

**A) RESOLUCIONES DEL TS
Y DEL TSJA (2015-2016)**

**A) DECISIONS OF THE HIGH COURT
AND THE HIGH COURT OF JUSTICE OF ARAGON(2015-2016)**

1

NÚM. 1

*S. TS (Sala de lo contencioso, secc. 2ª)
de 9 de febrero de 2016*

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: IRPF: Pactos de presente: apartación.: 73: SUCESIÓN PACCIONADA: INSTITUCIÓN DE PRESENTE: Tributación en el IRPF: El art. 33.3.b) LIRPF, no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, cuyo contenido ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración. Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra

porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio. La apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 224 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; art. 33.1.b LIRPF; art. 24 Ley 29/1987, Impuesto de Sucesiones y Donaciones; art. 10 del RD 1629/1991, de 8 de noviembre.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación en interés de la ley lo interpone el Sr. Abogado del Estado, Agencia Estatal de Administración Tributaria, contra la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2014 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, estimatoria

del recurso contencioso administrativo dirigido contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de fecha 11 de noviembre de 2013, dictado en la reclamación NUM000 y acumulada NUM001, sobre liquidación provisional practicada en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2009 y sanción dimanante de esta.

Recoge la sentencia de instancia que la controversia gira «en torno a la tributación como ganancia patrimonial en el tributo y ejercicio mentado, de la apartación realizada por el demandante y su cónyuge en favor de su hija, mediante escritura pública de fecha 28 de diciembre de 2009».

La sentencia da cuenta de que sobre la cuestión suscitada existe una consolidada doctrina de la propia Sala, remitiéndose a lo dicho en su sentencia de 12 de marzo de 2014, dictada en el recurso 15471/13, en la que se citaba la de 9 de octubre de 2013 (recurso 15810/12). Analiza profundamente la Sala de instancia la institución de la apartación gallega, dando cuenta de su regulación positiva tanto histórica como actualmente, arts. 224 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, disponiendo el citado que «por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados»; y sobre su naturaleza jurídica se pronuncia en los siguientes términos:

«La Sentencia de 22 de marzo de 2006 recoge un estudio del origen de la apartación como institución de derecho consuetudinario, y un estudio de su naturaleza como negocio mortis causa, señalando entre las razones que conducen a reafirmar esta naturaleza jurídica, las siguientes:

El recurrente ha adquirido, en vida del causante, determinados bienes a cambio de renunciar a su condición de legitimario. Sin duda, una primera conclusión, deducida de la literalidad de los preceptos antes transcritos, inclina a entender, que al menos formalmente, nos encontramos ante una adquisición intervivos, determinada por ser realizada en vida del apartante, si bien las propias exigencias a que se encuentra sometida la adquisición, atendida la renuncia a no suceder que lleva consigo, hace que en la misma conviva en parte con la naturaleza de un título sucesorio, y que no pueda afirmarse sin más un carácter intervivos.

Unido a lo anterior, debe hacerse una precisión al carácter supuestamente gratuito de la adquisición de bienes conseguida por medio de la apartación, en cuanto ello solo podrá así entenderse, si se considera que estamos ante un pacto sucesorio. En efecto, el apartado no adquiere los bienes como los consigue el donatario o el heredero, mediante la simple aceptación, sino que realiza un sacrificio, cual es la renuncia definitiva a su condición de legitimario. No se trata además de un sacrificio que dependa de la liberalidad del apartado, sino obligatorio para éste si quiere adquirir la propiedad de los bienes que integran la apartación, estando indisolublemente unido ese sacrificio a la institución en cuanto que siempre se debe dar. De hecho, la apartación ha sido entendida doctrinalmente por algún sector como «un pago anticipado y definitivo de la legítima, con renuncia por tanto a una eventual acción de suplemento».

A ello se une, con que no podemos desvincular la naturaleza de la apartación, de los sujetos que adquieren la condición de apartante y apartado, que necesariamente han de ocupar la posición de causante y legitimario, correspondientes a un negocio jurídico mortis causa.

En definitiva, la condición de apartado y la adquisición inmediata de bienes que

obligatoriamente ello conlleva, se encuentra íntimamente conectada con la de una adquisición mortis causa, sin el que no es entendible la figura de la apartación, que en caso contrario perdería todo significado, pero para el que el legislador, paradójicamente, no ha previsto un régimen específico de reducciones y bonificaciones, que sin embargo sí prevé para la sucesión».

Entrando sobre la proyección fiscal de la referida institución, se señala «la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata». Y como tal pacto sucesorio conforme al «artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre», reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (y su correlativo artículo 10 del Reglamento de desarrollo, RD 1629/1991, de 8 de noviembre) determina como hecho imponible de este impuesto «a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Es el Reglamento el que en su artículo 11 nos dice qué debe entenderse por títulos sucesorios a efectos de este Impuesto, estableciendo que «Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes:

- a) La donación «mortis causa».
- b) Los contratos o pactos sucesorios (...).

En lo que ahora interesa y respecto del IRPF, partiendo de los caracteres y naturaleza de la apartación, llega a la siguiente conclusión: «Por lo que no ninguna duda cabe de que los pactos sucesorios, y entre

ellos los de mejora con entrega de bienes y el de apartación, que como tales aparecen regulados en la Ley 2/2006 bajo el Título X que lleva como rúbrica «De la sucesión por causa de muerte», se trata de negocios jurídicos mortis causa, o celebrados por causa de muerte, de modo que las transmisiones que tengan lugar mediante estos pactos sí se entienden amparadas por la exención fiscal, o excepción de gravamen (en palabras de la DGT) prevista en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, según el cual «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente». Para concluir que «En este contexto de imposición tributaria es en el que se debe determinar la naturaleza jurídica de la apartación, y ello sin olvidar que, aun siendo un negocio jurídico «sui generis», se trata de un pacto sucesorio, y por tanto, que aun cuando la entrega de bienes tiene lugar en vida del causante, esa entrega o transmisión se hace «por causa de muerte». En palabras de este Tribunal en sentencia de 22 de marzo de 2006 (Recurso: 7423/2003) «De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata. «Lo que determina que «Teniendo en cuenta ahora que el párrafo b) del apartado 3 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas determina que «se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial (...) con ocasión de transmisiones

lucrativas por causa de muerte del contribuyente”, y negando en el caso que nos ocupa la existencia de una adquisición por negocio jurídico inter vivos, es de aplicación lo dispuesto en el indicado precepto, lo cual determina la estimación del recurso, debiendo anular tanto la liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

SEGUNDO.- El Sr. Abogado del Estado pone de manifiesto que la apartación gallega desde el punto de vista del apartante o transmitente puede dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de adquisición del bien y el de transmisión, tal y como dispone la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del IRPF, arts. 33.1 y 34, no siendo aplicable en estos casos el art. 33.3.b) de dicha Ley, que considera que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente; en tanto que, aún cuando se trata de un pacto de no suceder, se produce la adjudicación o transmisión de determinados derechos por un acto intervivos que despliega todos sus efectos en vida del apartante y como consecuencia de su libre voluntad y no a causa del fallecimiento del mismo; y solicita que se declare una interpretación que diga lo siguiente:

«la previsión de que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente, contenida en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, no es aplicable al incremento patrimonial que se pone de manifiesto con ocasión de la aportación regulada en los artículos 224 a 227 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Ci-

vil de Galicia, ya que tal apartación gallega es un pacto que no sólo se perfecciona, sino que despliega todos sus efectos en vida del apartante, sin que tales efectos se demoren o resulten condicionados por el fallecimiento de este».

Entra el Sr. Abogado del Estado a analizar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, y en dicho sentido afirma que: «Sobre la naturaleza de la apartación lo primero que hay que decir es que no supone una transmisión mortis causa. No es un pacto de suceder, pues precisamente ocurre lo contrario, es un pacto de no suceder... con renuncia a la legítima futura, y una transmisión lucrativa inter-vivos». Lo que le lleva a considerar que no es de aplicación el art. 33.3.b) del texto legal citado, pues estamos ante una transmisión lucrativa intervivos, cuya causa no es el fallecimiento del transmitente, sino la renuncia a la legítima del adquirente, por lo que no nos encontramos ante un título sucesorio de adquisición; por tanto, su naturaleza jurídica es la de renuncia a una expectativa jurídica, no a un derecho, unida a una transmisión lucrativa intervivos que debe seguir el régimen de tributación de las transmisiones de este tipo.

El Sr. Abogado del Estado, bajo el título de «Carácter de norma estatal la determinante del fallo recurrido», afirma que se trata de enjuiciar la correcta aplicación del artº 33.3.b) de la Ley 35/2006, determinante del fallo recurrido, pues «no se trata de enjuiciar la institución de la apartación, propia del Derecho Gallego, sino la tributación de los efectos patrimoniales que produce, y tal tributación se regula en una Ley Estatal».

TERCERO.- Tanto la representación procesal del Sr. Juan Manuel, como el Ministerio Fiscal, oponen como causa de inadmisibilidad que el fallo de la sentencia impugnada se basa de forma determinante

en una norma autonómica, siendo improcedente la invocación de la norma estatal, sólo siendo posible el recurso de casación estatal en interés de la Ley cuando las sentencias recurridas interpreten y apliquen normas estatales que hayan sido determinantes del fallo.

Para la representación procesal del Sr. Juan Manuel no es suficiente para la viabilidad de este recurso casacional que se aplique e interprete una norma estatal, sino que de las mismas se extraiga la consecuencia relevante que determina el fallo de la sentencia. Siendo evidente que el fallo de la sentencia que se recurre se basa en la calificación jurídica de la apartación prevista en la Ley Civil Gallega como pacto sucesorio mortis causa, girando todo el debate sobre la verdadera naturaleza jurídica de este instituto regulado por una Ley autonómica, de suerte que de considerarse una adquisición mortis causa es aplicable el citado art. 33.3.b) y de tratarse una adquisición intervivos no sería aplicable; la sentencia de instancia no realiza una exégesis e interpretación de la legislación estatal, sino que subsume el presupuesto fáctico en la norma después de analizar la verdadera naturaleza jurídica de la apartación gallega conforme a su regulación positiva. Interpretación que sólo cabe hacer al Tribunal de Justicia de Galicia como máximo intérprete de la legislación autonómica gallega. La razón de decidir de la sentencia no ha sido en cómo debe interpretarse el art. 33.3.b), sino como ha de interpretarse el negocio jurídico regulado por la legislación gallega, y una vez despejada la misma aplicar la legislación estatal. Para la recurrida la invocación del citado art. 33.3.b) es puramente instrumental, no se cumple lo dispuesto en el art. 100.2 de la LJCA, pues lo que se pretende por el Sr. Abogado del Estado es que el Tribunal Supremo declare que la apartación es un negocio jurídico inter vivos y que por ello

no se beneficia de lo preceptuado en el art. 33.3.b).

El Ministerio Fiscal comparte el anterior criterio. Considera que la controversia jurídica sobre la que se pretende establecer un criterio de interpretación o aplicación no se concreta en la interpretación o aplicación del art. 33.3.b), sino en determinar la naturaleza jurídica de una institución del Derecho Especial Gallego en función de la cual dicha norma será clara para su aplicación o no, en definitiva todo gira en torno a si estamos ante un negocio jurídico inter vivos o mortis causa conforme a la regulación de la institución de la apartación contenida en los arts. 224 y ss. de la Ley Gallega 2/2006, propugnándose una doctrina que se proyecta directamente sobre el aspecto jurídico-civil del problema, lo que pertenece al ámbito exclusivo y excluyente del Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

No procede acoger la causa de inadmisibilidad opuesta por la representación procesal del Sr. Juan Manuel y por el Ministerio Fiscal. La cuestión a dilucidar no radica en determinar y definir la naturaleza jurídica del instituto de la apartación gallega, regulada en norma de Derecho autonómico, arts. 224 y ss. de la Ley Gallega 2/2006, de 14 de junio, que regulan y delimitan sus caracteres y configuran su naturaleza jurídica, sino en la proyección y consecuencia de la aplicación de los concretos actos o negocios realizados con trascendencia fiscal y su encuadramiento a efectos impositivos, y en el caso concreto que nos ocupa si la apartación gallega está o no incluida en la dicción del art. 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

Conforme al art. 31.1 de la CE «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad progresividad que, en ningún caso,

tendrá alcance confiscatorio», recogiendo la LGT, arts. 3 y 4, que la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos, correspondiendo la potestad originaria para establecer los tributos al Estado, sin perjuicio de las potestad tributaria atribuida a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, a través del legislador mediante la creación, modificación o extinción de tributos, determinando aquellas manifestaciones económicas que reflejan cierta capacidad económica susceptible de gravamen que deben ser objeto de imposición, definiendo legalmente los presupuestos fácticos que originan la obligación de contribuir. Ciertamente puede el legislador delimitar la relación jurídica origen de la obligación tributaria sobre actos, negocios jurídicos o situaciones definidas por otras ramas del Derecho, habitualmente civil y mercantil, pero su significación tributaria habrá de realizarse en función a la manifestación de la capacidad económica considerada legalmente al establecer el gravamen.

No le es dado al titular de la potestad tributaria hacer dejación de la misma, ni cabe, por consiguiente, que quien carece de potestad tributaria pueda determinar el nacimiento de la obligación tributaria, o alterarla o modificarla, mediante la configuración jurídica del presupuesto tenido en cuenta por el legislador tributario con potestad para la delimitación de la obligación tributaria.

Si consideramos, como pretende el Ministerio Fiscal y el representante procesal del Sr. Juan Manuel, que no se trata en este caso de la interpretación del art. 33.3.b) de la LIRPF, sino de determinar la naturaleza jurídica de la apartación gallega conforme a su regulación positiva, la que corresponde hacer en exclusividad al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como máxime interprete de la legislación

gallega, se sustrae la potestad tributaria constitucional y legalmente atribuida, posibilitando que el nacimiento y alcance de la obligación tributaria, o en este caso de la tributación de una manifestación de riqueza, de los efectos patrimoniales que se producen, se haga depender de la configuración del negocio jurídico regulado por la legislación gallega y de la interpretación privada de la misma, y no de la proyección y consecuencia de su aplicación en el ámbito tributario. En definitiva es la ley, emanada de quien tiene la potestad para hacerlo, la que define los presupuestos determinantes de la obligación tributaria, si dichos presupuestos lo constituyen negocios o situaciones propias de una rama del Derecho, la correcta interpretación y aplicación de la ley tributaria no pasa determinativamente por la interpretación sobre la naturaleza, las características y el alcance de aquellos negocios o situaciones, sino por las consecuencias económicas o patrimoniales tenidas en cuenta para la delimitación de la obligación tributaria. Por lo tanto, en el presente lo que se dilucida, art. 100.2 de la LJCA, es la interpretación y aplicación del art. 33.3.b) de la LIRPF.

Cosa distinta es que el legislador tributario determine los presupuestos determinantes de la obligación tributaria mediante actos, negocios o situaciones propias de otras ramas de Derecho, en cuyo caso, excepto en aquellos supuestos en los que en base a la autonomía del Derecho Tributario se le dote de un contenido propio asignándole un significado diferente, su significado, sentido jurídico, vendrá dado por la regulación realizada en aquella rama del Derecho de la que procede, art. 12.2 de la LGT. Por lo que es evidente que cuando la ley grava las ganancias y pérdidas patrimoniales, y considera que no existen tales con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte, habrá que estar a lo que el Derecho privado entiende por tal, y si la regulación que se hace de la

apartación gallega puede integrarse o no en aquellas transmisiones, teniendo en cuenta que su significado debe ser aquel que se adapte a las consecuencias tributarias consideradas por el legislador tributario en cuanto reveladora de la capacidad contributiva que ha elegido gravar.

CUARTO.- La sentencia impugnada se pronuncia, en lo que ahora nos interesa en los siguientes términos:

«SEGUNDO.- En relación con dicha cuestión existe ya una consolidada doctrina de esta Sala de la que es exponente, entre otras muchas, nuestra sentencia de 12/3/14, dictada en el recurso 15471/13, en la que citábamos la de 9/10/13 (recurso 15810/12), en los siguientes términos: «... El negocio de apartación ya estaba regulado en la Ley 4/1995, de 26 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, cuyo artículo 134 dispuso que «1. Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse. 2. La apartación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios».

Este precepto fue reiterado en el artículo 155. Y de esta redacción, que configura un pacto de no suceder, se desprende una suerte de adjudicación definitiva de los bienes, en coherencia con la exclusión de la condición de legitimario con el mismo carácter.

El artículo 224 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia dispone que «por la apartación quien tenga la condición de legitimario si

se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados». En esta redacción parece excluirse no tanto la revocación como la renuncia al apartado que tuviera la condición de legitimario en el momento de abrirse la sucesión y, de un modo más perceptible que en la Ley anterior, parece abrirse la posibilidad de una revocación del apartamiento, incluso afectando a los derechos legitimarios sujetos al apartamiento, siempre que la sucesión no se haya abierto.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la apartación esta Sala tiene configurado un cuerpo de doctrina que principia en las sentencias de 22 de marzo de 2006 y 13 de junio de 2006, que, como ya se indica en la de 30 de enero de 2012 (Recurso: 15813/2010, seguida de la de 10 de abril de 2012 (Recurso: 15272/2011) ha sido continuado con algunos matices, incluso corrección de criterio, con independencia de que la apartación fuese anterior o posterior a la vigencia de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en sentencias posteriores, como son las de 4 de noviembre de 2010 (recurso 15781/09) y 21 de noviembre de 2011 (recurso 15893/10).

La Sentencia de 22 de marzo de 2006 recoge un estudio del origen de la apartación como institución de derecho consuetudinario, y un estudio de su naturaleza como negocio mortis causa, señalando entre las razones que conducen a reafirmar esta naturaleza jurídica, las siguientes:

«El recurrente ha adquirido, en vida del causante, determinados bienes a cambio de renunciar a su condición de legitimario. Sin duda, una primera conclusión, deducida de la literalidad de los preceptos antes transcritos, inclina a

entender, que al menos formalmente, nos encontramos ante una adquisición intervivos, determinada por ser realizada en vida del apartante, si bien las propias exigencias a que se encuentra sometida la adquisición, atendida la renuncia a no suceder que lleva consigo, hace que en la misma conviva en parte con la naturaleza de un título sucesorio, y que no pueda afirmarse sin más un carácter intervivos.

Unido a lo anterior, debe hacerse una precisión al carácter supuestamente gratuito de la adquisición de bienes conseguida por medio de la apartación, en cuanto ello solo podrá así entenderse, si se considera que estamos ante un pacto sucesorio. En efecto, el apartado no adquiere los bienes como los consigue el donatario o el heredero, mediante la simple aceptación, sino que realiza un sacrificio, cual es la renuncia definitiva a su condición de legitimario. No se trata además de un sacrificio que dependa de la liberalidad del apartado, sino obligatorio para éste si quiere adquirir la propiedad de los bienes que integran la apartación, estando indisolublemente unido ese sacrificio a la institución en cuanto que siempre se debe dar. De hecho, la apartación ha sido entendida doctrinalmente por algún sector como «un pago anticipado y definitivo de la legítima, con renuncia por tanto a una eventual acción de suplemento».

A ello se une, con que no podemos desvincular la naturaleza de la apartación, de los sujetos que adquieren la condición de apartante y apartado, que necesariamente han de ocupar la posición de causante y legitimario, correspondientes a un negocio jurídico mortis causa.

En definitiva, la condición de apartado y la adquisición inmediata de bienes que obligatoriamente ello conlleva, se encuentra íntimamente conectada con la de una adquisición mortis causa, sin el que no es

entendible la figura de la apartación, que en caso contrario perdería todo significado, pero para el que el legislador, paradójicamente, no ha previsto un régimen específico de reducciones y bonificaciones, que sin embargo sí prevé para la sucesión.

A nuestro juicio, por tanto, y con el exclusivo fin de delimitar la normas fiscales que son de aplicación, no nos encontramos, al analizar la figura de la apartación o apartamiento, ante dos operaciones y actos independientes, sino que, como tantas veces acontece en numerosas actividades económicas sujetas a tributación, que individualmente se encuentran formadas por actos de naturaleza distinta, incluso sujetos a tributos diferentes, que solo encuentran su adecuado destino tributario mediante la observancia conjunta de las distintas operaciones de que están formadas, consideramos, que el fenómeno antes descrito debe ser observado de forma global, integrando de un lado la adquisición de bienes que en vida del apartante-causante dispone para el apartado-exlegitimario, y de otro el pacto sucesorio de no suceder, por el que el apartado, a cambio de adquirir los bienes, pierde el carácter de legitimario.

De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata».

Por su parte, como ya se razona en la sentencia de 13 de junio de 2006, la apartación no se puede calificar de donación pues falta el ánimo de liberalidad, sino de un pacto sucesorio.

Así lo reconocen igualmente los Tribunales civiles, citando a título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 27 de junio de 2002, que a propósito de diferenciar la apartación de la donación, nos dice que son evidentes las diferencias entre ambas figuras jurídicas: negocio intervivos de disposición a título gratuito en la donación, y disposición sucesoria de los bienes hereditarios en la apartación, constituyendo un pacto sucesorio con renuncia a la legítima.

Y nosotros añadimos que como tal pacto sucesorio debe recibir entonces el trato de lo sucesorio. Así lo considera también la Instrucción 1/1996 de 28 de febrero, de la Consellería de Economía en Facenda de la Xunta de Galicia.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (y su correlativo artículo 10 del Reglamento de desarrollo, RD 1629/1991, de 8 de noviembre) determina como hecho imponible de este impuesto «a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio».

Es el Reglamento el que en su artículo 11 nos dice qué debe entenderse por títulos sucesorios a efectos de este Impuesto, estableciendo que «Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes:

- a) La donación «mortis causa».
- b) Los contratos o pactos sucesorios (...).

