ello, aunque en ocasiones el Tribunal Supremo ha optado por reponer las actuaciones al momento del dictado de la sentencia de apelación, criterio seguido también en algún supuesto por esta misma Sala (véase la STSJA de fecha 5 de noviembre de 2013 dictada en el recurso de casación núm. 25/2013 y las razones ahí expuestas).

**Octavo:** El examen detenido de las actuaciones revela que no existe óbice alguno para que se acuerde el régimen legal preferente, pues tal régimen no obliga a una alternancia diaria del niño con cada uno de sus progenitores, que es el único inconveniente puesto de relieve (lo que resulta, por tanto, acertado) para establecerlo tanto por el informe pericial como por las sentencias de instancia que lo asumen. Pero dicho reparto del tiempo no es la única alternativa posible. De hecho, lo habitual es que se establezca la custodia compartida por períodos más largos.

Consiguientemente, procederá acordar la custodia compartida solicitada por el recurrente. Aprecia la Sala que, si el reparto de tiempo rechazado en las instancias no es conveniente para la estabilidad del niño, tampoco parece lo más adecuado el sistema subsidiario inicialmente pro-

puesto (cada dos días) y sí, más conveniente, un reparto del tiempo por semanas alternas. Con ello, puede prescindirse del régimen de visitas que se estableció. Tal reparto semanal, de domingo a domingo, se mantendrá sin perjuicio de que los progenitores puedan acordar otro de estancias más amplias con visitas intersemanales y de fines de semana, o del que pueda determinarse judicialmente en virtud de eventuales cambios de circunstancias.

La revocación de la sentencia en este particular comporta que deba dejarse sin efecto la pensión acordada a cargo del progenitor no custodio para gastos ordinarios del niño, dado que dicha pensión fue fijada como consecuencia de la custodia individual acordada. Así, los gastos ordinarios del menor se sufragarán por mitad, atendiendo a los similares ingresos de los progenitores, ambos profesores. Y manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia.

**Noveno:** La estimación del recurso determina la improcedencia de hacer imposición de las costas devengadas en el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC.

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

#### FALLAMOS

**Primero:** Estimamos el motivo de infracción procesal de falta de motivación formulado por la representación de Juan José R E en su recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de fecha 4 de junio de 2013.

**Segundo:** Acordamos que la guarda y custodia del hijo menor de quienes han sido partes en el presente litigio, D. Juan José R E y D<sup>a</sup> Lourdes G A se ejercerá de forma compartida por ambos. A tal fin, cada uno de ellos tendrá consigo al niño por

períodos semanales completos (de domingo a domingo). Tal reparto temporal se mantendrá sin perjuicio de que los progenitores puedan acordar otro de estancias más amplias con visitas intersemanales y de fines de semana, o del que pueda determinarse judicialmente en virtud de eventuales cambios de circunstancias.

**Tercero:** Mantenemos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia en lo demás excepto, primero, en lo relativo a la pensión de alimentos, debiendo sufragarse por mitad entre ambos progenitores los gastos ordinarios del niño y, segundo, en lo tocante al régimen de visitas, que subsiste únicamente en lo atinente al reparto de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

**Cuarto:** No se hace expresa imposición de costas del presente recurso.

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

Dese al depósito constituido el destino legal.

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.

*terio de proporcionalidad del art. 82.1 CDFa ha de seguirse el mismo criterio mantenido por la jurisprudencia del TS en relación al principio de proporcionalidad del art. 146 Cc.: «corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el TS a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación».* GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: **Prueba de que la custodia individual es más conveniente:** *Del informe psicológico y de los posteriores informes de detectives deduce la Audiencia, y lo confirma el TSJA, que existe prueba suficiente que demuestra la inconsistencia del padre sobre la custodia compartida del hijo «por cuanto carece de interés y de disponibilidad horaria para asumir personalmente los cuidados cotidianos del hijo, que delega habitualmente en sus padres». La sentencia recurrida detectó la evidencia de la excesiva delegación en los abuelos paternos: refleja la amplia dedicación laboral del padre y, sobre todo, el hecho de que en los ratos que dicha dedicación le dejaría libres, el niño es atendido esencialmente por los abuelos. No hay infracción del art. 80.2 CDFa, ni de los criterios jurisprudenciales que deben seguirse en su exégesis: los factores tenidos en cuenta han llevado al tribunal de apelación a estimar que era más conveniente para el menor la custodia individual, razonando suficientemente la decisión adoptada. Valoración de la prueba practicada: Conforme a reiterada jurisprudencia del TS la errónea valoración de la prueba solo puede plantearse al amparo del art. 469.1.4º Lec. cuando se demuestre que la*

*valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. En el presente recurso el recurrente conduce este motivo de infracción procesal por la vía de la arbitrariedad al entender que la sentencia recurrida ha limitado tal valoración a los aspectos negativos de los informes periciales examinados. Incurre el recurrente en el error que denuncia, ya que la sentencia no oculta su aptitud general para atender a su hijo pero tampoco la mayor disponibilidad y disposición de la madre, por lo que el alegado motivo de infracción procesal debe ser desestimado. RELACIÓN DEL MENOR CON SUS ABUELOS: La sentencia recurrida aprecia un incorrecto uso del tiempo de visitas con el padre lo que le lleva a la supresión de las visitas intersemanales, pero de ello no se deduce la alegada privación de la relación del niño con los abuelos paternos y con su tía paterna (art. 79.2 CDFa), dicha relación se podrá seguir manteniendo, aun en menor tiempo (cuatro días al mes), sin perjuicio de que las partes lleguen a acuerdos que permitan su ampliación si, como estimaban, resultaba beneficioso para el menor.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 79.2, 80.2, 82.1 CDFa.

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

*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 30/2013 interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2013 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, recaída en el rollo de apelación número 102/2013, dimanante de autos de Divorcio 82/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Javier P. V., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Elena Ciprés Marco y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> Asunción Bustillo Sofín, y como parte recurrida D<sup>a</sup> Yolanda C. B., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Ayerra Duesca y dirigida por la letrada D<sup>a</sup> Olga Antón Molina.*

[...]

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Elena Ciprés Marco, en nombre y representación de D. Javier P. V., contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2013, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.