Por lo que no ninguna duda cabe de que los pactos sucesorios, y entre ellos los de mejora con entrega de bienes y el de apartación, que como tales aparecen regulados en la Ley 2/2006 bajo el Título X que lleva como rúbrica «De la sucesión por causa de muerte», se trata de negocios jurí-

dicos mortis causa, o celebrados por causa de muerte, de modo que las transmisiones que tengan lugar mediante estos pactos sí se entienden amparadas por la exención fiscal, o excepción de gravamen (en palabras de la DGT) prevista en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, según el cual «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

TERCERO.- La postura expuesta en las sentencias objeto de cita y de transcripción parcial en el precedente fundamento jurídico, no es la que comparte la Dirección General de Tributos, en cuya consulta vinculante de 10 de diciembre de 2008 (V2355/2008) se ha pronunciado en el sentido de que, aun cuando la apartación se trata de un pacto sucesorio, al producirse la adjudicación (transmisión) de los bienes o derechos por un acto inter vivos y no a causa del fallecimiento del contribuyente, la ganancia patrimonial que pueda producirse no se encuentra amparada por la excepción de gravamen del artículo 33.3.b) de la Ley del Impuesto.

En la consulta vinculante V1854/2010, de 5 de agosto de 2010 la DGT dice que «la transmisión de las participaciones sociales a los descendientes –consecuencia del pacto de mejora suscrito– comporta, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una alteración en la composición en el respectivo patrimonio de cada uno de los adjudicantes que ocasiona una variación en su valor, es decir, se produce una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales adjudicados en la mejora, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 33 a 37 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Perso-

nas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29)».

Esta doctrina fue reiterada en la consulta posterior de fecha 6 de junio de 2011 (Consulta V1438/2011), aunque en ella después de señalar que la adjudicación del inmueble (mediante pacto sucesorio) se produce por un acto inter vivos, finaliza admitiendo que para el adquirente se trata de una operación sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, pero no por el apartado b) del artículo 3 que considera como hecho imponible del ISD «La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, «inter vivos»», sino por el apartado «a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio».

En esta consulta la DGT se expresa de la siguiente manera: «respecto a la tributación del descendiente, y con un carácter genérico y meramente informativo (pues al no plantearse este aspecto por el propio obligado tributario no pueden aplicarse los efectos vinculantes que se señalan en el último párrafo de esta contestación), procede señalar que la transmisión de bienes al descendiente de forma gratuita mediante un pacto de mejora de los regulados en el artículo 214 de la Ley de Derecho Civil de Galicia constituye una operación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (BOE del día 19), del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que en su apartado 1, establece:

«Constituye el hecho imponible:

a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio (...). Ciertamente es que la transmisión de los bienes se produce inter vivos, o

como dice la Audiencia Provincial de Pontevedra en sus sentencias de 11 de febrero de 2011 (Recurso: 691/2010) y 12 de junio de 2009, y en el Auto de 1 de octubre de 2009 «la apartación es un negocio jurídico inter vivos de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación post mortem, en virtud del cual el apartante adjudica al apartado la plena titularidad de los bienes objeto del mismo, de lo que se colige el inmediato y actual desplazamiento patrimonial de aquel a este, en consecuencia produce los efectos propios de todo negocio jurídico de disposición, de forma que el apartado adquiere la plena titularidad de los bienes y derechos adjudicados en pago de su legítima. (...) Lo expuesto nos permite afirmar que la apartación otorgada en escritura pública implica la transmisión simultánea de la propiedad a favor del apartado, pues lo pactado, como título de finalidad traslativa, se completa con la tradición, en la modalidad de traditio instrumental del art. 1.462.2 CC, con la consecuencia de que el apartado adquiere la propiedad inmediata de los bienes objeto de apartamiento».

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los efectos a los que servía de apoyo tal razonamiento, de naturaleza estrictamente civil (se trataba de comprobar si la apartación implicaba o no la transmisión simultánea de la propiedad a favor del apartado), son muy diferentes a aquellos para los que se debe dar respuesta al conflicto planteado entre las partes en este procedimiento, que lo es en el marco del pago de un impuesto, y en particular del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En este contexto de imposición tributaria es en el que se debe determinar la naturaleza jurídica de la apartación, y ello sin olvidar que, aun siendo un negocio jurídico «sui generis», se trata de un pacto sucesorio, y por tanto, que aun cuando la entrega de bienes tiene lugar en vida del

causante, esa entrega o transmisión se hace «por causa de muerte».

En palabras de este Tribunal en sentencia de 22 de marzo de 2006 (Recurso: 7423/2003) «De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata».

Teniendo en cuenta ahora que el párrafo b) del apartado 3 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas determina que «se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial (...) con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente», y negando en el caso que nos ocupa la existencia de una adquisición por negocio jurídico inter vivos, es de aplicación lo dispuesto en el indicado precepto, lo cual determina la estimación del recurso, debiendo anular tanto la liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

Regula el art. 33 de la LIRPF las ganancias y pérdidas patrimoniales, considerando el legislador que son ganancias o pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel. Es de observar que, a pesar de los términos en los que se pronuncia la ley, cualquier transmisión de un bien o derecho a título gratuito supone para quien lo transmite una pérdida económica, lo que indica que estamos ante una construcción fiscal que difiere de la realidad económica

resultante, en esta construcción que realiza el legislador, ajena a la realidad económica, quiere dejar sentado que no son ni ganancia ni pérdida patrimonial del transmitente, art. 33.3.b), «las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

No contiene la normativa fiscal qué ha de entenderse por la citada expresión, por lo que para desentrañar su sentido ha de acudir a la previsión que nos ofrece el art. 12.2 de la LGT, «En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme al sentido jurídico, técnico o usual, según proceda». En ausencia de una significación tributaria propia, las exigencias de legalidad y seguridad jurídica que imperan en esta materia, exigen que lo procedente sea que el interprete acuda para determinar su significado y alcance a la rama del Derecho de la que procede y es evidente que las transmisiones por causa de muerte o «mortis causa», constituyen un concepto jurídico elaborado en el marco del Derecho civil perfectamente delimitado; por lo tanto, siguiendo lo ordenado por el citado art. 12.2, estando ante un concepto jurídico procedente de otra rama del Derecho, delimitado por el legislador como presupuesto de la norma, cuya interpretación constituye el presente debate, a su significado y alcance habrá de estarse, primero para determinar qué no considera la ley ganancias o pérdidas patrimoniales, y segundo si la aportación gallega es una transmisión gratuita por causa de muerte del contribuyente. Y siendo procedente acudir a la conceptualización de transmisiones mortis causa del Derecho civil, no es posible atender al ni sentido usual de la expresión, ni en la conceptualización limitada que ofrece el Código Civil sobre las adquisiciones mortis causa, en los que parece recalar alguna de las Consultas citadas en la sentencia, en la que se pretende exigir para la

aplicación del citado precepto la muerte física del causante-contribuyente.

Ha de indicarse que el Derecho civil patrio no se agota con el Código Civil común, sino que también abarca los especiales y forales elaborados por cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia. No se hace cuestión que entre los títulos sucesorios se encuentran las formas convencionales de pactar la sucesión, que prohibidos en el Código Civil, sin embargo se contemplan en algunas de las legislaciones especiales y forales, y que permiten que en vida del causante se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, esto es, son atribuciones patrimoniales por causa de muerte o mortis causa aunque la transmisión se produzca en vida del causante; lo cual es tenido bien presente por el legislador estatal tributario, como se comprueba al regular el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, cuando en su art. 3 dice que «Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», respecto del devengo dispone que «En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo», y su reglamento en su art. 11 establezca que «Entre otros, son títulos, sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: b) Los contratos o pactos sucesorios».

Al hilo de lo anterior, no deja de ser un contra sentido que la Administración considere a la aportación gallega, en su condi-

ción de pacto sucesorio, sujeto al citado impuesto sobre sucesiones, y que se niegue en este recurso dicha naturaleza.

Como se ha dicho la ley, art. 33.3.b), no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, lo cual ya se ha indicado constituye un concepto jurídico cuyo contenido –cuando no existe una delimitación fiscal, ni en el impuesto sobre sucesiones, ni en el de la renta, autónomo y propio– ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración.

Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio.

Es evidente, pues, que los pactos sucesorios constituyen transmisiones patrimoniales lucrativas por causa de la muerte del contribuyente. Lo cual nadie lo discute, ni siquiera el Sr. Abogado del Estado, que para negar la aplicación del art. 33.3.b) a la aportación lo que hace es negar a esta su carácter de pacto sucesorio. Para el Sr. Abogado del Estado, «sobre la naturaleza jurídica de la aportación lo primero que hay que decir es que no supone una transmisión mortis causa. No es un pacto de

sucedir, pues precisamente ocurre lo contrario, es un pacto de no suceder», sin embargo dentro de los pactos sucesorios cabe distinguir los pactos de suceder, los pactos de no suceder y los que versan sobre la herencia de un tercero, tal y como viene a reconocer explícitamente el propio Sr. Abogado del Estado, distinguiéndose los dos primeros por su contenido, positivo el primero, suceder a alguien, y negativo el segundo, alguien se aparta de la sucesión, sin que quepa negar que el pacto de no suceder sea una forma de sucesión. Por tanto, bastaría acoger la consideración que hace el Sr. Abogado del Estado, esto es, que el apartamiento gallego es un pacto de no suceder, que no es más que una modalidad de los pactos de suceder, para llegar a la conclusión que está comprendido en el citado art. 33.3.b).

En cuanto a la naturaleza de la apartación gallega, ha de estarse a la correcta y profunda interpretación que de la figura hace el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Debiendo significar que no estamos ante dos negocios uno intervivos y otro mortis causa, sino ante un solo negocio en el que existe una única voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y su funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario en función del impuesto a aplicar; la aportación gallega es un pacto sucesorio, y su tratamiento fiscal es el que se deriva de esta condición cualquiera que sea el impuesto del que se trate, cuando, como es el caso, no existe un tratamiento tributario específico en la regulación de uno u otro impuesto.

En definitiva la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF; de haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los

pactos sucesorios, o imponer como condición la muerte física del contribuyente, al no hacerlo no es más que por su expresa voluntad de haber querido comprenderlo en la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial. El hecho de que se pueda utilizar esta figura de la apartación para facilitar posibles fraudes fiscales, resulta un argumento ajurídico e inútil para ayudar a la interpretación del art. 33.3.b), puesto que en la mano de los responsables está el evitarlo, mediante los servicios de inspección o mediante la reforma legal incorporando cláusulas, como se conocen en algunas Normas Forales por ejemplo, para evitar estas conductas intolerables. Todo lo cual debe llevarnos a desestimar la pretensión actuada.

QUINTO.- Sin que proceda hacer imposición de costas, dada la naturaleza y alcance del recurso de casación en interés de la Ley.

NÚM. 2

S. TSJA 1/2015 de 14 de enero de 2015

6631: CONSORCIO CONYUGAL:
ACTIVO: INMUEBLES EDIFICADOS SOBRE TERRENO EN PARTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES: Durante la vigencia del **Apéndice:** *El matrimonio se contrae en 1926 por lo que se rige por el Apéndice de 1925. El solar sobre el que se edificó con fondos comunes era, en su mitad indivisa, propiedad de la mujer, y en la otra mitad pertenecía a la sociedad conyugal. La naturaleza de este tipo de bienes no era cuestión pacífica en la regulación entonces vigente, pues mientras algunas sentencias consideraban que debían integrar el activo de la sociedad conyugal tácita (conforme al art. 48.1 Apéndice y al art. 1404.2º Cc.: SATZ*

14/7/1942), otras estimaban no aplicable en Aragón el referido precepto del Cc., sino que debía resolverse el debate con la aplicación de las normas generales sobre accesión (STS 7/2/1945). La Sala, tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre la accesión invertida, indica que el caso de construcción por varios comuneros que son propietarios del suelo no se resuelve por las normas de la accesión sino por las de las relaciones entre comuneros (STS 656/2011, de 21/9); criterio trasladable a la relación entre patrimonios en el régimen económico conyugal. De ahí se desprende que el edificio en cuestión tenía la consideración de bien consorcial, sin que sea necesario para ello recurrir a la aplicación del Código civil.

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POS-CONSORCIAL: MOMENTO: *El matrimonio contraído en 1926 se disolvió a la muerte del primero de los cónyuges acaecida en 1972, por lo que la disolución (y la liquidación y división) del consorcio conyugal se rige por la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, entonces vigente.*

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE: *Bienes aportados al consorcio: El derecho de adjudicación preferente que el art. 58 Comp. confería tenía, al menos en parte de su contenido, carácter personalísimo y no podía estimarse transmisible a los herederos, como se pretende en este caso. Además en el caso no concurre aportación de un edificio, ni de la totalidad del suelo sobre el que se edificó. Por ser el terreno privativo de la mujer en una mitad indivisa no hay derecho de adjudicación preferente del edificio. No es así porque no se está en presencia de una subrogación real impuesta por el legislador, que solo tiene lugar en el caso de aportación del bien al consorcio, lo que no ocurre*

en este caso. Tratándose de la aportación de una mitad indivisa del suelo no concurre el supuesto de hecho del precepto invocado.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 48 Apéndice; 58 Comp.

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

En Zaragoza, a catorce de enero de dos mil quince.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 48/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 8 de abril de 2014 y su auto aclaratorio de fecha 17 de junio del mismo año, recaídos en el rollo de apelación número 323/2012, dimanante de autos de división de herencia 24/2001, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Tarazona, en el que son partes, como recurrente y recurrido, D. Isidro S. C., representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu y dirigido por el Letrado D. Andrés Jiménez Lenguas, frente a D^a. Carmen S. C., también recurrente-recurrida, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Díaz Rodríguez y dirigida por el Letrado D. Félix Martín Polo.

Es Ponente el Magistrado D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Este procedimiento se inició el 29 de enero de 2001 en virtud de demanda presentada por la representación legal de D^a. Carmen S. C. y su esposo, frente a D. Isidro S. C., solicitando la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de los padres de ambos herma-

nos y la comunidad conyugal continuada entre D^a. Ascensión C. H. y los hermanos D^a Carmen y D. Isidro.

Tramitado el procedimiento conforme a derecho, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Baños Albericio, y desestimando el de la Procuradora Sra. Calvo Romero, cada uno en su respectiva representación, contra la Sentencia dictada el pasado día veinte de marzo de dos mil doce por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Tarazona (Zaragoza), cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la revocamos, y en su consecuencia acordamos dividir la herencia formando dos lotes, cada uno con los inmuebles especificados en el FJ segundo de esta resolución, añadiendo al de menos valor la cantidad de 27.644 euros, que se sortearán entre ambos litigantes ante el Sr. Secretario del Juzgado el día que éste designe, deviniendo cada uno propietario del que le corresponda en el sorteo, debiendo abonar Don Isidro a Doña Carmen el importe correspondiente al veinticinco por ciento del valor del suelo sobre el que se construyó el actual edificio de Fueros de Aragón ... que asciende a 105.800 euros, todo ello sin perjuicio de los abonos correspondientes a las cantidades que fueron señaladas en el Auto dictado por esta misma Sección el día 22 de marzo de 2011, sin condena en las costas de la primera instancia, sin costas del recurso interpuesto por Don Isidro, condenando a su pago en las de recurso interpuesto por Doña Carmen.»

A la vista de la anterior sentencia, las partes solicitaron aclaración/complemento de la misma, dictándose Auto con fecha 12 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Estimar el recurso interpuesto por el Procurador Sr. Gutiérrez Andreu, y en parte el de la Procuradora Sra. Díaz Rodríguez, cada uno en su representación, aclarando la Sentencia dictada en el sentido de añadir al lote A la planta ... de la calle Fueros de Aragón por importe de 108.820,58 euros, y en lote B el trastero ... de la calle Fueros de Aragón por importe de 21.253,38 euros, debiendo añadirse un suplemento al segundo lote B de 16.140,85 euros para alcanzar la plena igualdad entre ambos, así como que también las fincas rústicas, respetando los lotes llevados a cabo por el contador partidor, deberán adjudicarse por el mismo sistema del sorteo, denegando las restantes peticiones por improcedentes en Derecho.»

Contra la sentencia anterior y su auto aclaratorio, la representación legal de D^a. Carmen S. C. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, y, previos los trámites legales, esta Sala dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Estimar el motivo de infracción procesal interpuesto por la representación de D^a. 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.»

SEGUNDO.- Recibidas nuevamente las actuaciones en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, ésta dictó nueva sentencia con fecha 8 de abril pasado, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«**Fallo:** Que, estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores Sres. Baños Albericio y Calvo Romero, cada uno en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veinte de marzo de dos mil doce por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Tarazona (Zaragoza), cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la revocamos, y así acordamos que la sociedad conyugal de los padres entregue a Doña Carmen S. los inmuebles consistentes en la planta ... de la calle Fueros de Aragón número ... y en la planta ... del mismo edificio, y la sociedad conyugal satisfaga a su hermana Doña Carmen S. la suma de 46.715,40 euros, formándose por el Juzgado papeletas conteniendo cada una de aquellos los bienes que se han señalado en el considerando segundo de esta resolución, procediéndose por sorteo en el día que se señale a la adjudicación de cada uno de estos lotes a los dichos hermanos, de modo que cada uno será propietario de aquel que por suerte le corresponda, debiendo satisfacer aquel a quien se le asigne el de mayor valor la suma de 9.640,96 euros al otro hermano, sin costas en ninguna de las dos instancias.- Dése al depósito el destino legal.»

Habiéndose solicitado por ambas partes aclaración subsanación y además por la demandada, complemento, de la sentencia anterior, previos los trámites legales, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó Auto aclaratorio de fecha 17 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«La Sala acuerda.- Estimar en parte los recursos de aclaración y complemento interpuestos por los Procuradores Sres. Gutiérrez Andreu, cada uno en sus respectiva representación, contra la Sentencia dictada por esta Sala el pasado día ocho de abril de dos mil catorce, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, y en su consecuencia se

aclara y complementa en el sentido que ha sido expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos, que se dan ahora por reproducidos, sin condena en costas en ninguno de aquellos.»

TERCERO.- La representación legal de D^a. Carmen S. C. interpuso ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de recurso de casación por infracción de los artículos 56 y 58.2 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés de 8 de abril de 1967 (hoy materia regulada en los arts. 265 y 267 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Solicitando por otrosí la adopción de medida cautelar.

Por su parte, la representación procesal de D. Isidro S. C., interpuso ante dicha Sección de la Audiencia Provincial recurso por infracción procesal y casación, basándolo en infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la indebida aplicación del artículo 55 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967 y la no aplicación de la D.T. 1^a de dicha Compilación.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto de fecha 3 de octubre de 2014, por el que, declarada la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación planteado por la representación procesal de D^a. Carmen y del recurso de casación e infracción procesal planteado por D. Isidro, se admitieron a trámite.

Conferido traslado a las partes del recurso planteado de contrario, presentaron ambas escrito de oposición en apoyo de sus pretensiones.

En fecha 20 de noviembre de 2014 la Sala, no considerando necesaria la celebra-

ción de Vista, señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Para la resolución de los recursos interpuestos resultan relevantes los siguientes hechos:

1.- Mediante demanda presentada el 29 de enero de 2001 ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarazona, la representación de D^a Carmen S. C. instó frente a su hermano D. Isidro la liquidación del régimen económico matrimonial de sus padres, D. Miguel S. R. y D^a Ascensión C. H., que habían contraído matrimonio el 18 de febrero de 1926 y habían fallecido el 22 de septiembre de 1972 y el 11 de junio de 1996, respectivamente.

2.- Recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tarazona de 1 de septiembre de 2003 aprobando el inventario de bienes de la comunidad matrimonial de D. Miguel S. R. y D^a Ascensión C. H.

3.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación de D. Isidro S. C. recurso de apelación en lo relativo a los saldos resultantes de la rendición de cuentas entre ambas partes, y la sentencia de la Audiencia Provincial de 20 de septiembre de 2004 estimó en parte el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por la representación de D. Isidro S., fue parcialmente estimado por la sentencia de 21 de junio de 2005 de esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el sentido de incluir en el pasivo de D^a Ascensión C. una deuda a favor del recurrente.

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tarazona de 20 de marzo de 2012 aprobó el cuaderno particional de 28 de febrero de 2011 presenta-

do por el contador partidor, con las modificaciones introducidas el 23 de junio de 2011, desestimando las oposiciones de las partes.

5.- Contra la anterior sentencia las dos partes litigantes interpusieron recurso de apelación recayendo sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de julio de 2012, aclarada por auto de 12 de febrero de 2013, que fue objeto del recurso por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación de D^a Carmen S. C.

6.- La sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 2013 estimó el motivo de infracción procesal contra la sentencia dictada y ordenó reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, devolviéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial para dictar nueva sentencia, debidamente motivada.

7.- La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó nueva sentencia en fecha 8 de abril de 2014. En ella, tras fundamentar ampliamente acerca de la cuestión que fue objeto del anterior recurso por infracción procesal, mantiene en cuanto al fondo el criterio sostenido en la anterior, optando por la formación de dos lotes de bienes con un semejante valor económico y compensación en metálico por la diferencia, estableciendo el sorteo como forma de adjudicación, además de acordar que la sociedad conyugal de los padres de los litigantes entregue a D^a. Carmen S. los inmuebles consistentes en planta ... y planta ... del edificio de Fueros de Aragón n^o ... de Tarazona, y que la sociedad conyugal satisfaga a D^a. Carmen la suma de 46.715,40 euros. Ambas partes instaron aclaración de dicha sentencia, lo que fue resuelto por Auto Aclaratorio de 17 de junio de 2014 el cual, entre otros pronunciamientos, modificó el contenido de los lotes de fincas, en la forma expresada en su Fundamento de

Derecho Primero. Además, aclaró el fallo especificando que «la hermana –D^a. Carmen S. C.– deberá abonar a la sociedad conyugal de los padres la suma restante, esto es, 46.715,40 euros».

8.- Frente a esta sentencia y su auto aclaratorio interponen recurso de casación ambas partes. La representación legal de D^a. Carmen S. C. lo hace, al amparo del artículo 477.2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley sustantiva, considerando infringidos los artículos 56 y 58.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. La representación de D. Isidro S. C. recurre por infracción procesal, invocando la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia omisiva, y en casación por infracción de derecho sustantivo impugnando la aplicación indebida del artículo 55 y siguientes de la citada Compilación y de su Disposición Transitoria Tercera, y la inaplicación de la Disposición Transitoria Primera del mismo cuerpo legal.

EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO DE D. ISIDRO

SEGUNDO.- En el trámite de oposición a los recursos formulados de contrario, la representación de D^a. Carmen S. C. invoca la extemporaneidad del recurso de la contraparte, alegación que tiene cabida en este trámite procesal, conforme a lo que establece el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Expone que, tras la notificación de la sentencia de la Audiencia Provincial, D. Isidro S. presentó solicitud de aclaración y complemento tres días después; que el auto aclaratorio se notificó el 24 de junio, e interpuso el recurso agotando el plazo de 20 días desde esta última notificación, por lo que el recurso se presentó fuera de plazo.

Esta alegación, de ser estimada, hubieran dado lugar a la inadmisión del recurso interpuesto de contrario, lo que en este trá-

mite se convertiría en causa de desestimación.

Sin embargo, la alegación realizada no es atendible. Examinados los autos resulta lo siguiente:

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial fue notificada el 11 de abril de 2014, viernes.

2.- Los siguientes días 12 y 13 de abril, sábado y domingo, son días inhábiles a estos efectos.

3.- La notificación, realizada mediante el sistema Lexnet, ha de tenerse por efectuada al siguiente día de la fecha de recepción en el servicio común de Notificaciones del Colegio de Procuradores, conforme a lo prevenido en el artículo 151.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 7 del Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2014 ha establecido que, habiéndose hecho uso de uno de los medios previstos en el artículo 162.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para llevar a cabo la notificación, dicha notificación habrá de entenderse realizada el día siguiente a la fecha de recepción de la misma en el Servicio Común de Notificaciones.

4.- Por consiguiente, se solicita la aclaración por la representación procesal de D. Isidro el primer día hábil del plazo para recurrir.

5.- Dictado el auto aclaratorio el 17 de junio, fue notificado el día 23 siguiente, contando el plazo para el recurso en la misma forma anteriormente descrita. Por tanto, interpuesto el recurso por infracción procesal y de casación el 22 de julio de 2014, se encontraba en plazo legal para llevar a efecto esta actuación procesal.

En consecuencia, la causa de pretendida inadmisibilidad no puede ser estimada, procediendo entrar a conocer del fondo del recurso interpuesto.

MOTIVO DE RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO.- Aunque el procurador D. Fernando Gutiérrez Andreu, que lo es de D. Isidro S. C., formula en el mismo escrito recurso por infracción procesal y recurso de casación, debe entenderse en rigor que el primero de ellos constituye un motivo de infracción procesal dentro del recurso de casación, conforme a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 1ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entrando a resolver sobre dicho motivo, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige a las sentencias exhaustividad, congruencia y motivación, indicando que no ha resuelto la Audiencia Provincial acerca de la petición expresa de que las fincas rústicas sean también adjudicadas por sorteo de los lotes establecidos. Refiere que en su recurso de apelación instó de la Audiencia una declaración en tal sentido que no fue atendida, y que en el escrito solicitando la aclaración y complemento igualmente planteó dicha cuestión.

El examen de las actuaciones muestra que, efectivamente, la expresada representación procesal se refirió en su escrito en que interponía recurso de apelación a la necesidad de sorteo de los lotes de fincas, que consideraba fundamental e innegociable, en aras a una garantía total de igualdad de trato, solicitando que dicho sorteo tuviera lugar tanto para las fincas rústicas como para las urbanas –página 10 del escrito de recurso, folio 2786–. Y en el escrito de aclaración se refirió, como segundo apartado de subsanación o complemento, a los inmuebles rústicos, demandando un pronunciamiento expreso sobre la adjudica-

ción por sorteo de los lotes de bienes inmuebles rústicos.

La falta de respuesta de la Audiencia Provincial a esta cuestión determina la prosperabilidad del motivo de recurso, ya que la sentencia y el auto que la complementa no han sido exhaustivos respecto de esta petición, oportunamente deducida. Sin embargo, la estimación de este motivo no determina otra cosa que el pronunciamiento de la Sala de casación respecto de dicha cuestión de fondo, teniendo en cuenta lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso, conforme a la regla 7ª de la Disposición Final Decimosexta antes citada.

EXAMEN DEL RECURSO DE CASACIÓN DE D. ISIDRO

CUARTO.- El recurso de casación se funda en la indebida aplicación que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial del artículo 55 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, así como de la Disposición Transitoria Tercera de dicha ley, y en la inaplicación de la Disposición Transitoria Primera de la misma.

Expone, en defensa de su recurso, que el matrimonio concertado por los padres de ambos litigantes se celebró en el año 1926, por lo que la determinación de los bienes integrantes de la comunidad conyugal deberá regirse por el Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, que aprobó el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón. Considera que para la determinación del carácter de los bienes integrantes del consorcio no es de aplicación la Compilación de 1967, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Transitoria Primera. Y, en definitiva, entiende aplicable al caso el artículo 1404 del Código civil, en la redacción original –anterior a la reforma operada por ley 11/1981– de forma que el edificio situado

en calle Fueros de Aragón núm. ... de Tarazona debe tener la consideración de ganancial de la sociedad conyugal, y como tal computarse para la liquidación, partición y adjudicación que se realice.

Tras ello, y otras consideraciones relativas a la forma de realizar las compensaciones procedentes, propone dos alternativas de formación de lotes de bienes inmuebles de naturaleza urbana, una de ellas que considere su petición principal y otra subsidiaria.

QUINTO.- Planteado en estos términos el recurso de casación resulta pertinente recordar la naturaleza y ámbito de este recurso extraordinario. La función que corresponde al recurso de casación es la de protección y aseguramiento del ordenamiento jurídico, dotándole de una aplicación e interpretación ajustada y segura, de forma que la función nomofiláctica que le corresponde le distingue de una tercera instancia, revisora de las cuestiones de hecho y de las facultades discrecionales que corresponden a los tribunales de instancia. En este sentido, auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2006 y resoluciones que en el mismo se citan.

Por ello, el examen del presente recurso de casación ha de centrarse en la consideración de si la decisión adoptada por la Audiencia Provincial en su sentencia y auto de aclaración y complemento vulnera el ordenamiento jurídico, en los términos en que se pretende en el motivo de recurso.

Examinadas las actuaciones y los hechos comprobados en las instancias, resulta claro que el matrimonio contraído por D. Miguel S. R. y D^a. Ascensión C. H., el 18 de febrero de 1926, se regía por el Apéndice Foral de 1925, cuyo artículo 48 determinaba los bienes que comprende la llamada sociedad conyugal tácita. El solar sobre el que se edificó era, en su mitad indivisa, propiedad privativa de D^a. Ascensión, y en

la otra mitad pertenecía a la sociedad conyugal de los citados consortes.

La naturaleza de los bienes inmuebles edificados sobre terreno perteneciente a uno de ellos no era cuestión pacífica en la regulación entonces vigente, pues mientras algunas sentencias consideraban que debían integrar el activo de la sociedad conyugal tácita, conforme a lo prevenido en el artículo 48.1 del Apéndice y al artículo 1404-2º del Código civil, en su redacción original –sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de julio de 1942–, otras estimaban no aplicable en Aragón el referido precepto del Código civil, sino que debía resolverse el debate haciendo aplicación de las normas generales sobre accesión –sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1945–.

El criterio general comprendido en el artículo 361 del Código civil sigue el principio romano de que lo construido es accesión del terreno o solar en el que se construye. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria ha matizado la aplicación de dicha norma atendiendo a un principio más general conforme al cual lo accesorio sigue a lo principal, considerando el valor de lo edificado como superior al del terreno y, haciendo uso del concepto de accesión invertida –de creación jurisprudencial–, establecía que los inmuebles construidos con extralimitación, actuando el constructor de buena fe, podían pasar a ser propiedad del dueño de la obra, abonando el valor al titular del suelo –sentencia del Tribunal Supremo 959/1995, de 7 de noviembre y las que en ella se citan–.

Pero el Tribunal Supremo ha declarado que, en caso de construcción por varios comuneros que eran propietarios de un inmueble arruinado y pactaron una nueva edificación, el litigio no se resuelve por las normas de la accesión sino por las relaciones entre comuneros –sentencia del Tribunal Supremo 656/2011, de 21 de septiem-

bre-; criterio trasladable a la relación entre patrimonios en el régimen económico conyugal.

De ahí se desprende que el edificio antes referido, construido a costa del caudal común, tenía la consideración de bien consorcial, sin que sea necesario para ello recurrir a la aplicación del Código civil.

Disuelto el matrimonio por el fallecimiento del cónyuge que premurió, D. Miguel S. R., hecho acaecido el 22 de septiembre de 1972, la disolución del consorcio se rige por la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, entonces vigente.

La liquidación de esta comunidad se ha realizado por la Audiencia Provincial aplicando la citada Compilación, en virtud de lo dispuesto en su Disposición Transitoria Tercera, y dicha liquidación en su precisa formulación no vulnera lo establecido en los artículos 55 y siguientes de la Compilación. No se trata aquí, conforme se ha expuesto precedentemente, de valorar si otra composición de lotes de bienes inmuebles urbanos era posible, o pudiera resultar más conforme a los intereses económicos de las partes, sino de establecer si la división realizada por la Audiencia Provincial contraviene los preceptos denunciados.

Y, examinados la sentencia y el auto aclaratorio recurridos y las alegaciones del recurrente, se concluye que no se ha producido la vulneración del ordenamiento jurídico que se denuncia, procediendo en consecuencia la confirmación de dicho pronunciamiento. El reparto por sorteo de los lotes establecidos es expresamente aceptado por el recurrente D. Isidro y resulta ajustado a derecho, ante la imposibilidad de que ambos litigantes lleguen a acuerdos sobre la disolución y liquidación. Y dicho sistema de reparto se aplicará igualmente a los lotes de fincas rústicas establecidos en el cuaderno participacional, según ha sido solicitado expre-

samente por la representación procesal de este recurrente.

RECURSO DE CASACIÓN DE D^a. CARMEN

SEXTO.- La representación de D^a. Carmen S. C. interpone recurso de casación que funda en dos motivos, integrados en la alegación tercera de su escrito de recurso. Como complemento a ellos, en la alegación cuarta formula una propuesta de partición distinta a la efectuada por la Audiencia Provincial en la Sentencia recurrida.

El primer motivo se funda en infracción del artículo 56 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, hoy materia regulada en el artículo 265 del CDFa. Sostiene que la deuda por aportación de su madre de la mitad indivisa del suelo donde radica el inmueble de calle Fueros de Aragón ..., de Tarazona, no es un pasivo de la sociedad conyugal sino un crédito entre los cónyuges y, en este momento, entre sus herederos, siendo una deuda de la sociedad conyugal se ha de pagar con bienes hereditarios al no haber metálico. Por tanto, en aplicación del artículo 56 cuya infracción denuncia debería compensarse en la cantidad concurrente lo que D^a. Carmen debe a la masa con lo que la masa le debe por la aportación del suelo de Fueros de Aragón número En definitiva, concluye que las deudas de los partícipes con la sociedad conyugal han de integrarse en el mecanismo de liquidación (compensaciones e imputaciones) previsto por la ley.

Para el examen del motivo es de considerar que la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de D. Miguel S. R. y D^a. Ascensión C. H. se rige por la Compilación de 1967, por ser la norma vigente al momento de la disolución. Es de aplicar, efectivamente, el artículo 56, resultando innecesaria la cita que en el recurso se hace del artículo 265 del CDFa que, aun regulando la misma materia o liquidación

ordinaria de la comunidad, lo hace de forma distinta a la legislación anterior.

No se ha producido en la sentencia recurrida la infracción que se denuncia. En ella se expresa la aplicabilidad al caso de lo dispuesto en los artículos 55 y siguientes de la Compilación, y se indica que «correspondiendo a esta (la hermana) por tanto por la señalada razón la suma de 211.600 euros, que deben ser satisfecha (sic) con bienes de la sociedad conyugal de los padres, en aras a esa igualdad que se pretende en la distribución de los bienes hereditarios, y, no existiendo metálico suficiente para hacerla efectiva, se le han de adjudicar a aquella los bienes consistentes en la planta ... de la calle Fueros de Aragón número –valorada en 108.820,58 euros– y la planta ... del mismo edificio –que lo ha sido en 149.494, 82 euros–, en cuanto que son los bienes que más se aproximan en lo posible a la cantidad que debe ser pagada, y siendo que esta excede de la que corresponde, la hermana deberá abonar a la sociedad conyugal de los padres la suma restante, esto es, 46.715,40 euros, quedando así establecida la igualdad entre ambos por este concreto concepto».

Dicha disposición no se opone a lo establecido en el precepto citado por la recurrente, que establece que la liquidación ordinaria seguirá este orden: «*PRIMERO. Reintegro de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos y reembolso de lo que estos, por cualquier concepto, deban a aquella, uno y otro hechos por vía de compensación hasta el importe de la respectiva participación en el consorcio*». El reintegro al patrimonio privativo de D^a. Carmen se ha efectuado por vía de compensación y con bienes del haber común, en los términos que se han transcrito, sin que la pretensión que formula la recurrente de que se la compensase con la adjudicación del inmueble de Fueros de Aragón número tenga sustento en el precepto cuya infracción denuncia.

Por lo expuesto, el motivo primero ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El segundo motivo de recurso denuncia la infracción del artículo 58.2 de la Compilación de 8 de abril de 1967, hoy materia regulada en el artículo 267 del CDFA. Sostiene que D^a. Carmen, como heredera de D^a. Ascensión, tiene derecho a ser compensada con bienes en la liquidación de la sociedad conyugal y, en concreto, tiene derecho a la preferente adjudicación de lo aportado. Dado que el suelo aportado por D^a. Ascensión para la construcción del edificio situado en calle Fueros de Aragón número ... de Tarazona se integra con el edificio, la preferencia en la adjudicación del suelo lleva consigo la del edificio.

Para el examen del motivo hemos de considerar, en primer lugar, el mismo razonamiento que se ha expuesto en el anterior, relativo a la improcedencia de citar el artículo 267 del CDFA que, aun regulando la misma materia que el precepto aplicable, no resulta de aplicación al caso de autos, dada la fecha de disolución del consorcio antes expresada. Así, la especial referencia que del recurso se hace al artículo 267, 2, f) carece de eficacia para la resolución de este proceso.

El artículo 58 de la Compilación, de estricta aplicación al caso, prevenía que: «*Uno. Liquidado el patrimonio, el caudal remanente se dividirá y adjudicará por mitad o en la forma pactada. Dos. El cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de su uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan*».

Como primera consideración hemos de apuntar que el precepto confería un derecho de preferente adjudicación de determinados bienes al cónyuge sobreviviente,

derecho que, al menos en parte de su contenido, tenía carácter personalísimo y no podía estimarse transmisible a los herederos, como se pretende en este caso.

Del texto legal transcrito, únicamente la referencia a la inclusión de *«los bienes que hubiera aportado al consorcio»* puede servir para sustentar el recurso y la pretensión de adjudicación que deriva del mismo.

Sin embargo, el motivo no puede prosperar: resultaría estimable el recurso en el caso de que se declarase probada la aportación de D^a. Ascensión C. a su sociedad conyugal del edificio sito en calle Fueros de Aragón número ..., cuya adjudicación íntegra y exclusiva pretende la recurrente, pero dicho presupuesto fáctico no concurre; tampoco se ha producido la aportación de la totalidad del suelo para la construcción, a cargo de la comunidad, del inmueble citado; en este caso consta acreditado que D^a. Ascensión C. era titular de la mitad indivisa del suelo en que se construyó el edificio de constante mención, como bien privativo. De este hecho no se desprende la consecuencia jurídica interesada por la recurrente, cual es que la preferencia en la adjudicación del suelo lleve consigo la del edificio. No es así porque no se está en presencia de una subrogación real impuesta por el legislador, que solo tiene lugar en el caso de aportación del bien al consorcio, lo que no concurre en este caso.

Tratándose de la aportación de una mitad indivisa del suelo no concurre el supuesto de hecho del precepto invocado, procediendo la desestimación del motivo.

OCTAVO.- Desestimados los motivos de los recursos de casación procede la confirmación de la sentencia recurrida. Respecto del recurso por infracción procesal deducido por D. Isidro, su estimación dará lugar a un complemento del fallo recaído en la segunda instancia, en el sentido de que la adjudicación de las fincas rústicas se

realizará por el mismo procedimiento que el aplicado para los inmuebles urbanos, al ser ésta una pretensión sostenida por el citado recurrente en su escrito de recurso y no resuelta expresamente por la sentencia de la Audiencia.

NOVENO.- Respecto a las costas, la estimación parcial del recurso de D. Isidro da lugar a no formular imposición; y respecto del recurso de D^a. Carmen se adopta la misma resolución dada la naturaleza del litigio, que ha generado sucesivas instancias y resoluciones complementarias y tiene una complejidad jurídica que determina la concurrencia del supuesto de excepción contemplado en los artículos 394.1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal deducido por la representación procesal de D. Isidro S. C., contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2014 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y su auto aclaratorio de 17 de junio de 2014. En consecuencia, complementando el fallo de la misma, declaramos que la adjudicación de las fincas rústicas correspondientes al haber que se divide y liquida se llevará a cabo por el mismo procedimiento de sorteo que el aplicado para los bienes inmuebles de naturaleza urbana, conforme a los lotes realizados.

SEGUNDO.- Desestimar los recursos de casación deducidos por las representaciones procesales de D. Isidro S. C. y D^a Carmen S. C., contra la sentencia y auto complementario mencionados, resoluciones que se confirman en todos sus pronunciamientos, con el complemento expresado en el apartado anterior.

TERCERO.- No hacer imposición de las costas de ambos recursos.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvase a la representación procesal de D. Isidro el depósito constituido para la infracción procesal y dese el destino legal al depósito constituido, por ambas partes, para los recursos de casación que han sido desestimados.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la 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 2/2015 de 15 de enero de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS: Reembolso de participaciones al cooperativista que causa baja: *Dicho reembolso debe valorarse por referencia exclusiva al ejercicio económico en que se da de baja (art. 53 Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón). El cooperativista tiene derecho al reintegro de sus previas aportaciones al capital social, actualizadas en su caso, pero no a parte alicuota del patrimonio social, ya que no estamos ante una sociedad de capital sino ante una entidad cooperativa, de naturaleza, regulación y fines muy distintos a las sociedades con ánimo de lucro (STS 48/2014, de 6/2).*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 53 Ley de Cooperativas de Aragón.

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

NÚM. 4

S. TSJA 4/2015 de 19 de enero de 2015

75: LEGÍTIMA: CÁLCULO: Trámite previo a la reducción de liberalidades: *Si se admite que hubo una liberalidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima (art. 489.1.b CDFFA), que así necesariamente resultará superior e infringida en mayor medida, y distinto es que, realizado el cálculo para cuantificar el importe de la legítima y el monto de la infracción de la misma, en la posterior operación de reducción de liberalidades (art. 495 CDFFA) se siga el orden legalmente establecido. Pero si en la sentencia del Juzgado no se tuvo en cuenta la liberalidad ahora acreditada, no se pudo practicar adecuadamente la reducción de liberalidades, lo que, añadido el importe de la liberalidad y calculado el importe de la legítima y el de la lesión de la misma, deberá hacerse en ejecución de sentencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 489.1.b y 495 CDFFA.

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

En Zaragoza, a diecinueve de enero de dos mil quince.

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 47/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 27 de junio de 2014, recaída en el rollo de apelación número 185/2014, dimanante de autos de Procedimiento ordinario núm. 1199/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera núm. Doce de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, D^a.

4

Esperanza T. J. y D^a. Pilar T. J. representadas por la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner y dirigidas por el Letrado D. David Arbués Aisa, frente a D^a. Lidia P. E. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Lourdes Oña Llanos y dirigida por el Letrado D. Álvaro de Lasala Lobera.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia num. Doce de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner, actuando en nombre y representación de D^a. María Esperanza T. J. y D^a. María Pilar T. J., presentó demanda de juicio ordinario contra D^a. Lidia P. E. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia por la que declare:

«1.- Que la disposición testamentaria por la que lega a su esposa, doña María-Lidia P. E., el usufructo vitalicio de un 50 por ciento de la participación que corresponde al testador en los ocho locales sitos en la ciudad de Zaragoza, calle Francisco de Victoria, de los que seis figuran a nombre de José-Antonio y Luis T. S., C. B., y los otros dos a nombre de José-Antonio T. S. e Hijas C.B, fijando como compensación económica que mis mandantes, en forma solidaria y como pago único, deberán satisfacer a Doña María-Lidia por el alquiler de los locales, durante toda la vida de ésta, será la cantidad de DOS MIL SETECIENTOS CINCO EUROS (2.705) al mes, actualizada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo; lesiona cuantitativamente y subsidiariamente cualitativamente la legítima de mis mandantes debiendo reducirse a la cantidad de 1.620,35 €/mes o subsidiariamente a la cantidad de 2.045,81€, como renta inicial y sus correspondientes actuali-

zaciones según IPC; con devolución de las cantidades percibidas en exceso.

2.- que la disposición testamentaria por la que se impone la obligación para el caso de que mis mandantes vendan o enajenen, por cualquier título jurídico, uno o más de los locales antes descritos, de que deban pagar de forma solidaria a María-Lidia P. E., como pago único, la cantidad que corresponda al cómputo acumulado de las rentas que queden por percibir, según la expectativa de vida entonces vigente, conforme al estudio actuarial que proceda, lesiona cualitativamente la legítima de mis mandantes y siendo de imposible reducción debe tenerse por no puesta.

Y CONDENE a la demanda a estar y pasar por tales declaraciones y a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima con devolución a mis mandantes del saldo resultante.

Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiese.»

Por otro sí interesa la práctica de pruebas periciales.

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

Dentro de plazo concedido, la Procuradora de los Tribunales D^a. María Lourdes Oña Llanos compareció en autos en nombre y representación de la demandada, D^a, Lidia P. E., contestando la demanda, oponiéndose a la misma, y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que «desestime íntegramente la demanda formulada de contrario. Con costas a la parte actora.»

TERCERO.- Practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 17 de marzo de

2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que estimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Isiegas Gerner en nombre y representación de Dña. María Esperanza y Dña. María Pilar T. J. frente a Dña. María Lidia P. E., DEBO DECLARAR Y DECLARO:

1.- Que la disposición testamentaria por la que el causante lega a su esposa, doña María-Lidia P. E., el usufructo vitalicio de un 50 por ciento de la participación que le corresponde en los ocho locales sitos en la ciudad de Zaragoza, calle ..., fijando como compensación económica que las demandantes, en forma solidaria y como pago único, deban satisfacer a Doña María-Lidia por el alquiler de los locales, durante toda la vida de ésta, la cantidad de DOS MIL SETECIENTOS CINCO EUROS (2.705 euros) al mes, actualizada anualmente conforme al índice de Precio al Consumo, lesiona cuantitativamente la legítima de las demandantes debiendo reducirse a la cantidad que se determine en ejecución de sentencia; con devolución de las cantidades percibidas en exceso.

2.- Que la disposición testamentaria por la que se impone la obligación para el caso de que las demandantes vendan o enajenen, por cualquier título jurídico, uno o más de los locales, de que deban pagar de forma solidaria a María-Lidia P. E., como pago único, la cantidad que corresponda al cómputo acumulado de las rentas que queden por percibir, según la expectativa de vida entonces vigente, conforme al estudio actuarial que proceda, lesiona cualitativamente la legítima de las demandantes. Que procede, en consecuencia, la reducción del gravamen y deberá ser la demandada Dña. María Lidia P. E. la que en ejecución de sentencia determine sobre qué locales ha de persistir el gravamen, de suerte que el valor de los liberados –según tasación del perito judicial Sr. S. R.– alcance o supere el valor de la legítima colectiva (900.709,06).

CONDENANDO a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a liquidar en eje-

cución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima con devolución a las demandantes del saldo resultante.

Sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales.»

CUARTO.- Ambas partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia confirmando traslado a la contraparte, contestando e impugnando el planteado de contrario, y previos los trámites legales, se emplazó a las partes para ante la Audiencia Provincial.

Elevadas las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes, en fecha 27 de junio de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos.- Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por las Procuradoras Sras. Ona Llanos e Isiegas Gerner, cada una en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día diecisiete de marzo de dos mil catorce por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número DOCE de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a las recurrentes las costas causadas en esta alzada por su intervención.

Dese al depósito el destino legal.»

QUINTO.- La representación legal de D. Esperanza y D^a. Pilar T. J., interpuso ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en el siguiente motivo:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.2 LECiv. y 2.1 de la Ley aragonesa 4/2.005, de casación foral por infracción del artículo 489 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) (por inaplicación) y 495 CDFA (por interpreta-

ción errónea) al no incluir en la computación del caudal relicto a efectos de legítima las cantidades detraídas de la cuenta bancaria del causante y empleadas por la demandada y recurrida para la adquisición de un vehículo automóvil.»

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 3 de octubre pasado se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a la parte recurrida por veinte días para formalizar oposición.

Dentro de plazo, presentó esa parte escrito oponiéndose al recurso planteado de contrario.

Por providencia de 12 de noviembre pasado, se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda origen del presente procedimiento fue interpuesta por las dos hijas del primer matrimonio de su padre, fallecido el 12 de diciembre de 2007, como únicas legitimarias del mismo, contra la viuda del causante, en solicitud de que se declarara que determinadas disposiciones testamentarias de su padre a favor de su segunda esposa infringían su legítima, y que se condenara a la demandada a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima.

La sentencia de primera instancia fijó el caudal computable a los efectos del cálculo de la legítima, conforme a lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), partiendo del caudal relicto (relictum) más el valor

de los bienes donados a la esposa (donatum) y declaró que las disposiciones testamentarias a favor de la esposa lesionaban, cuantitativamente una y cualitativamente otra, la legítima de las actoras, procediendo la reducción de los gravámenes, y condenó a la demandada a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima, con devolución a las demandantes del saldo restante.

Interpusieron recurso de apelación las dos partes.

La actora porque, aceptando en líneas generales el contenido de la sentencia, se había omitido como liberalidad computable en lo donado a la esposa el valor de un vehículo adquirido a nombre de ella antes del fallecimiento del causante y con cargo a dinero existente en cuentas bancarias de éste, lo que implicaría un aumento de lo donado en cuantía de 75.295 euros, y por consiguiente del caudal computable, y por ello un importe superior de la cuantía de la legítima en 37.654 euros, debiendo reducirse en mayor medida los gravámenes sobre la legítima. La omisión se habría producido, a juicio de la parte, porque no se tuvo en cuenta la alegación complementaria introducida por esta cuestión en el momento de la audiencia previa.

La parte demandada interpuso recurso de apelación mostrando su total disconformidad con los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado por no haberse producido infracción de la legítima. Solicitaba por ello, con estimación del recurso, la íntegra desestimación de la demanda.

Ambos recursos fueron desestimados.

SEGUNDO.- Tan solo ha interpuesto recurso de casación la parte actora con base en un único motivo: Infracción (por inaplicación) del artículo 489 del CDFA, y del artículo 495 (por interpretación errónea) al no incluir en la computación del

caudal relicto a efectos de la legítima las cantidades detraídas de la cuenta bancaria del causante y empleadas por la demandada y ahora recurrida para la adquisición de un vehículo automóvil.

Partiendo de lo que afirma la sentencia recurrida en su fundamento jurídico noveno, considera la parte recurrente que se tiene por acreditado que la esposa del causante adquirió un vehículo Mercedes por importe de 71.400 euros con dinero de propiedad exclusiva del esposo, por lo que dicha liberalidad debe añadirse a las otras donaciones que fueron computadas para el cálculo de la legítima, y no se puede justificar lo contrario por el hecho de que, reducidas las participaciones en los locales conforme a las pruebas periciales practicadas en primera instancia, ya no exista perjuicio en la cuantía de la legítima. Por el contrario —se afirma en el recurso— se confunde la computación o cálculo de la legítima (reunión ficticia de *relictum* y *donatum*) con la reducción que debe practicarse para restaurar la lesión en la legítima.

En definitiva, que la pretensión de la parte consistía en que se incluyese la liberalidad con las demás para hallar el caudal computable a efectos del cálculo de la legítima, siguiendo así lo dispuesto en el artículo 489 CDFA que la sentencia no aplica, y una vez fijado el caudal y calculada la legítima y su lesión entraría en juego el artículo 495 CDFA, pero no individualmente considerado para una liberalidad sino conjuntamente a todas y por su orden.

El fundamento noveno de la sentencia recurrida dedicado al recurso de la parte actora, que se desestima, dice:

«**NOVENO.-** Recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Isiegas Gerner. En dicho recurso se pone de relieve la adquisición por la demandada de un vehículo Mercedes, por un precio de 71.400 euros, con dinero de propiedad exclusiva del actor, que es hecho que se formuló como alega-

ción complementaria en la audiencia previa, y que luego fue objeto de prueba en el periodo correspondiente, acreditando el pago y la procedencia del dinero con la documentación que fue aportada, sin que exista por el contrario hecho obstativo que reste valor a dicha prueba. Pero, no obstante ello, parece que el Derecho Aragonés establece una prelación en el orden de disminución de las liberalidades concedidas en cuanto perjudiquen la legítima. Así, el artículo 495 del Código regional establece en primer lugar que las liberalidades lesivas se reducirán en el orden que el causante hubiera dispuesto y si no se procederá de la siguiente forma: en primer lugar, las liberalidades por causa de muerte a prorrata, con independencia de su título de atribución; en segundo lugar, si no fuera suficiente, las liberalidades entre vivos, empezando por las de fecha más reciente, y las de la misma fecha se reducirán a prorrata. En el caso, conforme a las pruebas periciales que se han practicado en el procedimiento, cuyo resultado ha sido comentado, reducidas las participaciones en los locales en la forma acordada, no existe ya perjuicio en la cuantía de la legítima, que queda indemne, con absoluto respeto a lo dispuesto en el artículo 494 que ha sido citado, por lo que no es necesario entrar en la consideración de la posible reducción de otras liberalidad, que no afectan a la intangibilidad cuantitativa, y perfectamente determinada.»

Conforme al mismo, ciertamente se considera acreditado que la adquisición del vehículo Mercedes por la esposa por un importe de 71.400 euros se hizo con dinero de propiedad exclusiva del esposo, pero se argumenta a continuación que ya se hicieron reducciones de las liberalidades en la primera instancia por lo que ya no habría mayor perjuicio en la legítima.

Como acertadamente afirma la parte recurrente, si se admite que hubo una liberalidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima (artículo 489.1 CDFA), que nece-

sariamente resultará superior e infringida en mayor medida, y distinto es que, realizando el cálculo para cuantificar el importe de la legítima y el monto de la infracción de la misma, en la posterior operación de reducción de liberalidades (artículo 495 CDFA) se siga el orden legalmente establecido. Pero si en la sentencia del Juzgado no se tuvo en cuenta la liberalidad ahora acreditada, no se pudo practicar adecuadamente la reducción de liberalidades, lo que, añadido el importe de la liberalidad y calculado el importe de la legítima y el de la lesión de la misma, deberá hacerse en ejecución de sentencia.

En consecuencia, debe concluirse que ha sido infringido el artículo 489.1.b), y el artículo 495 del CDFA en cuanto no es argumento para no incluir la liberalidad que no fue tenida en cuenta en la primera instancia, y por ello debe ser estimado el recurso y casada parcialmente la sentencia, con estimación del recurso de apelación de la parte ahora recurrente para que se incorpore al importe de las liberalidades computadas en la sentencia de primera instancia la que fue objeto de dicho recurso por el importe que resulte de la actualización de la suma de 71.400 euros, para así realizar el nuevo cálculo del importe de la legítima y de la lesión producida en la misma, y la posterior reducción de liberalidades.

TERCERO.- No hubo condena en las costas de primera instancia, pronunciamiento que se mantiene, y en cuanto a las del recurso de apelación se mantiene la imposición de las del recurso de la parte demandada y apelante que vió desestimado su recurso y se revoca la imposición a la parte actora y apelante a la que, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, no pueden serle impuestas al haber sido estimado su recurso. En cuanto a las del recurso de casación, no cabe condena en ellas a

tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner actuando en nombre y representación de D^a. Esperanza T. J. y D^a. Pilar T. J., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta en fecha 27 de junio de 2014, que casamos y dejamos sin efecto en cuanto a lo resuelto sobre el recurso de apelación de esa parte.

SEGUNDO.- En su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Isiegas para que, al importe de las liberalidades computadas en la sentencia de primera instancia, se incorpore la que fue objeto de dicho recurso por el importe que resulte de la actualización de la suma de 71.400 euros, y así realizar el nuevo cálculo del importe de la legítima y de la lesión producida en la misma, y la posterior reducción de liberalidades.

TERCERO.- No se hace imposición de las costas del recurso de casación, se mantiene el pronunciamiento sobre las de primera instancia y, en cuanto a las de los recursos de apelación, se mantiene la imposición de las del recurso de la parte demandada y apelante que vió desestimado su recurso y se revoca la imposición que se hizo a la parte actora y apelante por el suyo.

CUARTO.- Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

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

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

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

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

debían regir el régimen de visitas y pensión de alimentos entre el ahora demandante, don José Alberto F. B., y su hijo menor, Kevin F. P.

Incoado por iniciativa de Don José Alberto el presente procedimiento de modificación de las medidas definitivas acordadas en la resolución antes citada, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza dictó sentencia de 7 de febrero de 2014, que estableció la modificación de la pensión por alimentos que debía abonar el demandante, reduciéndola de 350 € a 250 €. Apelada esta resolución por la demandada, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 24 de junio de 2014, y denegó la modificación de la pensión que había acordado el Juzgado de Primera Instancia.

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.- Indica el recurrente que la cuestión controvertida ahora es el nacimiento de su nueva hija el día 9 de junio de 2013. Y entiende que este hecho no ha sido debidamente valorado por parte de la Audiencia Provincial, que ha razonado de modo ilógico e irracional, con vulneración patente de la norma aplicable, al mantener en el mismo importe la pensión por alimentos que venía abonando el actor a favor de su hijo Kevin, nacido el día 26 de enero de 2006 en la relación sentimental anterior habida entre las partes.

La sentencia de la Audiencia Provincial, al proceder a la aplicación del artículo 82, apartados primero y segundo, del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante) enumera, primero, la situación actual de la demandada. Considera que ya no tiene a su disposición la vivienda familiar cuyo uso le atribuyó la sentencia de 4

5

NÚM. 5

S. TSJA 5/2015 de 28 de enero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Modificación de la pensión: *Como establece con claridad la STS de 30/4/2013 (rec. casación 988/2012), «quien pretende la disminución de la pensión alimenticia por haber tenido un hijo en una nueva relación debe probar los recursos económicos del otro progenitor del nuevo descendiente». Y esto es, precisamente, lo que aquí no ha hecho el actor. Y es esta situación de falta de prueba uno de los elementos decisivos que condujo a que la sentencia impugnada acordará la no modificación de la pensión.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 82 CDFA.*

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia dictada el día 4 de julio de 2011 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Zaragoza, fueron acordadas las medidas que

de julio de 2011. Y recoge que la demandada percibió salario cuando encontró y desarrolló trabajo en ciudad distinta de Zaragoza, pero que ahora se encuentra en paro y carece de ingresos.

La sentencia recurrida pondera así varias circunstancias fácticas que han cambiado desde que fue dictada la sentencia cuya modificación se solicita, y no sólo la que pretende hacer valer en exclusiva el recurrente, de nacimiento de nuevo hijo. Respecto de esta última cuestión, de especial relevancia en la medida en que implica directamente a un menor, la resolución impugnada concreta, en seguimiento de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que «hay que valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores en cuyo interés se actúa. Lo que exige ponderar, no solo las posibilidades económicas del alimentante, sino las del otro progenitor, que tiene también la obligación de contribuir conforme a sus recursos a la atención de los alimentos de los descendientes, pues ha de determinarse si la nueva situación supone una merma de la capacidad económica del alimentante, que incluso puede haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja».

Y, en atención a lo considerado, y a la omisión por el demandado del cumplimiento de su obligación de acreditar, mínima, pero suficientemente, los ingresos de su nueva pareja, concluye que son dudosos hechos relevantes, por referencia a la falta de conocimiento sobre si el actor ha visto o no mermada su situación económica por relación a la que tenía en el momento de la sentencia del año 2011.

TERCERO.- Como se desprende de lo expuesto, no cabe aceptar la afirmación de irracionalidad de la sentencia recurrida que esgrime el recurrente. Por el contrario, la resolución impugnada valora con

claridad el conjunto de datos a considerar para estimar si, por referencia a todo lo conocido realmente, ha habido o no una disminución de la capacidad económica del recurrente desde que se fijaron las medidas iniciales, tal y como ordena el artículo 82 CDFR para el caso de solicitarse el cambio de las medidas previamente adoptadas.

La pretensión del actor de que se tenga en cuenta sólo uno de los datos que es necesario ponderar es, en cambio, contraria a la previsión legal. Ciertamente, el nacimiento de un nuevo hijo supone un nuevo gasto para él. Pero, al lado de ello, se presenta una situación económica peor de la demandada, por cuanto ya no tiene trabajo y no puede usar el inmueble que sí pudo utilizar en el año 2011, con el efecto, beneficioso para el actor y recogido en la sentencia dictada por el Juzgado, de que el demandante está procediendo a la venta del piso.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores, que conducen a la desestimación del recurso de casación no se ven alteradas, total o parcialmente, por la invocación que hace el recurrente de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 30 de abril de 2013 en recurso de casación 988/2012 y que es recogida en la resolución ahora impugnada. Por el contrario, son reafirmadas por la doctrina sentada en tal sentencia del Alto Tribunal, que establece con claridad que quien pretende la disminución de la pensión alimenticia por haber tenido un hijo en una nueva relación debe probar los recursos económicos del otro progenitor del nuevo descendiente. Y esto es, precisamente, lo que aquí no ha hecho el actor. Y es esta situación de falta de prueba uno de los elementos decisivos la que condujo al dictado de la sentencia impugnada en la forma que lo fue. Con lo cual, lejos de imputarle a esta resolución que haya contrariado la doctrina sentencia por el Tribunal Supremo, lo que debe predicarse es que ha

dado pleno cumplimiento a lo establecido en ella.

QUINTO.- Desestimando el recurso de casación procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6

NÚM. 6

S. TSJA 6/2015 de 4 de febrero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Pronunciamientos discrecionales: *En doctrina reiterada de esta Sala (por ej., Ss. de 11/7/2013 y 18/7/2013) se sostiene el carácter discrecional de la decisión relacionada con la limitación del uso de la vivienda familiar. Salvo supuestos de decisión arbitraria o ilógica, no corresponderá al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia, esto es, al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial que conoce del recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por el órgano unipersonal. No se observa arbitrariedad alguna en los razonamientos de la sentencia y no cabe estimar tampoco que el plazo total de uso de la vivienda sea anómalo o no atienda a los principios legales y jurisprudenciales sobre necesidad de respeto a los derechos de todos los copropietarios de la vivienda y de limitación de su libre decisión sobre el destino del inmueble.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81.3 CDFA.

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

NÚM. 7

S. TSJA 7/2015 de 11 de febrero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Inaplicación del art. 69 y concesión de alimentos legales: *La sentencia de Audiencia concede pensión de alimentos no en aplicación del art. 69.1 CDFA sino del 142 Cc. En consecuencia, sólo podría prosperar el recurso basado en vulneración del primero, si, en efecto, fuera el aplicable al caso. Pero no lo es: la pretensión actora se ha basado en la alegación y prueba de que no concurren los presupuestos que el art. 69.1 establece para aplicar la consecuencia en él prevista: la continuación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Tal planteamiento prosperó en la primera instancia y se aceptó en la sentencia de apelación. Habría que apreciar infracción por inaplicación si, acreditados los presupuestos del art. 69.1 (y siendo por ello procedente mantener el deber de pago), el precepto hubiera sido ignorado por el tribunal a quo, lo que no ha sucedido. Tampoco se ha producido la aplicación indebida porque la sentencia recurrida declaró la procedencia de abono de la pensión no como gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA, sino como pensión de alimentos de los arts. 142.*

Alimentos legales: *No hay una vía intermedia y sin determinar (o una pensión «híbrida») entre los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA y los alimentos legales de los arts. 142 y ss. Cc.; la sentencia impugnada ha acordado una pensión de alimentos al amparo de los arts. 142 y ss. Cc. Podría discutirse si la solución dada por la Audiencia es o no correcta, teniendo en cuenta que el art. 142 Cc. se invocó por la demandada en la apelación y no al contestar la demanda. Pero esta cuestión queda fuera*

7

del control que esta Sala debe ahora realizar, ya que no se articuló un motivo de infracción procesal que la sometiera a nuestro examen. Voto particular. Respecto del derecho de opción del art. 149 Cc., tiene declarado el TS que no confiere un derecho absoluto, sino que la oportunidad de su concesión constituye una cuestión de hecho a valorar por los tribunales, que lo darán cuando no exista impedimento legal o justa causa.

Crianza y educación: Voto particular:

Los gastos y cargas propios de la crianza y educación comprenden, por su generalidad y por la previsión del art. 65.1.b del CDFa, todos los conceptos que pueden presentarse bajo el término de contenido más reducido, y propio del Cc., de «alimentos». Mientras exista la autoridad familiar originaria, y también en los casos del art. 69 CDFa, la norma aragonesa comprende los tres contenidos de crianza, educación y alimentos. Cuando ya no se den los presupuestos para el mantenimiento de la pensión del art. 69 CDFa, y conforme a este precepto, tal pensión debe extinguirse, «sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos», esto es, dejando a salvo la posibilidad de que el hijo, ya mayor de edad, y si lo estima oportuno, accione (fuera ya del proceso matrimonial) al amparo de la petición de «alimentos» strictu sensu que recoge el Código civil. La remisión a los alimentos en el art. 93 Cc. y en el art. 69 CDFa es de naturaleza radicalmente distinta: el art. 93 Cc. integra y hace propia la previsión del art. 142 Cc. en el seno de la patria potestad, mientras el art. 69 CDFa deslinda autoridad familiar y alimentos legales, sin integrar en aquélla el derecho a alimentos legales.

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

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

En Zaragoza, a once de febrero dos mil quin-ce. 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 51/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 22 de julio de 2014, en el rollo de apelación número 289/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 432/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Abelardo, representado por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Pozo Paradís y dirigido por la Letrada D^a. M^a. Pilar Romero Sebastián, y como parte recurrida D^a. María, representada por el Procurador de los Tribunales D. Oscar David Bermúdez Melero y dirigida por la Letrada D^a. M^a. José Escolá Hernando.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Roberto Pozo Paradis, actuando en nombre y representación de D. Abelardo, presentó demanda de Modificación de Medidas contra D^a. María en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que «se modifique el pronunciamiento acordado en la sentencia de divorcio de fecha 25 de julio de 2005, por lo que respecta a la pensión alimenticia fijada y se declare:

1º Que cese la obligación establecida en la cláusula sexta del Convenio aprobado judicialmente de contribuir a las cargas familiares por parte de mi representado, sin perjuicio del derecho de alimentos que pueda corresponder a sus hijos; así como que cese la obligación de seguir realizando un ingreso mensual en la cuenta de los hi-

jos del matrimonio por parte de mi representado.

2º Que dé opción a los hijos, Eleuterio y Heraclio de pasar a convivir con el padre, quien se hará cargo de los gastos de educación de los mismos si bien con la obligación de o bien proceder a la realización de unos estudios con un rendimiento medio normal o iniciarse en una actividad laboral con la que poder cubrir sus necesidades.

Con expresa condena en costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda.

Dentro de plazo concedido a la parte demandada, ésta compareció en autos contestando la demanda planteada de contrario, oponiéndose a la misma, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se desestime la demanda presentada por D. Abelardo con expresa condena en las costas del presente procedimiento.

Por otrosí se solicita la práctica de prueba anticipada».

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco se dictó sentencia en fecha 18 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: 1º- Estimo parcialmente la demanda presentada por D. Abelardo contra Dª. María. Por tanto:

1.1.- Queda extinguida la pensión de alimentos del hijo Eleuterio. La última pensión exigible será la de este mes de febrero.

1.2.- El padre seguirá abonando la pensión del hijo Heraclio .

2.- No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Por el Procurador Sr. Pozo Paradis en nombre del demandante, se ha interesado la aclaración/omisión en el fallo de la misma, y en fecha 27 de marzo se dicta Auto de aclaración cuyo tenor literal es «Ha lugar a la aclaración de la sentencia en el sentido de que el apartado 1, del Nº 1 del fallo de la misma cuando habla de la extinción de la pensión se refiere también a la cantidad a ingresar en cuenta».

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales Sr. Óscar Eleuterio Bermúdez Meleiro, en nombre y representación de Dª. María, presentó recurso de apelación contra la sentencia confiriendo traslado a la otra parte, contestando y oponiéndose.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, en fecha 22 de julio de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos.- Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª. María frente a la sentencia de fecha 18 de febrero de 2014 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Zaragoza en autos de Modificación de Medidas nº 432/13, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de que la pensión alimenticia a favor del hijo Eleuterio queda fijada con efectos de febrero del presente año en trescientos euros (300 €/mensuales), confirmando la sentencia en el resto de sus pronunciamientos.

Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso».

QUINTO.- La representación legal de D. Abelardo, interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

«Primero.- Infracción del artículo 69 del Código de Derecho Foral, así como la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los mismos (*sic*). (...) Segundo.- Conforme al artículo 477.3 de la LEC, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. (...) Artículo 147, artículo 152 ordinales 3 y 5 y artículo 149 del Código Civil en relación al artículo 1.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del gobierno de Aragón (CDFA) (...).».

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones al Magistrate Ponente para resolver. Por auto de 17 de noviembre 2014 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición. Dentro de plazo, presento su oposición al recurso planteado de contrario.

Por providencia de 14 de enero de 2015, se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El ahora recurrente formuló demanda de modificación de medidas frente a su ex esposa pidiendo que se declarase el cese de su obligación de pago de pensión para sus hijos (de 21 y 18 años) y de la de seguir realizando un ingreso mensual en la cuenta de éstos. Pidió, ade-

más, que se diese opción a los hijos de pasar a convivir con él, que se haría cargo de sus gastos de educación (con las condiciones literalmente reproducidas en el antecedente primero de esta sentencia). Y basó, en síntesis, su pretensión, en la alegación de que no se daban los presupuestos establecidos en el artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA).

La sentencia de primera instancia estimó la demanda parcialmente, considerando que, en cuanto al hijo mayor, procedía la extinción de la obligación y, en cuanto al menor, su continuación. En la motivación, tras indicar que, aun concurriendo las circunstancias previstas en el artículo 69 del CDFA, deberá ser razonable mantener la exigencia de cumplimiento de la obligación y normal el tiempo empleado para obtener la formación, concluye, en relación con el mayor Eleuterio, que no es razonable exigir-sela al padre, ya que *no ha completado su formación por causas a él imputables*.

SEGUNDO.- En la sentencia de apelación se viene a asumir el planteamiento que hace el juzgador de instancia como fundamento de su decisión. Pero se indica, con cita de jurisprudencia reciente de esta Sala, que cabe que una persona no tenga derecho a que sus progenitores sigan sufragando los gastos de crianza y educación conforme al artículo 69 del CDFA y lo tenga sin embargo a pensión de alimentos entre parientes. Señala también, que la cuestión ha sido oportunamente deducida en el proceso, pues la progenitora apelante invocó, aparte de otros argumentos, los artículos 142 y ss. del Cc. Afirma que no nos encontramos ante un supuesto de parasitismo social que determinaría la supresión de la pensión conforme al artículo 152 del Cc. Y finalmente expresa que procede mantenerla, dado que concurre la situación de necesidad y siendo evidentes las posibilidades económicas del alimentante, aun cuan-

do estima que no podrá tener la amplitud de la pactada, reduciéndola prudencialmente a la cantidad de trescientos euros mensuales.

TERCERO.- El primero de los motivos de casación se funda en la alegada infracción del artículo 69 del CDFa.

En el desarrollo del motivo la parte, tras una referencia a los hechos que la sentencia de primera instancia declara probados, reproduce el texto del artículo 69 y enuncia los presupuestos que en él se exigen para que, alcanzada la mayoría de edad del hijo, se mantenga el deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación. A continuación cita una serie de sentencias de esta Sala en interpretación de dicho precepto, y termina expresando que, dado que Eleuterio «no ha hecho nada académicamente hablando», puede concluirse que dio por concluida su formación hace años, por lo que –aduce– es clara la vulneración del artículo 69.

Como ha quedado expuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial no resolvió en aplicación del artículo 69.1 CDFa sino del 142 del Cc. En consecuencia, sólo podría prosperar el recurso basado en vulneración del primero si, en efecto, fuera el artículo 69 el aplicable al caso. Pero no lo es: según hemos indicado, la pretensión actora se ha basado en la alegación y prueba de que no concurren los presupuestos (los hechos jurídicamente relevantes) que el artículo 69.1 establece para aplicar la consecuencia en él prevista: la continuación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Tal planteamiento prosperó en la primera instancia y se aceptó en la sentencia de apelación. Aquellos hechos son, como hemos declarado en ocasiones anteriores, que el hijo no haya completado su formación profesional, que no tenga recursos propios para sufragar los gastos, y que sea razonable exigir a los padres el cumplimiento del deber de costearlos. Ha-

bría que apreciar infracción por inaplicación si, acreditados tales presupuestos (y siendo por ello procedente mantener el deber de pago) el precepto hubiera sido ignorado por el tribunal a quo, lo que no ha sucedido. Y es evidente que tampoco se ha producido la aplicación indebida del repetido precepto, porque –cabe reiterarlo– la sentencia recurrida declaró la procedencia de abono de la pensión (en cuantía inferior a la que venía siendo satisfecha por el recurrente) no como gastos de crianza y educación al amparo del artículo 69 del CDFa, sino como pensión de alimentos, conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil.

En suma, el precepto no ha sido aplicado por la sentencia que aquí se recurre y no hay infracción por inaplicación (tampoco por interpretación errónea). Por tanto, el motivo no puede acogerse.

CUARTO.- En el segundo de los motivos esgrimidos se denuncia infracción de los artículos 147, 152 ordinales 3 y 5 y artículo 149 del Código civil en relación con el artículo 1.2 del CDFa.

Esa cita de varios preceptos en un solo motivo comporta cierta ambigüedad o indefinición en la infracción alegada, que no se despeja con la lectura de las expresiones que la siguen. Porque, tras reproducir el texto de los citados artículos, refiere la parte que de la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial «se desprende la distinción entre la pensión por alimentos legales –ex art. 142 y ss del Cc– y los gastos de educación y crianza del artículo 69 de la Ley Foral, y por una vía intermedia y sin determinar, entre ambas concluye manteniendo una pensión que fija en 300 € para Eleuterio, eso sí, sin determinar la naturaleza de la misma, de ahí que esta representación entienda infringidos tanto el artículo 69 del CDFa –motivo primero– como los artículos mencionados del Código Civil en aplicación del artículo 1.2 del CDFa».

Con independencia de que ese modo de razonar no explica por qué se entienden infringidos los artículos 147 y 152 3 y 5, lo que ha quedado reseñado en el Fundamento Segundo conduce a no poder compartir el punto de vista del recurrente. No hay tal vía intermedia y sin determinar (en otro apartado del recurso se alude también a una pensión «híbrida»); la sentencia es bien clara en cuanto resuelve que procede satisfacer una pensión de alimentos al amparo de lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil. Podría discutirse si la solución dada por la Audiencia es o no correcta, teniendo en cuenta que el artículo 142 se invocó por la demandada en la apelación y no al contestar a la demanda. Pero esta cuestión queda fuera del control que esta Sala debe ahora realizar, ya que no se articuló un motivo de infracción procesal que la sometiera a nuestro examen.

A continuación, y pese a haber citado como infringidos en el epígrafe los artículos 147 y 152 ordinales 3 y 5, ambos del Cc, lo que razona en el desarrollo del motivo es la improcedencia de abonar una pensión de alimentos conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Cc. Pero, sin haber articulado el oportuno motivo procesal, afirma que ni se acredita la necesidad, ni la imposibilidad de acceder a un empleo. Se formula así una construcción distinta de la utilizada por la sentencia impugnada para llegar al resultado pretendido. Es decir, no tiene en cuenta las premisas de hecho que tuvo en consideración la sentencia, incurriendo en el defecto casacional de la petición de principio que consiste, como en ocasiones anteriores hemos declarado, en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida, en no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia o en soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer

consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho que no ha sido el declarado probado por el Tribunal de apelación. (Pueden verse al respecto, entre otras muchas, la STS de 9 de julio de 2014 y las citadas en ella).

Pero es que, además, al sostener la improcedencia de satisfacer pensión de alimentos incurre la parte en una contradicción con lo que poco después manifiesta.

QUINTO.- En efecto, en el recurso se aduce asimismo como vulnerado el artículo 149 del Cc, «*al privar del derecho de opción a mi representado en la forma de prestar alimentos, cuando ya la propuso en el suplico del propio escrito de demanda; desconociendo por tanto que la opción es del obligado a dar alimentos, no del que los recibe, máxime sin acreditar que tiene derecho a ello*».

Con ello se viene a reconocer –ya desde la demanda– que el hijo Eleuterio tiene derecho a prestación de alimentos conforme a lo regulado en el artículo 142 y siguientes del Cc.

Ahora bien, la sentencia recurrida no contiene pronunciamiento alguno en relación con el artículo 149, de manera que la cuestión hubiera debido, en su caso, es decir, si es que el recurrente apreció incongruencia omisiva, plantearse por otra vía (la de infracción procesal). Sucede, sin embargo, que la sentencia de primera instancia fue apelada únicamente por la demandada; aquella petición formulada en la demanda (con carácter principal y no subsidiario) se abandonó en la segunda instancia, donde el ahora recurrente se limitó a oponerse a la apelación y a pedir la confirmación íntegra de la sentencia dictada. Por tanto, no tiene razón cuando dice que la sentencia atacada le privó del derecho de opción del art. 149 Cc.

En todo caso tiene declarado el TS que el art. 149 Cc. no confiere un derecho absoluto, sino que la oportunidad de su con-

cesión constituye una cuestión de hecho a valorar por los tribunales, que lo darán cuando no exista impedimento legal o justa causa. El propio recurrente conoce que ello es así, como se desprende de lo expresado en el escrito de oposición a la apelación: «Él mismo le ha dado la *posibilidad de trasladarse a vivir con él, solicitud que se vuelve a realizar en el escrito de demanda, pero obviamente, al ser ambos mayores de edad, si su voluntad –como se manifiesta por la representación de la madre– no es convivir con el padre, nada puede hacer la justicia al respecto*».

Es consecuencia de todo lo anterior la desestimación del recurso.

SEXTO.- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, procede hacer imposición de las costas causadas en el presente recurso a la parte recurrente. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador D. Roberto Pozo Paradis actuando en nombre y representación de D. Abelardo contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial en recurso de apelación núm. 289/2014.

SEGUNDO.- Imponemos las costas del presente recurso a la parte recurrente.

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

Con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 11 de febrero de 2015 en recurso de casación núm. 51 de 2014, y al amparo de lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No existe disconformidad alguna con lo recogido en los antecedentes de hecho y en los fundamentos de derecho primero y segundo de la citada resolución. Se discrepa, sin embargo, del resto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia objeto de reparo resuelve las relaciones jurídicas derivadas de las medidas reguladoras del divorcio de los litigantes, unidos en su momento en matrimonio contraído en Aragón, entre aragoneses, y en el que tuvieron dos hijos, también aragoneses.

Aplicable la legislación propia de la Comunidad Autónoma de Aragón para regular las relaciones personales y económicas derivadas del matrimonio y la filiación habida en él, también lo es para resolver las controversias que puedan suscitarse a partir del divorcio. Sólo cabrá la aplicación del Código Civil si se está ante la previsión contenida en el artículo 1 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), cuyo apartado 2, literalmente, señala: «2. El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los

principios que las informan». Dentro de esta posible aplicación del Derecho Civil General la referencia al derecho no aragonés debe entenderse hecha en este caso al Código Civil, pues sería el cuerpo normativo a observar si se considerara que la cuestión no está íntegramente regulada en derecho aragonés.

Por tanto, antes de proceder, como hace la sentencia de referencia, a la aplicación del Código Civil, debe determinarse si la cuestión controvertida está regulada o no en el CDFA, pues sólo en caso de laguna en la ley aragonesa cabrá estar a lo dispuesto en el Código Civil.

SEGUNDO.- En el recurso de casación ahora resuelto el debate queda centrado en si procede o no mantener a cargo del padre la pensión a favor de uno de los hijos de ambos litigantes, a pesar de que haya alcanzado la mayoría de edad.

Tal situación es la prevista en el artículo 69 del CDFA, de aplicación directa si se está ante el mantenimiento de la convivencia familiar, y por referencia del artículo 82 del CDFA si se está ante los supuestos de crisis matrimonial.

Según resulta, literalmente, de la previsión del artículo 69 del CDFA: «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.»

En atención a tal precepto, debe mantenerse la obligación propia de la autoridad familiar aragonesa de subvención de los gastos de crianza y educación del hijo aun cuando éste haya alcanzado la mayoría de edad, siempre y cuando continúe su formación y con el límite de los 26 años de edad. Así lo han interpretado numerosas sentencias de esta Sala, entre las que cabe citar las recientes de 28 de marzo o 25 de septiembre de 2014.

Los gastos y cargas propios de la crianza y educación comprenden, por su generalidad y por la previsión del artículo 65.1.b) del CDFA, todos los conceptos que puedan presentarse bajo el término de contenido más reducido, y propio del Código Civil, de «alimentos». Según indica tal artículo 65: «1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: (...) b) Proveer a sus sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades».

No cabe, por tanto, entender que la autoridad familiar en Aragón, inicial o prorrogada, se rija por dos normas al mismo tiempo, de modo que fuera el CDFA aplicable a la «crianza y educación» y el Código Civil a los «alimentos», sino que es un solo precepto el que debe observarse mientras exista la autoridad familiar originaria, y también cuando se haya alcanzado la mayoría de edad y se dé la situación prevista en el artículo 69 del CDFA, que comprende los tres contenidos de crianza, educación y alimentos.

La situación del supuesto de autos es la prevista en el artículo 69 del CDFA, y ha sido este precepto el regulador de la relación económica entre padre e hijo desde la entrada en vigor del CDFA hasta la fecha

(conforme a la disposición transitoria sexta del CDFa): el hijo ha dependido de los progenitores mientras era menor y, luego, alcanzada la mayoría de edad, y extinguidas por ella las relaciones personales propias de la autoridad familiar que son legalmente reguladas, el padre vino obligado a abonar todavía la pensión global por crianza, educación y alimentos hasta el momento en que el hijo cumpliera 26 años o terminara su formación. También las partes consideran que el artículo 69 CDFa era la norma aplicable, pues, aunque la sentencia de la que se discrepa no le da relevancia a este aspecto, lo cierto es que los interesados fijaron su causa de pedir en la demanda y en la contestación conforme a la previsión de tal precepto, y no por invocación del Código Civil.

Una vez que ya no se den los presupuestos para mantenimiento de la pensión que prevé el artículo 69, y conforme al mismo precepto, tal pensión debe extinguirse, «sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos», esto es, dejando a salvo la posibilidad de que el hijo, ya mayor de edad, y si lo estima oportuno, accione al amparo de la petición de «alimentos» stricto sensu que recoge el Código Civil.

En resumen, por tanto, toda la relación personal y económica derivada en el caso presente de la convivencia familiar, y también desde el momento de su crisis, viene recogida en la ley aragonesa. De modo que sólo una vez que terminan todas las relaciones propias de la autoridad familiar aragonesa inicial, que fue prolongada más allá de la mayoría de edad por razón de mantenimiento de la formación del hijo, es cuando el artículo 69 deja expedita la posible aplicación del artículo 142 y siguientes del Código Civil. Pero mientras la autoridad familiar aragonesa mantiene su vigencia, debe estarse a las previsiones del CDFa, sin posibilidad de imposición de normas del Código Civil.

TERCERO.- La relación entre la norma aragonesa y el Código Civil que se ha expuesto es la que, a juicio del suscribiente del presente voto, no es respetada por la sentencia dictada por la Sala. En la resolución se da lugar a la aplicación del artículo 142 del Código Civil como se hacía antes de la entrada en vigor del artículo 69 CDFa (y de su antecedente inmediato, al artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre), aceptando la forma, momento y legitimación para aplicar el artículo 142 del Código Civil contenida en la sentencia recurrida, esto es, por la vía del artículo 93 del Código Civil, regulador en el Derecho Civil General de las relaciones económicas con el hijo mayor de edad cuando la convivencia se ha roto.

Este artículo 142 del Código Civil, conforme a lo ya expuesto, no es de observancia en Aragón mientras se mantenga vivo el vínculo derivado de la autoridad familiar, ya que en nuestra comunidad autónoma el artículo 69, por relación al artículo 82, ambos del CDFa, regulan en su integridad, sin necesidad de suplencia alguna, las relaciones derivadas de la necesidad de crianza y educación (y, por tanto, de alimentos) de los hijos mayores de edad que estuvieron sometidos a la autoridad familiar y han mantenido su derecho al sostenimiento por parte de sus progenitores, mientras se sigan formado, y ello cuando se está en la normalidad de la convivencia familiar, y también en su crisis.

El hecho de que tanto el artículo 93 del Código Civil como el artículo 69 del CDFa remitan a los alimentos previstos en el artículo 142 del Código Civil no altera la conclusión citada, ni permite la equiparación de ambas normas o la aplicación alternativa o simultánea a que da lugar la sentencia de referencia. Porque la remisión a los alimentos en uno y otro precepto es de naturaleza radicalmente distinta: el artículo 93 del Código Civil integra y hace propia la

previsión del 142 del Código Civil en el seno de las obligaciones propias de la patria potestad que tal Código recoge. En cambio, el artículo 69 del CDFA deslinda cuáles son las relaciones derivadas de la autoridad familiar y las de los alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, de modo que ordena aquéllas, sin integrar en ellas, en absoluto, el derecho a alimentos del Código Civil, y las regula hasta que se han extinguido totalmente las relaciones propias de la autoridad familiar aragonesa, bien originaria hasta los 18 años, bien prolongada hasta los 26.

Y sólo una vez terminada la previsión propia de la autoridad familiar por su total extinción es cuando el CDFA cita el artículo 142 del Código Civil, y, aún en este caso, no lo invoca para asumirlo en la norma aragonesa, ni para permitir su aplicación directa o indirectamente en el seno de la relación familiar, sino sólo para dejar a salvo que el hijo mayor de edad, fuera ya del proceso matrimonial, pueda tomar, si lo estima oportuno, la decisión de reclamar a su amparo los alimentos previstos en el Código Civil.

CUARTO.- En resumen, quien suscribe no comparte que pueda estarse inicialmente la aplicación del artículo 69 del CDFA y, luego, cuando no se mantienen las previsiones para sostenimiento de la pensión recogida en él, dar lugar a la aplicación del artículo 142 del Código Civil por la vía de su cita en el artículo 93 del Código Civil. Se considera que debe estarse en su íntegra regulación al artículo 69 del CDFA, tanto si conforme a él corresponde mantener la pensión como si no. Y si no procede la pensión por aplicación del artículo 69 del CDFA, no corresponde ampliar su contenido con la previsión de los artículos 93 y 142 del Código Civil para mantenerla por vía de los alimentos que estos preceptos prevén, sino observar lo que previene el propio artículo 69 del CDFA, esto es, que sea el

hijo quien, en su caso, reclame los alimentos, fuera ya de la relación continuada de la autoridad familiar aragonesa a que atiende el artículo 69 del CDFA.

QUINTO.- 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 dictada por esta Sala el día 6 de febrero de 2015 y, especialmente, de su afirmación de no ser aplicable el artículo 69 del CDFA. En lugar de lo resuelto en tal resolución, y precisamente por observancia de tal precepto, base de la demanda y contestación, el recurso debe ser estimado, casada la sentencia recurrida en el sentido interesado por el recurrente, y declarada la extinción del derecho a la pensión que por gastos de crianza, educación y alimentos quedó fijada en la sentencia de divorcio a favor de D. Edmundo. Sin perjuicio de que éste pueda reclamar, si así lo estima oportuno, los alimentos que pudieran corresponderle conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Todo ello con imposición de costas a la parte recurrida, y devolución al recurrente del depósito constituido.

Voto particular que firmo en Zaragoza, a once de febrero de dos mil quince.

NÚM. 8

S. TSJA 8/2015 de 17 de febrero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Modificación del límite temporal pactado: Solicitada por el padre la modificación del límite temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, que la sentencia de divorcio de 1999, conforme a lo pactado en el convenio regulador, había

atribuido «hasta que el hijo alcanzara la independencia económica», las sentencias de instancia lo limitan «hasta el 30 de junio de 2018», fecha de la mayoría de edad del hijo. El art. 96 Cc., bajo cuya vigencia los litigantes pactaron su convenio regulador, no contenía disposición alguna sobre necesaria limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores y cónyuge en cuya compañía quedaran. La novedosa regulación actualmente contenida en el art. 81.3 CDFA es norma introducida con posterioridad a la sentencia de divorcio, de plena aplicación ahora por virtud de la DT 6ª CDFA. Ante esta situación, debe valorarse que como antes de la Ley 2/2010 la limitación temporal, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo, «el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal» (STSJA de 12/10/2014). Por tanto, si existe un cambio de circunstancias que permite modificar el convenio inicialmente aprobado, el cambio debe afectar también a lo pactado respecto del uso de la vivienda familiar.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81.3 CDFA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En sentencia del día 22 de enero de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza se acordó la disolución por divorcio del matrimonio celebrado el día 27 de agosto de 1999 entre los litigantes, don Eusebio R. G. y doña María Remedios G. C., en el que ha-

bía nacido un hijo, Iñaki R. G. el día 4 de agosto de 2006.

En los aspectos relevantes a efectos de resolución del presente recurso de casación, la madre quedó encargada de la guarda y custodia del hijo menor, y el uso de la vivienda familiar, sita en Zaragoza, fue atribuido a favor de la madre e hijo hasta que éste alcanzara independencia económica.

Incoado por iniciativa de don Eusebio el presente procedimiento de modificación de las medidas acordadas en la sentencia antes citada, el mismo Juzgado dictó sentencia el día 3 de marzo de 2014, que fue apelada por la demandada, en recurso que la Audiencia Provincial desestimó en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 10 de junio de 2014. De manera que, respecto de lo que es objeto ahora de recurso, la atribución del uso del domicilio familiar queda atribuido a la madre hasta el día 30 de junio de 2018, y no, como inicialmente se acordó, hasta la independencia económica del hijo.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se formula por la demandada y apelante 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.- De los dos motivos de casación admitidos a trámite, parece más conveniente comenzar con la resolución del numerado como cuarto, relativo a si existió no modificación de circunstancias que permita alterar los pronunciamientos contenidos en la sentencia de divorcio dictada el día 22 de enero de 2009, ya que su estimación supondría la denegación de cualquier variación de las medidas y, por tanto, conllevaría la imposibilidad de conocer del motivo tercero, referente a si es procedente fijar un término concreto al

uso de la vivienda familiar que es atribuido a la madre e hijo.

El motivo cuarto del recurso recoge como razón de la impugnación la indebida aplicación de la previsión contenida en los artículos 77 y 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), con cita de los artículos 91 y 100 del Código Civil, porque, en tesis del recurrente, no se ha producido en el supuesto de autos una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se dictó la sentencia de divorcio. En consecuencia con la ausencia de modificación de las circunstancias, entiende la parte que no cabe alterar el pronunciamiento de aquella sentencia de divorcio en el extremo concreto referido a la limitación temporal de uso de la vivienda familiar, sino que debe respetarse la atribución a la madre hasta que el hijo alcance su independencia económica.

A lo largo del motivo de recurso, la parte enumera distintas consideraciones respecto de la inexistencia de alteración relevante de las circunstancias relativas tanto a la situación económica de los progenitores, como a las necesidades y recursos del menor. Expone, en definitiva, una serie de valoraciones sobre el resultado de la prueba obrante en autos que altera las obtenidas en la sentencia recurrida, y concluye partiendo de unos hechos probados distintos de los considerados en la resolución dictada en la Audiencia Provincial y, por su aceptación expresa en ella, de los valorados en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Esta pretensión de la parte de que se modifique la resultancia fáctica concretada en la resolución impugnada es inadmisibles en vía de este recurso de casación, como señalan reiteradamente sentencias de esta Sala (por ejemplo sentencia 43/2014, de 8 de octubre, o 12/2014, de 4 de marzo), y del Tribunal Supremo (por ejemplo, sentencia 77/2014, de 3 de marzo, o 199/2014,

de 2 de abril). En el ámbito del recurso de casación en que se dicta la presente sentencia debe estarse al objeto delimitador de esta vía de impugnación recogido en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la comprobación de si ha existido infracción de norma sustantiva aplicable. Pero no recoge que pueda tener lugar un nuevo estudio sobre el resultado de la prueba valorado en las sentencias de instancia, como pretende la parte en su escrito de recurso. Por el contrario, salvo casos excepcionales, y previa su presentación por la vía impugnativa de la infracción procesal, no empleada ahora, debe estarse a los hechos probados constatados como tales en la sentencia recurrida y, en lo que por ella sean aceptados, de la previamente dictada por el Juzgado de Primera Instancia. De modo que, consecuentemente, en la medida en que las argumentaciones formuladas ahora parten de hechos distintos de los considerados acreditados en la resolución impugnada, no cabe aceptarlas, por partir de un supuesto de la cuestión distinto del que este Tribunal de Casación viene obligado a respetar.

En aplicación de la legislación y doctrina expuestas debe, por tanto, desestimarse el motivo de recurso ahora estudiado.

TERCERO.- El motivo de casación numerado como tercero se enuncia por vulneración del artículo 81.3 del CDFA y contiene, como ocurría en el motivo cuarto, una serie de referencias sobre el resultado de la prueba practicada que, por idénticas razones que las expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, procede rechazar como habilitantes para casar la sentencia.

Además, se argumenta en el motivo de recurso que el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que fijó la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del progenitor custodio fue tomado por razón del acuerdo de las partes plasmado en el convenio regulador, de modo que, de confor-

midad con lo previsto en el artículo 81.3 del CDFA, debe estarse a tal acuerdo, pues tal precepto prevé, expresamente, «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».

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, la atribución del uso del domicilio conyugal se regía por las previsiones contenidas en el artículo 96 del Código Civil, cuyo apartado primero no contenía disposición alguna sobre necesaria limitación temporal de tal atribución a los hijos menores y cónyuge en cuya compañía quedaran. Bajo la vigencia de tal norma es como los litigantes pactaron en su convenio regulador, luego aprobado por la sentencia de divorcio, que «El domicilio conyugal se asigna a la esposa hasta que el hijo alcance independencia económica (...)».

Después de dictada la sentencia de divorcio, entró en vigor la referida Ley de Aragón 2/2010, cuyo artículo 7.3 (luego reproducido en el artículo 81.3 del CDFA) recoge una importante novedad sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, como lo es que tendrá una limitación temporal, bien acordada por las partes, bien fijada por el Juez en atención a las circunstancias concretas de cada familia. Esta nueva regulación (de plena aplicación ahora por virtud de lo previsto en las Disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA) no pudo, evidentemente, ser tenida en cuenta por los cónyuges cuando acordaron su convenio regulador. Ante esta situación, como ya indicó sentencia de esta Sala del día 12 de octubre de 2014, debe valorarse que, como la limitación temporal del uso de la vivienda, habiendo hijos, sólo era posible mediante

acuerdo antes de la Ley 2/2010 «el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal».

Consecuentemente, al igual que en tal sentencia se concluyó, si existe un cambio de circunstancias que determine a modificar el convenio inicialmente aprobado, su cambio puede y debe alcanzar también a lo pactado respecto del uso de la vivienda familiar. De modo que la sentencia que así lo aprecia no infringió la previsión legal ahora vigente que se aduce como motivo de recurso, por lo que debe ser desestimada tal razón de impugnación.

CUARTO.- Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña M^a Remedios G. C. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 10 de junio de 2014 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente a la recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

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

Dese su destino legal al depósito constituido y líbrese a la mencionada Audiencia

la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

9

NÚM. 9

S. TSJA 9/2015 de 13 de marzo de 2015

76: SUCESIÓN LEGAL: BIENES TRONCALES: *No lo es la vivienda construida sobre solar troncal: La condición de bien privativo del solar troncal no implica la troncalidad de la vivienda construida sobre el mismo, en este caso con dinero consorcial luego reembolsado al consorcio. Ni el art. 226.3.a) CDFa, ni el 1359 Cc. (que no es aplicable al consorcio conyugal), llevan a la conclusión de que lo edificado sobre un bien troncal adquiera también el mismo carácter troncal. El bien que el causante recibió de sus padres a título gratuito (art. 528.1 CDFa) fue el solar, y no otra cosa. Por otra parte, los alegados artículos de la accesión relativa a los bienes inmuebles (arts. 358 a 374 Cc.) tratan de resolver los problemas que nacen de la edificación, plantación o siembra en predios ajenos, lo que no ocurrió en nuestro caso. El bien resultante por la edificación sobre un solar troncal es un bien distinto del recibido de los ascendientes, sobre el que no se proyecta el carácter troncal del solar. No sería defendible que una persona, con la debida legitimación de parentesco, pretendiera ejercitar un retracto de abolorio de una edificación, sobre la base del carácter troncal del solar.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 226.3.a, 528.1 CDFa; 1359, 353 y ss. Cc.*

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor solicitó en su demanda, dirigida contra la viuda de su hermano D. Pedro Antonio, la declaración de que la vivienda unifamiliar sita en Zaragoza, dirección 000, núm. 000, es un bien troncal procedente de su hermano, fallecido el 11 de enero de 2012 sin descendencia y sin haber otorgado testamento, en estado de casado en segundas nupcias con la demandada. También solicitaba la declaración de que la vivienda es de su propiedad, por herencia de su hermano, así como la declaración de nulidad parcial de la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por la viuda el 20 de septiembre de 2012 y, finalmente, la entrega de la posesión de la referida vivienda, así como la condena a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a entregar la vivienda, y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Los hechos recogidos en las sentencias de instancia y de apelación, que no resultan controvertidos, parten del reconocimiento de que ambos hermanos eran propietarios proindiviso de un solar en el lugar de referencia, por haber sido heredado de su padre en cuanto a una mitad y la otra mitad recibida por donación de su madre. Mediante escritura de 3 de julio de 1995 cesaron en la proindivisión del solar y declararon la obra nueva de dos viviendas, privativas de cada uno, construida la del fallecido D. Pedro Antonio con dinero común del primer matrimonio, si bien en la liquidación de la sociedad conyugal se declaró que la vivienda era privativa y se compensó a la esposa con el importe correspondiente. D. Pedro Antonio, tras el divorcio con su primera esposa, contrajo segundo matrimonio con la demandada el 10 de septiembre de 2010, en régimen de separación de bienes, falleciendo el 11 de enero de 2012.

El actor, D. Carlos, instó la declaración de herederos abintestato respecto de los

bienes troncales de su hermano D. Pedro Antonio, aceptó la herencia el 6 de julio de 2012 e inscribió a su nombre la vivienda el 19 de julio de 2012.

La viuda, ahora demandada, instó la declaración de herederos abintestato respecto de los bienes no troncales de su esposo y aceptó la herencia el 20 de septiembre de 2012.

La demandada se opuso a la demanda y en su demanda reconvenional solicitó la declaración de su derecho de propiedad sobre la vivienda, la declaración de la nulidad parcial de la escritura de aceptación de herencia otorgada el 6 de julio de 2012 por el actor, en lo relativo a la vivienda, y que se ordenara la cancelación de la inscripción registral de la vivienda a favor del actor.

SEGUNDO.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con la siguiente argumentación:

«El inmueble es un bien distinto del solar sobre el que se construyó, lo que se hizo con dinero consorcial, con una nueva descripción registral, dividido en propiedad horizontal y constituyendo una finca independiente de la que se adjudicó a su hermano en el mismo solar, por lo que no se puede entender que forma parte del patrimonio familiar, lo que es fundamento de la troncalidad.

Por este motivo la edificación no puede ser considerada troncal desde el momento en que de forma voluntaria los hermanos construyeron sobre el solar troncal sendos edificios a cargo de sus respectivas sociedades conyugales, disolviendo la comunidad existente y adjudicándose cada uno de ellos una finca totalmente independiente, tal y como consta en el documento nº 3 de la propia demanda. Todo ello siguiendo el criterio sentado por el TSJA en sentencia de fecha 5 de octubre de 2012.

Los argumentos vertidos en la demanda relativos al carácter privativo de la finca en nada afectan a su carácter troncal, por cuanto la demandada ha sido declarada heredera de todos los bienes no troncales del esposo, entre los que es evidente que se incluyen los que fueran privativos constante matrimonio, los únicos que no pasaría a heredar son los bienes troncales pero sí los privativos de su cónyuge.»

La sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, insistiendo en que la condición de bien privativo del solar troncal no implica la troncalidad de la vivienda construida sobre el mismo, argumenta sobre este punto lo siguiente:

«QUINTO.- El núcleo del debate es lo que se plantea en esa alegación segunda, pues no se discute que fuera un bien privativo, por más que se reconociera reembolso a favor del consorcio. El conflicto pues se puede resolver completamente al margen de esa circunstancia, de suerte que el interrogante a despejar es si se mantiene la troncalidad en un bien sobre el que se han hecho por su propietario transformaciones que le alteran su identidad. No sería un bien troncal sino otro que ex-novo surgió en vida del causante, aunque sobre la base de otro anterior, como se ha dicho troncal, familiar.

La Sala se inclina por la última solución. Un bien troncal al que se le realizan tales transformaciones físicas y jurídicas ha perdido su identidad y ha generado un bien diferente en el tráfico jurídico. No es un solar sino una vivienda unifamiliar, sometida, además a un régimen de propiedad horizontal en el que, por lo tanto, se produce una yuxtaposición de elementos privativos del comunero con otros que pertenecen a la comunidad, en los que hay por tanto amenidad y alteridad.

La entidad económica del bien es nueva. Es la vivienda unifamiliar la que le otorga valor en el mercado. Se ha alterado la sus-

tancia del bien y por tanto nos encontramos ante un bien diferente cuya identidad trae causa, no del que fuera familiar, sino de la inversión y modificación realizada por el causante. La edificación y el solar son bienes que tienen una autonomía y diferenciación jurídica inicial como resulta implícitamente del art. 334 C.Civil. Pero la precisión que ese precepto contempla y define el derecho tras la incorporación, se considere esta última un modo de adquirir la propiedad o bien el ejercicio de una facultad extensiva del dominio, ese régimen jurídico, se repite, no permite ensombrecer, en lo que aquí ahora interesa, que el edificio incorporado es una cosa nueva que configura jurídica y económicamente un bien distinto al que en origen era un mero solar. Con la pérdida de identidad física y jurídica del solar, con una obra nueva sometida además al régimen de propiedad horizontal, no puede defenderse que la troncalidad se proyecte y alcance a un bien distinto por la transformación operada en él.

Ciertamente la edificación es un inmueble por incorporación (art. 353 C.Civil), de suerte que se produce una integración indisoluble entre el edificio y el suelo que forman ahora un todo que es diferente al bien inicialmente troncal, el mero solar. El mencionado precepto, el art. 353 C. Civil, que contiene la disposición *general en sede de accesión contempla un principio conforme al cual la cosa principal continúa incrementada con la accesoria a ella incorporada. Pero esto es relevante para delimitar el derecho de propiedad de lo nuevo, pero no significa que ese nuevo bien conserve otras singularidades, también jurídicas, que pudo tener el bien originario principal. Y tan esto es así que para los casos de accesión de edificaciones construidas en propiedad ajena, para los supuestos de buena fe, el dueño del terreno en que se edifique o sembrase de buena fe, tiene «derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que edificó o sembró, a pagarle el precio del terreno, lo cual ha*

de ser interpretado no sólo en su sentido literal, sino en el sentido de que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código (ss. De 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957), puesto que la «res nova» que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado, un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el art. 361, y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado, que al dueño del terreno sobre el que se edificó» (STS 31.12.1987). En definitiva la construcción por el causante y su hermano, ahora demandante y recurrente, de unas viviendas en régimen de propiedad horizontal, con dinero consorcial luego reembolsado al consorcio, constituye una alteración física y jurídica de tal entidad que permite afirmar que se ha alterado la sustancia del bien, sin que por lo tanto, al ser res nova, pueda predicarse del mismo la troncalidad que define el art. 528.1 C.DFA. La troncalidad del solar no se irradia a la nueva cosa que resulta de la obra nueva, se repite, en régimen de propiedad horizontal. Y si se quisiera invocar ese principio general de que lo accesorio sigue a lo principal, habría que recordar que las partes otorgaron un valor al solar de 1.174.611 pesetas y a la obra nueva de 14.216.182 pesetas, lo que deja al descubierto la esencialidad de la modificación operada sobre el bien originariamente troncal.»

TERCERO.- El primer motivo del recurso de casación lo articula la parte recurrente por inaplicación del artículo 226.3.a) del Código del Derecho Foral de Aragón (C.DFA), en relación con el artículo 1.359 del Código civil y sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1982, 10 de julio de 1995 y 16 de febrero de 1998, y aplicación indebida de la sentencia

dictada en fecha 5 de octubre de 2012 por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El motivo parte del reconocimiento de las partes, así recogido en ambas sentencias, de que el solar sobre el que D. Pedro Antonio construyó su vivienda era un bien troncal. Pero de ello deduce el recurrente que, aunque se haya construido sobre el mismo un edificio con dinero consorcial, el edificio ha quedado incorporado al solar y tiene el carácter de éste sin que la sociedad conyugal haya adquirido participación de cuota alguna sobre dicho bien.

Las sentencias de instancia y de apelación habían establecido con claridad que *«los argumentos vertidos en la demanda relativos al carácter privativo de la finca en nada afectan a su carácter troncal por cuanto la demandada ha sido declarada heredera de todos los bienes no troncales del esposo, entre los que es evidente que se incluyen los que fueran privativos constante matrimonio, los únicos que no pasaría a heredar son los bienes troncales pero sí privativos de su cónyuge»* (sentencia del Juzgado). Y la sentencia de la Audiencia Provincial: *«...pues no se discute que fuera un bien privativo, por más que se reconociera reembolso a favor del consorcio. El conflicto, pues, se puede resolver completamente al margen de esa circunstancia, de suerte que el interrogante a despejar es si se mantiene la troncalidad en un bien sobre el que se han hecho transformaciones que le alteran su identidad. No sería un bien troncal sino otro que ex-novo surgió en vida del causante, aunque sobre la base de otro anterior, como se ha dicho troncal, familiar.»*

Se parte así de que el solar era privativo, y también lo edificado por el reconocimiento entre los cónyuges, y se centra la cuestión a resolver en si un edificio construido sobre un solar troncal adquiere también la naturaleza troncal del solar. El recurrente así lo defiende en este motivo de su recurso con base en el artículo 226.3.a) del CDFEA en relación con el artículo 1.359 del Código civil.

El primero de los preceptos, en sede del consorcio conyugal y para fijar las reglas de las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges y el común, a los efectos de la liquidación de la comunidad (artículo 262-c para determinar el activo del común y artículo 265 para la liquidación), declara el derecho de reembolso del patrimonio consorcial por el importe de los bienes comunes empleados en la adquisición de bienes privativos, lo que en este caso nos lleva a la conclusión de que el fallecido D. Pedro Antonio adeudaba a la sociedad consorcial constituida con su primera esposa la parte correspondiente del dinero común empleado en la edificación de una vivienda privativa suya. Y, como hemos visto, así sucedió y en aquella liquidación tuvo que reembolsar aquel dinero, pero ello nada tiene que ver con la naturaleza troncal del solar o del edificio construido sobre el mismo.

Y el artículo 1.359 del Código civil, en sede de determinación de bienes comunes y bienes privativos, a los mismos efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que no es aplicable para la liquidación de la sociedad consorcial aragonesa, lleva a la conclusión de que en dicho régimen lo edificado sobre bienes privativos tiene ese mismo carácter, sin perjuicio del derecho de reembolso del patrimonio común del importe satisfecho a su costa (artículo 1.358).

Nada de lo anterior ha sido rebatido en el presente caso en el que, como se ha dicho, se parte de que el solar y la edificación eran privativos de D. Pedro Antonio, pero los preceptos alegados como infringidos no llevan a la conclusión de que lo edificado sobre un bien troncal adquiera también el mismo carácter troncal. Por ello el primer motivo del recurso debe ser rechazado.

CUARTO.- El motivo segundo se interpone por inaplicación del artículo 528.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 38.7 de la

Compilación del Derecho foral de Aragón, (ahora artículo 211.h del Código del Derecho Foral de Aragón), artículos 352 (en realidad, quiere decir 353) y 1.359 del Código civil y sentencia del Tribunal Superior de Aragón de 26 de abril de 2004, y aplicación indebida de los arts. 361 y 453 del Código civil.

Argumenta que, conforme al artículo 528.1 del CDFR, el solar era un bien troncal simple (lo que no es discutido) sobre el que el causante había edificado una vivienda privativa (tampoco discutido) y que, siendo un bien inmueble (artículo 334.1º Cc.), conforme al artículo 353 la propiedad da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, por lo que el edificio construido sobre un solar propiedad del causante pertenece, por accesión, al dueño del solar. De ello deduce que este edificio, por lo dispuesto en el artículo 1.359 Cc., tiene el carácter correspondiente al bien sobre el que se edifica, es decir, troncal.

Pero la base de tal argumentación no se sostiene porque, como se ha dicho, el artículo 1.359 Cc., además de no ser aplicable al caso, se encuentra en sede de sociedad de gananciales para determinar que el bien así edificado, sobre solar privativo, seguirá este carácter, el de bien privativo, pero nada tiene que ver con la troncalidad, ya que el precepto trata de resolver únicamente la relación entre patrimonios en una sociedad conyugal y en modo alguno puede permitir la extensión que el recurrente pretende.

El artículo 528.1 del CDFR no resulta inaplicable en la sentencia recurrida pues ninguna duda se suscitó respecto a que el solar era un bien troncal. La literalidad del precepto lleva a la conclusión contraria a la pretendida por la parte: «Son bienes troncales simples *los que el causante haya recibido* a título gratuito de ascendientes...». El subrayado es nuestro para resaltar que en este caso el bien que D. Pedro Antonio reci-

bió de sus padres a título gratuito fue el solar, y no otra cosa.

Y, más allá de la literalidad, la argumentación de la parte recurrente sobre la accesión tampoco puede ser aceptada. La regla general del artículo 353 Cc. es desarrollada en los artículos siguientes para los frutos (artículos 354 a 357), respecto a los bienes inmuebles en los artículos 358 a 374, y respecto a los bienes muebles en los artículos 375 a 383, pero en la regulación relativa a los bienes inmuebles se tratan de resolver los problemas que nacen de la edificación, plantación o siembra en predios ajenos, lo que no ocurrió en nuestro caso en que el constructor lo hizo sobre suelo propio y no ajeno.

No cabe, al amparo de la regla general contenida en el artículo 353 (propiedad por accesión de todo lo que se incorpora a un bien), pretender que al bien así incorporado se le propagan todas las características del bien inmueble al que se incorpora (salvo, conforme al artículo 334, la consideración de bien inmueble, ficticia en muchos de los casos ahí contemplados). Y menos aún al amparo de una norma como el artículo 1.359 relativa a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes.

Como bien expone la sentencia recurrida, desde el punto de vista de la troncalidad de los bienes el resultante por la edificación sobre un solar troncal es un bien distinto del recibido de los ascendientes, sobre el que no se proyecta el carácter troncal del solar. No sería defendible que una persona, con la debida legitimación de parentesco, pretendiera ejercitar un retrato de abolorio de una edificación, sobre la base del carácter troncal del solar. Menos aún tras una declaración de la obra nueva construida por los copropietarios del solar, división en propiedad horizontal y cese en la indivisión con adjudicación de una vivienda a cada uno de ellos.

En nuestro caso lo edificado sobre un solar privativo de los hermanos, y troncal simple por haberlo recibido a título gratuito de sus padres, fue declarado privativo por reconocimiento con sus respectivos cónyuges, con el consiguiente derecho de reembolso a favor del consorcio, sin que pudiera llevar aparejado tal reconocimiento de privatividad ninguna consecuencia sobre el carácter troncal de la edificación.

En consecuencia, debe igualmente rechazarse el segundo motivo del recurso, que resulta así íntegramente desestimado.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

10

NÚM. 10

S. TSJA 10/2015 de 4 de marzo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida: *El carácter preferente de la custodia compartida viene siempre supeditado al superior interés de los hijos menores, de tal manera que podrá acordarse la custodia individual si resulta más favorable para los hijos. En todo caso, la ponderación del interés del hijo menor se debe realizar partiendo de las circunstancias del caso concreto (entre otras, la distancia geográfica existente entre los domicilios de uno y otro progenitor, así como la corta edad del hijo), fijadas en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDF.A.

PONENTE: *Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.*

NÚM. 11

S. TSJA 11/2015 de 6 de abril 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Infracción de la preferencia legal: *Establecida por el legislador la custodia compartida como régimen preferente, la valoración de qué custodia responde mejor al interés del menor es hecha, en primer lugar, por el legislador, que considera que tal interés es mejor atendido por la custodia compartida. No es una decisión discrecional del Juez establecer uno u otro régimen de custodia, sino que, imperativamente, la ley aragonesa ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida (art. 80.2 CDF.A). Por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, podrá sustituirse el régimen preferente por la custodia individual cuando se considere mas conveniente para el menor en atención a los factores que el propio art. 80.2 prevé. Siendo todos los factores favorables a la custodia compartida, salvo el hecho de que los turnos variables del padre pueden dificultar la convivencia física de él con la hija, no fue ajustada al art. 80.2 CDF.A la decisión de excluir la custodia compartida. Voto particular.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDF.A.

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

En Zaragoza, a seis de abril de dos mil quince.

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 1/2015 interpuesto contra la

11

sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de noviembre de 2014, recaída en el rollo de apelación número 192/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 55/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Diego M. O., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Ortega Ortega y dirigido por el Letrado D. Javier Ferreira González, y como parte recurrida D^a. Sherezade R. S., representada por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigida por la Letrada D^a. Irene Romea Anadón, siendo parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Ortega Ortega, actuando en nombre y representación de D. Diego M. O., presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. Sherezade R. S. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó duplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia por la que «estimando íntegramente la demanda deducida ordene la guardia y custodia compartida de la menor Lydia M. R. en los términos señalados en fundamento fáctico cuarto de este escrito de demanda, sin hacer pronunciamiento en costas.» Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

Al ser requerido por el Sr. Secretario para la presentación del justificante de pago de la tasa, la parte renunció a su pretensión relativa a la vivienda familiar y concretada en el fundamento fáctico cuarto de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y

contestara a la demanda. Compareciendo en su nombre el Procurador de los Tribunales Sr. Pradilla Carreras bajo la dirección de la Letrada Sra. Romea Anadón, ambos designados en turno de oficio, contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, suplicando al juzgado «(...) dicte en su día sentencia por la que con desestimación íntegra de la demanda de modificación de medidas instada por la representación del Sr. M., se mantengan todos los efectos de la sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2011, y subsidiariamente se fije, en el caso de que se determine la guardia y custodia compartida, que ambos progenitores deberán contribuir proporcionalmente a los gastos con los ingresos que perciban y todo ello con expresa imposición de costas por su mala fe y temeridad civil».

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

TERCERO.- Practicada la prueba declarada pertinente, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 17 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ortega Ortega, en nombre y representación de D. Diego M. O. frente a D^{ña}. Sherezade R. S., debo declarar y declaro haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada el 22 de septiembre de 2011 en autos n^o 1189/2010-A en cuanto al régimen de visitas del actor con la menor Lidia, pudiendo el Sr. M. las semanas en las que su jornada laboral sea de tarde llevar a la menor al colegio todas las mañanas, recogiénola en el domicilio materno.- Permanecen invariables el resto de los pronunciamientos de la sentencia de divorcio.- Todo ello sin expresa condena en costas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Ortega Ortega, en nombre y representación de D. Diego M. O., presentó recurso de apelación contra la sentencia. Conferido traslado a la otra parte, contestó la parte recurrida, y previos los trámites legales, se emplazó a las partes para ante la Audiencia Provincial.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes, y practicada la prueba propuesta que fue admitida, en fecha 25 de noviembre de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Diego M. O. contra Doña Sherezade R. S. y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 17 febrero 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, sin especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.- Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir por don Diego M. O., al que se dará el destino que la Ley prevé.»

QUINTO.- La representación legal de D. Diego M. O. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Civil de Aragón.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 21 de enero pasado se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a las partes recurridas por veinte días para formalizar oposición.

Dentro de plazo, presentó escrito la parte recurrida, oponiéndose al recurso.

Se señaló para votación y fallo el día 11 de marzo de 2015, al no haberse solicitado la celebración de vista y no considerándola necesaria por la Sala.

No estando de acuerdo con la mayoría, el Magistrado Ponente inicial Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, anuncia Voto Particular y asume la Ponencia el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por sentencia dictada el día 22 de septiembre de 2011 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza acordó las medidas que debían regir la guarda y custodia de la menor Lydia M. R., nacida el día 10 de abril de 2007 en la relación de pareja estable de los litigantes, don Diego M. O. y doña Sherezade R. S.

Por iniciativa del padre se incoó el presente procedimiento de modificación de las medidas adoptadas en la resolución mencionada, en solicitud de que fuera establecida la custodia compartida respecto de la menor, así como el término de la obligación del demandante de abonar la pensión por alimentos de la niña, que había fijado la resolución de referencia en 200 € al mes. El mismo Juzgado antes citado dictó sentencia de 17 de febrero de 2014 en la que, estimando parcialmente la demanda, denegó el establecimiento de la custodia compartida y mantuvo el régimen previamente establecido de custodia individual a cargo de la madre no modificó el pago de la pensión fijada, y amplió el régimen de visitas con el padre, pues dio a éste la potestad de acompañar a su hija al colegio todas las mañanas, recogiendo en el domicilio materno.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 25 de noviembre de 2014 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso presentado.

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 de casación presentado se basa en la inadecuada aplicación que, sostiene el recurrente, ha hecho la sentencia recurrida del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), ya que considera, a lo largo de las varias alegaciones que contiene, que la resolución impugnada se ha apartado del principio de preferencia que la norma prevé respecto de la custodia compartida.

La resolución impugnada, por reproducción parcial del informe psicológico practicado, expone a lo largo de su Fundamento de Derecho tercero la concurrencia de las diversas circunstancias del presente caso y que evidencian la correcta aptitud de ambos padres para poder atender a su hija, la existencia del gran interés de ambos respecto del bienestar de la menor, los fuertes sentimientos entre ambos progenitores y la niña, así como el papel flexible, de colaboración y de cooperación parental en el cuidado y educación cotidiana de la hija, con correcta adaptación de ésta a la organización familiar, sin que se observen discrepancias significativas en sus respectivos estilos educativos de ambos progenitores, que pueden llegar a adoptar criterios educativos homogéneos y ser capaces de establecer de común acuerdo normas y pautas para la menor, proporcionándole una educación integral y sin discrepancias.

Hechas tales consideraciones, la sentencia no entra a cuestionarse, como tampoco lo hacen las partes en el presente recurso de casación, si había existido o no cambio relevante de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de dictar la sentencia primera, del día 22 de septiembre de 2011, sino que da por hecho tal

cambio, haciendo así propia la decisión del Juzgado de Primera Instancia de considerar procedente dar lugar a la modificación de medidas.

No habiendo así pronunciamiento respecto de si procedía la modificación de las medidas originarias, la sentencia recoge como primera conclusión que «las circunstancias del caso son, pues, inicialmente, favorables a la guarda compartida que el padre solicita».

Tal consideración previa de la sentencia recurrida se comparte ahora plenamente, pues responde a la regulación prevista en el artículo 80.2 CDFA, así como a la constante jurisprudencia sentada por esta Sala en su interpretación. Al respecto cabe citar, por ejemplo, sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2013 (Casación 23/2013), que indica que el precepto citado «(...) 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 el mismo precepto (...)».

Al lado de tal consideración esta Sala también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones señalando que la valoración de qué custodia responde mejor al interés del menor es hecha en nuestra regulación, en primer lugar, por el legislador, que considera que tal interés es mejor atendido por la custodia compartida. Así, por ejemplo, en sentencia de 10 de enero de 2014 (Casación 28/2013) se indicó. «(...) En derecho aragonés, a diferencia del derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, si ha definido con carácter preferente el criterio a seguir en interés del menor al decidir entre custodia compartida o individual, tal y como reiteradamente ha señalado esta Sala (así, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de

2012 y de 18 de julio de 2013). Tras sentar el artículo 76.2 del CDFA el necesario respeto al interés del menor, al tratar en concreto el artículo 80 la custodia a observar ordena en su apartado segundo que: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)». No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que «la custodia individual sea la 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 (...)».

En Aragón, por tanto, la decisión del órgano judicial debe partir de la concreción legal explícita de que el mejor sistema de custodia para atención del interés del menor se satisface con la custodia compartida. De modo que sólo cuando, tras la valoración de la prueba, quepa concluir indubitadamente la consecuencia de que se dan los presupuestos legales para exceptuar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto (...)».

Así, la ley aragonesa no permite que sea el órgano judicial el que, en el ámbito de su discrecionalidad, establezca uno u otro régimen sin un punto de partida previo, como sucede en otros cuerpos legales de vigencia en España, sino que, imperativamente, ordena como premisa primera y

principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida, pues, conforme a la literalidad de la primera aseveración del artículo 80.2 del CDFA: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)».

Tal régimen preferente cabe, sin embargo, que sea sustituido por la custodia individual que prevé la propia norma, si bien por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, pues sólo podrá hacer la salvedad a la custodia compartida cuando se considere más conveniente para el menor en atención a los factores que el propio artículo 80.2 prevé.

En conclusión, por tanto, partiendo de los hechos valorados en la sentencia impugnada, reproducción de los constatados en el informe pericial, en el presente caso fue correcta la conclusión inicial obtenida en la sentencia recurrida de valorar el régimen general de custodia compartida.

TERCERO.- Ahora bien, la conclusión inicial de la resolución recurrida en pro de la custodia compartida es luego, sin embargo, modificada en favor de la custodia individual, por reproducción de la conclusión que adopta la psicóloga que realizó la valoración obrante en las actuaciones. La sentencia hace suyos así no sólo los hechos y valoraciones técnicas constatados en el informe y a que antes ya hicimos referencia, sino también la conclusión final del psicólogo sobre qué régimen de custodia cabe establecer. Para ello parte la resolución impugnada, como hizo el informe que asume totalmente, de equiparar coparentalidad a permanencia preferente de la menor bajo el cuidado personal de uno de los progenitores en los momentos en que el otro no pudiera hacerse cargo por motivos laborales. Y, bajo el prisma de la definición de coparentalidad entendida como custodia de presencia física, considera que la madre

está en situación de desempleo, mientras que el padre tiene trabajo de turnos variables, de modo que debe concluir, necesariamente, que sólo la madre puede atender a la coparentalidad definida como presencia física.

Ninguna objeción procedía hacer, desde el punto de vista jurídico que ahora interesa, respecto de las referencias que antes ya se indicaron sobre situación mental, aptitud, estado anímico o sentimientos de los progenitores e hija contenidas en el informe que la sentencia hizo propio al concretar los hechos probados. Esta ausencia de reparos no cabe, sin embargo, sostenerla al tiempo de determinar, en aplicación de la ley, cuál debe concluirse como régimen a establecer, porque al resolver en términos jurídicos el informe pericial seguirá siendo de trascendental importancia, pero ahora, junto con lo constatado por la perito, incide en la decisión la previsión legal establecida, que no corresponde al psicólogo valorar, sino al Tribunal.

Al respecto, debe recordarse que el informe pericial no partió al fijar sus conclusiones, ni tampoco la sentencia recurrida al hacerlo propio, de la regulación legalmente establecida y antes citada. Uno y otra abordaron la cuestión desde el prisma previo de que la coparentalidad se realiza si el menor está en compañía de uno de sus progenitores, cuando la norma no parte de que tal concreción de la coparentalidad, pues el artículo 80.2 del CDFa da lugar a su realización mediante la custodia compartida. Al partir de entender la concreción de la coparentalidad como custodia física, la sentencia recurrida valoró únicamente el factor de conciliación de vida laboral y familiar previsto en el artículo 80.2, pues sólo los hechos de que el padre trabajara mediante sistema de turnos y la madre no tuviera actividad laboral fueron los determinantes de la excepción del régimen de custodia compartida. En cambio, que-

daron excluidos de la formación de la decisión final otros elementos recogidos en la norma, y esenciales, como lo son los citados en la propia sentencia, de correcta aptitud de padre y madre, su buena disposición, la adecuada relación afectiva que ambos tienen con la hija, la inexistencia de disparidad en el modo de educación que emplean, o el arraigo social y familiar existente.

CUARTO.- En resumen, por tanto, la única cuestión que podría en este caso haber dado lugar a excepcionar la custodia compartida es el hecho de que los turnos variables del padre pueden dificultar la convivencia física de él con la hija. Y esta circunstancia, por sí sola, no tiene la relevancia que se la da en contra del régimen de custodia compartida, entendida como la forma legalmente prevista como modo de asegurar la coparentalidad. Menos aún cuando, frente al posible inconveniente del trabajo del padre, la propia sentencia resalta la inexistencia de cualquier otro factor de los que pudieran presentar relevancia como contrarios a la custodia compartida, puesto que ambos progenitores son aptos para el cuidado de la menor, las relaciones entre ellos son correctas, y la niña tiene lazos afectivos y familiares adecuados con los dos.

En consecuencia, no fue ajustada a la previsión del artículo 80.2 la decisión ahora recurrida de excluir la custodia compartida, por lo que procede estimar el recurso y casar la sentencia impugnada, que queda sin efecto.

QUINTO.- Casada la sentencia, asume este Tribunal la función de juzgador de instancia. El informe pericial ya tratado no puso objeción especial al concreto modo de ejercicio de custodia compartida que proponía el demandante. Tampoco la parte demandada formuló motivo de oposición a él. Y de oficio no se observa que pue-

da existir razón para la modificación de lo solicitado. Por ello, será el acordado.

Respecto de la fijación de pensión de alimentos de la hija, consta en las actuaciones que la madre se encuentra en situación de desempleo, mientras que el padre tiene trabajo remunerado y estable. Esta situación puede dar lugar a una asimétrica situación respecto de las debidas atenciones que la niña necesita, pues puede verse sujeta a claras diferencias de atención económica de sus necesidades según esté con el padre o con la madre. Además, en el régimen de custodia compartida que se establece, la madre permanece en custodia directa de la menor más tiempo que el padre. En consecuencia, no es aceptable la pretensión del actor de que no se establezca pensión de alimentos a favor de la niña, sino que se considera como ajustada a la situación económica de uno y otro progenitor y para las necesidades de la hija la cantidad de 150 euros, actualizables anualmente conforme al IPC, que el padre deberá abonar mensualmente para atención de gastos ordinarios. Los extraordinarios, si son necesarios, se abonarán por partes iguales y, si son voluntarios, por el progenitor que decida hacerlos.

SEXTO.- La estimación del recurso de casación que tiene lugar conlleva la no imposición de las costas causadas con su tramitación, por imperativo del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimada sólo parcialmente la demanda, no procede hacer expresa imposición de las causadas en la instancia, en virtud de lo establecido en el artículo 394 de la misma norma.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación pro-

cesal de don Diego M. O., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 25 de noviembre de 2014 que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO: En su lugar acordamos que, estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas presentada por el recurrente ya citado respecto de las acordadas inicialmente por sentencia del día 22 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, en lo sucesivo, y salvo acuerdo de los progenitores, las relaciones familiares entre los demandantes y su hija menor se regirán por las siguientes medidas:

- La hija permanecerá con el padre los lunes y los martes de cada semana. El padre la recogerá en el centro escolar (o preescolar) cada lunes a la salida del colegio y la llevará el miércoles por la mañana al Centro escolar (o preescolar); en períodos no lectivos la recogida tendrá lugar el lunes antes de las 10 de la mañana en el domicilio materno, y la entrega se hará en el mismo lugar el miércoles antes de las 10 de la mañana.

- Permanecerá con la madre desde el miércoles hasta el lunes por la mañana, salvo los fines de semana en que el padre tenga el derecho de tenerla consigo, según se dice más adelante. La madre la recogerá el miércoles a la salida del colegio; en períodos no lectivos, la llevará el padre al domicilio materno el miércoles a las 20 horas.

- El padre tendrá derecho a la guarda y custodia de la niña, además, durante fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde (salida del colegio o las 17 horas en el domicilio materno). El fin de semana que, según lo dicho, le corresponda a D. Diego M. estar con su hija, ya no le devolverá al domicilio materno dado que los lunes y martes son días cuya responsabilidad de guarda y custodia corresponde al padre.

- El primer año, las vacaciones de Semana Santa corresponderán por entero a la madre, y las Fiestas del Pilar al padre, intercambiándose cada año el orden anterior, y así sucesivamente.

En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos iguales: desde las vacaciones escolares, hasta el 30 de diciembre el primero; y desde el 31 de diciembre hasta la vuelta al colegio el segundo, eligiendo el padre cuál disfruta en los años impares y la madre los pares.

Las vacaciones de verano –meses de julio y agosto– se repartirán en cuatro periodos iguales de quince días cada uno que disfrutarán de modo alterno con la niña cada uno de los dos progenitores.

Durante los periodos de vacaciones descritos, no habrá régimen de visitas para el otro progenitor, ni se cumplirá el régimen ordinario de guarda y custodia.

- Ambos progenitores tendrán siempre libre comunicación con la hija, siempre que ello no suponga interferir en el normal desenvolvimiento de la vida familiar del guardador en ese momento.

Por su parte, el resto de familiares del menor –abuelos, tíos, primos...– tendrán acceso a la niña durante el tiempo que por turno de custodia o régimen de visitas les corresponda en razón del vínculo materno o paterno que les una a la menor, y siempre bajo la exclusiva decisión del progenitor que en esos momentos lo tenga bajo su cargo. En cualquier caso se abstendrán los familiares de interferir en los regímenes de custodia y visitas establecidos, si bien tendrán derecho a la libre comunicación con la niña siempre que no perjudiquen el normal horario de Lydia.

- En concepto de alimentos de la hija menor, el padre abonará a la madre la cantidad mensual de 150 €, actualizable anual-

mente conforme al Índice de Precios al Consumo.

- Los gastos extraordinarios que cause la hija serán abonados por ambos progenitores a partes iguales si son necesarios, e íntegramente por el que los decida si son voluntarios.

TERCERO: No se hace expresa imposición de las costas causadas en la instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

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

Devuelvase al recurrente el depósito que constituyó.

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA

EL MAGISTRADO

ILMO. SR. D. JAVIER SEOANE PRADO

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que baso en las razones de discrepancia que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dos son las razones que me llevan a discrepar de la decisión mayo-

ritaria. La primera porque contradice la doctrina constante de esta Sala que requiere en los procedimientos de modificación de medidas la plena acreditación de una alteración relevante y estable de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de las adoptadas en un procedimiento anterior. La segunda, una vez más, por que entra a decidir el caso como si se tratara de una nueva instancia, contradiciendo en el presente caso, además, el criterio sustentado en las dos instancias y del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la primera cuestión.

La modificación de medidas previamente adoptadas en sentencia exige un cambio sustancial y duradero de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que lo fueron, según resulta de lo dispuesto en el art. 775 LEC, y 79.5 CDFA, que se corresponde con el ar. 91 CC.

Como dijimos en la sentencia nº 18/2014, de 23 de mayo, en Recurso de Casación nº 3/2014:

«De acuerdo con el art. 79.5 CDFA:

Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida.»

El precepto tiene su correspondencia en el art. 91 del CC, en el que, tras indicar la obligación del juez de determinar, en defecto de pacto, las medidas que hayan de sustituir a las provisionalmente adoptadas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, dispone que:

«Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»

En atención a esta regulación, los tribunales han venido estableciendo como doctrina la de que, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Son exponentes de esta doctrina las SS AP Madrid, Sec. 22.ª, 28/2014, de 14 de enero; AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 99/2014, de 18 de febrero; AP Cádiz, Sec. 5.ª, 600/2013, de 13 de diciembre; o AP A Coruña, Sec. 4.ª, 48/2013, de 13 de febrero; doctrina de la que se ha hecho eco la AP de Zaragoza en sentencias como la SAP Zaragoza, Sec. 2.ª, 400/2013, de 23 de julio, o la que ahora es objeto del recurso que estudiamos.

En estas últimas sentencias se dice:

«La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no

de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituída y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Art.º 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, n.º 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes».

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así (SAP de A Coruña, sec. 4.ª, n.º 379/2012, de 27 de septiembre).

En el caso, la sentencia de primera instancia señala que no ha tenido lugar una alteración de circunstancias que permita la modificación del régimen de guarda ahora en liza. Tampoco la sentencia de apelación menciona que haya ocurrido tal cambio habilitante de la modificación que se pretende, sino que procede como si se tratara de decidir la custodia por primera vez.

La falta de tal presupuesto fue puesto en evidencia por la parte recurrida en las dos instancias de pleno conocimiento, pues así lo hizo en su escrito de contestación a la demanda y en el de oposición a la apelación, única forma en que podía hacerlo dada su condición de vencedora. No lo reitera en el recurso de casación porque se hallaba constreñida por el ámbito de los motivos hechos valer por la parte contraria y el carácter excepcional de este recurso.

Pese a la insistencia de la parte, y que la sala repara en ese presupuesto, la opinión

mayoritaria pasa de puntillas sobre la cuestión, blandiendo como excusa que la sentencia de apelación –pese a doctrina sentada en la STC n.º 73/2009– no entra a cuestionarse si había existido cambio relevante o no de circunstancias, cuando sí lo había hecho el juez de primera instancia que concluye que es de apreciar cambio relevante de circunstancias y lo reiteraba la parte en la segunda instancia.

La falta de tal presupuesto para poder dar lugar a la modificación pretendida impedía volver sobre las medidas acordadas, por lo que su mantenimiento en lo sustancial no puede dar lugar a la infracción que se pretende del art. 80.2 CC por no haber respetado el criterio de custodia establecido en dicha norma.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la segunda razón de mi discrepancia.

De nuevo he de manifestar mi desacuerdo con el parecer mayoritario de la sala que en estos casos de custodia compartida acomete la decisión del caso pasando por alto la valoración del interés del menor que en el caso concreto realizan los juzgadores de instancia.

Al efecto ya he dicho en otras ocasiones, con criterio que ahora reitero, que el interés superior de menor es la guía para decidir toda medida que pueda afectarle, entre las que se encuentran las relativas a su guarda y custodia. Así ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDF, conforme al que:

«Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos».

Otras normas que recogen este principio son los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia, de 21 de septiembre de 1992; el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, en fin, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996.

Asimismo se recoge el interés del menor como el superior a satisfacer en toda decisión que le afecte en el art. 33 de los *«principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental»* aprobado por la Comisión para el Derecho europeo de familia en marzo de 2007; apartado 3 de la Declaración de Washington sobre la Reubicación Internacional de Familias, de marzo de 2010, y, por citar el último documento al respecto, el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 21 de febrero de 2015 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

La STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como *«estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional»*, y destaca como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (en parecidos términos SSTC 298/1993, 187/1996, y ATC 28/2001, de 1 febrero).

También pueden ser citadas en apoyo de la consideración del interés del menor como superior criterio de decisión las SSTJUE dictadas en los asuntos C 211/10 PPU y C 403/09 PPU, y el TEDH en los ca-

sos RAHIMI c. GRÈCE y LYUBENOVA c. BULGARIE.

Asimismo, el TS lo ha recogido en multitud de resoluciones, como las nº 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009.

Tal principio es de orden público y aplicable a toda ruptura de la convivencia de los progenitores, cualquiera que sea el derecho personal que resulte aplicable, por lo que no es dable entender que una norma de derecho civil autonómica pueda alterar la jerarquía de valores que establece.

CUARTO.- Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto.

El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la definición de lo que ha de entenderse por interés del menor, y omiten toda indicación para concretarlo, opta por establecer unos factores a que ha de atender el juez a la hora de decidir sobre qué sistema de custodia de la prole común menor de edad satisface de mejor modo el interés de ésta tras la ruptura de la pareja formada por los progenitores.

Comparto la opinión mayoritaria de que el art. 80 CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor, pero ello no implica sino la posición de partida en la que se ha de situar el juzgador a la hora de decidir el sistema más conveniente en el caso concreto. No significa, sin embargo, una jerarquía de este sistema sobre los demás posibles que desvíe al juez del interés superior del menor como única guía a la hora de decidir el caso concreto, y menos supedita la observancia de tal principio a ninguna otra consideración, como pudiera ser la defensa de la particularidad de la norma aragonesa.

Como resulta del mismo precepto, el juez aragonés, como el de derecho común, ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquél interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta y no jerarquizada de factores a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema preferente el que mejor se acomoda al interés del menor.

Ello supone la concesión de un margen de discrecionalidad cuyo ejercicio corresponde a los tribunales de instancia, y que no tiene otro límite que la observancia de los criterios señalados en la norma, y la exigencia de una motivación fundada en ellos que no implique una abierta infracción del mandato legal, que no es otro que el que la decisión sea tomada en interés del menor.

Esto es, la norma aragonesa pone al juez en la situación de partida de considerar que la custodia compartida es la que mejor atiende a las necesidades de menor a la hora de tomar la decisión sobre qué sistema se conviene mejor con las circunstancias del caso concreto, pero ello en modo alguno implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, como podría concluirse de la opinión mayoritaria cuando dice en el fundamento de derecho n° 2:

«No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.»

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial

un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que «la custodia individual sea la 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 (...).».

Los sistemas diferentes a la custodia compartida no son, por tanto, ninguna excepción, como tampoco lo es este sistema en el derecho común respecto de la custodia individual, como se ha encargado de señalar el TS en S n° 579/2011, de 22 de julio, sino el régimen normal a seguir cuando así lo exijan las circunstancias del caso.

QUINTO La opinión mayoritaria justifica la facultad de revisión en casación de la decisión tomada por la sala de apelación en la dicotomía cuestión de hecho cuestión de derecho y su significado en la labor de subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable, especialmente en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. Sin embargo, creo que el enfoque adecuado no éste, sino el de la posibilidad de control de la facultades discrecionales que la ley otorga a los tribunales de instancia para decidir el caso concreto.

Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Así lo ha entendido este Tribunal en SS n° 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S

614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa».

En parecidos términos se pronuncian las SS n° 228/2010, la n° 578/2011, o la n° 373/2013, de 31 de enero de 2013.

No lejos de tal planteamiento se encuentra este TSJ, en cuanto destaca el componente valorativo de la prueba y establece el necesario razonamiento como requisito de la sentencia que se aparte de la preferencia legal. Así en la S n° 36/2013, de 18 de julio, con cita de otra muchas que la preceden:

«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 es-

tablecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Esto es, lo que corresponde al recurso de casación en velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor fijado en la ley, no cualquier otra consideración.

SEXTO.- Aún cuando ello no se entendiera así, no es cierto que la sentencia de primer grado se aparte injustificadamente del criterio legal a favor de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFa, pues da las razones de ello cuando señala que:

«En muchas ocasiones los horarios de los padres no se juzgan concluyentes para descartar la custodia compartida y así, no parece que el caso del turno de mañana del Sr. M. la cobertura por tercero de las primeras rutinas de día debiese ser un obstáculo decisivo para el establecimiento de la custodia compartida; pero se entiende diferente el caso de los turnos de tarde, en los que habría de ser ese tercero quien recogiese a la niña del colegio y permaneciese con ella hasta la salida del padre de su trabajo a las 22 horas. Sin que parezca solución atendible un reparto diferente, con entrada en juego de la Sra. R., la madre, pues las alternativas en tal caso, habida cuenta de la distancia entre domicilios, deben ser descartadas por perturbadoras para la deseable estabilidad y normalidad en la vida de la menor. Por otro lado, la medida precisa para cuando el padre tenga turnos de tarde –que lleve a la hija al colegio todas las mañanas– servirá á a los fines que el Juez contempla, con beneficiosa incidencia en el problema del absentismo escolar que la Sra. R. ha favorecido y deberá evitar».

Razones que no son otras que la posibilidad de conciliar la vida familiar y la laboral, que es precisamente uno de los factores señalados en el art. 80.2.e CDFa, que son suficientes para eludir el criterio legal cuya desatención se erige como único motivo de casación, tal y como ha señalado esta Sala en Sentencias como la n° 38/2013,

de 31 de julio, en la que decíamos que la atribución de guarda individual que el caso se combatía «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–».

Por lo demás, no es cierto que como sostiene la recurrente el informe pericial practicado en el presente proceso concluya a favor del sistema de custodia compartida, sino que por el contrario, como señala la sentencia instancia, dicho informe coincide con el practicado en el anterior proceso en que sin perjuicio de una mayor presencia del padre en la vida de la menor, afirma que esta debe seguir pernoctando con la madre, sin perjuicio del régimen de visitas establecido. Y los informes de los peritos es otro de los factores que ha de ser examinado para decidir sobre el sistema de guarda de acuerdo con el art. 80.3 CDFA.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la naturaleza de los intereses en juego y la dificultad casuística que presenta la cuestión aconsejan no hacer aplicación del estricto criterio del vencimiento objetivo.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

En consecuencia con todo lo dicho, a mi parecer el FALLO debía haber tenido el siguiente contenido:

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de noviembre en el rollo nº 192/2014, que confirmamos.

2. No hacemos imposición de las costas del recurso.

3. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en Zaragoza a seis de abril de dos mil quince.

NÚM. 12

S. TSJA12/2015 de 7 de abril de 2015

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: DERECHOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CONVIVIENTES: Residir en la vivienda habitual durante un año: La sentencia interpreta el art. 311 CDFA, dentro del entorno en que surge la Ley 6/1999. Fue añadido en el trámite parlamentario. El legislador aragonés, tanto en la Ley de sucesiones como en la de parejas estables no casadas, optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno. Los derechos del art. 311 CDFA se derivan de la misma constitución de la unión estable extramatrimonial (como las ventajas del cónyuge viudo, cuya naturaleza y finalidad comparten) y deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y no a los de terceros. Lo que excluye toda posibilidad de que el supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción de la pareja. Si la ocupación de la vivienda era en precario, fallecido aquél a quien se le consentía el uso, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuar en ella que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 311 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación que D^a Virginia formula contra la sentencia que desestimó la apelación que interpuso contra la de primera instancia que dio lugar al desahucio que contra ella dedujeron D^a Ramona y D^a Evangelina en nombre y representación de su madre, D^a Brigida, para la recuperación posesoria de la finca sita en el Paseo 000, núm. 000-001, de Zaragoza se funda en único motivo: la infracción del art. 311 CDFA.

Como antecedentes necesarios para centrar la cuestión debatida es preciso señalar que: 1) no es discutido que la vivienda en cuestión pertenece en plena propiedad y en una mitad indivisa a la actora, quien a su vez ostenta el usufructo de la otra mitad de la que son nudo-propietarias sus mencionadas hijas; 2) la madre permitió en su día que su hijo D. Germán y su familia ocuparan el piso sin exigirles por ello pago de renta o contraprestación de ningún tipo; 3) que el día 11 de enero de 2014 la actora tuvo conocimiento de que su hijo convivía en el piso núm. 001, con D^a Virginia; 4) que, fallecido D. Germán el día 12 de enero de 2014, su compañera se negó a abandonar la vivienda cuando fue requerida para ello por la propietaria y usufructuaria, afirmando que tenía derecho a continuar ocupándolo como pareja sentimental del difunto.

Deducida demanda de precario, la sentencia de primer grado rechazó la excepción de cuestión compleja opuesta por la demandada, concluyó que la ocupación lo era a título de precario por falta de otro que le confiriera derecho a ella, y que no era de aplicación al caso lo previsto en el art. 311 CDFA alegado por la demandada, como superviviente de la pareja que la ocupaba, para sostener su derecho a mantenerse en la vivienda por tiempo de un año. Como consecuencia de todo ello dio lugar al desahucio.

La demandada recurrió en apelación con el único argumento de que había sido infringido el art. 311 CDFA, que entendía plenamente aplicable al caso, y la sección 4^a de la AP de Zaragoza dictó la sentencia que ahora se combate en casación, en la que daba la siguiente respuesta a la argumentación que sustentaba la apelación:

«SEGUNDO.- El motivo no se acoge. En efecto el art. 311.2 CDFA no puede entenderse en el sentido de generar un título y derecho del que carecía el miembro de la pareja fallecido. El derecho al uso temporal de un año se debe sustentar en el mismo derecho que se correspondía al premuerto, de manera que no puede alcanzarse la paradójica conclusión de hacer de mejor condición al sobreviviente que al premuerto cuando la posesión de la vivienda familiar se asentaba en razón, causa o título que atañía al premuerto.»

SEGUNDO.- Como primer motivo de oposición al recurso de casación, la recurrida sostiene, al amparo del art. 485 LEC, que concurren dos causas de inadmisibilidad, que este tribunal no apreció en su momento:

1) Falta de indicación de la modalidad de recurso de casación que se interpone.

2) Falta de interés legítimo de la recurrente por carencia sobrevenida de objeto, en tanto que desde el fallecimiento hasta la interposición del recurso habría transcurrido ya el año de ocupación a que afirma tener derecho.

La dinámica del recurso exige resolver en primer lugar las causas de inadmisibilidad alegadas.

TERCERO.- En lo que concierne a la primera de ellas, no es cierto que la recurrente haya omitido indicar la vía casacional emprendida, en tanto sostiene en justificación de los requisitos legales del recurso, si

bien con parquedad y evidente error mecanográfico, que:

«La sentencia cuya casación se pretende, está incluida, como susceptible de recurso de casación del art. 477.1 LEC, artículo 2.23 [sic] de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del art. 311 CDFA que en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, otorga al superviviente del derecho de residir gratuitamente en la vivienda habitual, independientemente de los derechos hereditarios».

El anterior párrafo dice sin ninguna duda que la vía utilizada es la de interés casacional porque la norma de aplicación tiene una vigencia menor de cinco años, de acuerdo con los arts. 2.2 y 3 L 4/2005 de 14 junio, de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre casación foral aragonesa conforme a los que:

«Artículo 2. Resoluciones recurribles en casación

Serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales:

...

2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional. El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía.

Artículo 3. El interés casacional

Se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos:

3. Cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.»

El patente error material de cita no puede impedir la admisión del recurso interpuesto, salvo con una rigurosa interpreta-

ción de las normas de enjuiciamiento contraria a los principios que deben regir el entendimiento de los requisitos procesales bajo la óptica de la tutela judicial efectiva.

Esta causa de inadmisibilidad ha de ser rechazada por tanto.

CUARTA .- Igual suerte merece el segundo de los obstáculos a la admisión del recurso que se hacen valer en el escrito de oposición.

Arguye la parte que ha desaparecido el interés en la continuación del proceso porque ha transcurrido ya el año por el que se habría de reconocer el derecho de ocupación que sostiene D^a Virginia como motivo de oposición a la demanda de recuperación posesoria formulada contra ella.

Contra tal razonamiento ha de ser observado que de acuerdo con el art. 413 LEC el cambio de circunstancias durante el proceso no se ha de tener en cuenta en la sentencia salvo que supongan la privación definitiva del interés legítimo de las pretensiones deducidas en él, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa, en cuyo caso habrá de estarse al art. 22 LEC. Esto es, la pérdida de objeto no supone una causa de inadmisión del recurso, sino una causa de terminación anormal del proceso de acuerdo con el art. 22 LEC, cuyo trámite ha sido obviado por la parte que ahora lo hace valer.

La falta de interés legítimo podría implicar la falta del gravamen que otorga legitimación al recurrente, lo que sí es un presupuesto para todo recurso, de acuerdo con el art. 448 LEC y la constante jurisprudencia que lo interpreta (STC 157/2003, o STS 58/2000 o 581/2006), pero tampoco por ello puede ser apreciada causa de inadmisibilidad alguna en el presente caso, en tanto que la cuestión de si la demandada ocupó la vivienda durante el tiempo posterior al fallecimiento de D. Germán con de-

recho o sin él no parece en modo alguno carente de interés para la recurrente.

QUINTO.- Rechazadas las causas de inadmisibilidad alegadas, y partiendo de que no es cuestionado en el recurso la existencia de una pareja de hecho constituida entre la recurrente y D. Germán de la que las sentencias de ambas instancias parten en su razonamiento, procede entrar en el único motivo de casación hecho valer, que afirma infracción por no aplicación del art. 311 CDFA.

Frente al razonamiento ya expuesto de la AP, que, siguiendo la misma línea que el que sirve de fundamento al juez de primera instancia, excluye toda posibilidad que la supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes del óbito de su pareja, de tal modo que si éste era el de precario, precario habría de ser el suyo, la recurrente sostiene que la claridad del precepto no ofrece ninguna duda, y que no somete el derecho de continuar en la vivienda común a ninguna condición relativa a su titularidad.

A tal efecto pregunta la recurrente «¿Dónde dice el Código de Derecho Foral Aragonés que el uso temporal de un año se sustente en el mismo derecho que correspondía al premuerto?»; y para hacer frente a la cita de las STS de 14 de octubre de 2014 y 6 de octubre de 2011 sobre la que la sentencia apelada arguye la imposibilidad de que el derecho de la supérstite sea de mejor condición que el del premuerto, pregunta «¿desde cuándo el Tribunal Supremo ha aplicado o interpretado el Derecho Foral Aragonés?».

SEXTO.- De acuerdo con el art. 311 CDFA:

«Artículo 311. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.

1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de

la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con *exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar.*

2. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.».

La interpretación de esta norma ha de ser llevada a cabo dentro del entorno en que surge, que no es otro que las distintas posturas adoptadas en orden al reconocimiento de efectos jurídicos civiles a las parejas extramatrimoniales, y la tensión generada entre estas normas y las que regulan los efectos de matrimonio, de modo que todo el debate legislativo se ha centrado en decidir en qué medida ambas realidades han de producir los mismos o diferentes efectos, y en especial los derivados de la extinción de la pareja, que fue el supuesto que más cuestiones había planteado ante los tribunales.

Alguna legislación las ha puesto en plano de igualdad, como ocurre con la DA Tercera de la L 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; otras por el contrario no les reconocen efectos jurídicoprivados, pero la mayor parte de las normas que se han ocupado de su regulación han adoptado una posición intermedia, como ocurre con la legislación aragonesa desde la L 6/1999, de 26 de marzo, de la comunidad autónoma de Aragón, relativa a parejas estables no casadas en Aragón.

El precepto ahora en cuestión proviene del art. 9 L 6/1999, llamado a regular los derechos del supérstite en caso de que tal forma convivencia se extinga por fallecimiento de uno de sus miembros.

La proposición de ley que inició la tramitación parlamentaria de aquella ley no

incluía referencia alguna al derecho de ocupación que se invoca en el recurso. Su inclusión tuvo lugar en trámite parlamentario, en el curso del que algún grupo manifestó su disgusto porque no se contemplaran derechos sucesorios del conviviente supérstite, que fue puesto de manifestó en la discusión de la enmienda nº 32 presentada por el PAR al art. 8, que se ocupaba de los efectos patrimoniales de la ruptura de la pareja, y condujo a una redacción transaccional que incorporaba un art. 8.ter con el texto que en su día tuvo el art. 9 L 6/1999 y hoy el art. 311 CDFA, que, bajo la rúbrica que se debe al informe de la ponencia, incorporó la regulación de las consecuencias de la extinción de la unión extramatrimonial por causa de fallecimiento que la proposición de ley no contemplaba.

Así, el representante del grupo al que se debía la iniciativa decía en su defensa en el pleno en que fue definitivamente aprobada como ley:

«Finalmente, se regula también qué sucede en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, donde explícitamente se establece que “el conviviente que haya sobrevivido tendrá derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año, con independencia de los derechos hereditarios que se le atribuyan”».

A lo que el representante del grupo que reclamaba mayores derechos sucesorios contestó:

«Y el segundo aspecto al que me quería referir, señorías, es el de los derechos sucesorios. Efectivamente, no se otorgan derechos sucesorios. Acabamos de aprobar hace dos Plenos la Ley de Sucesiones, y todos convinimos en que era una ley muy importante. Pues bien, legislamos sobre nuestro derecho propio, pero luego no lo aplicamos a una figura nueva como es la de las parejas estables no casadas. Y digo que no se otorgan derechos sucesorios, salvo que alguien considere como decisivo, transcendental, importantísimo, el artículo 8 ter,

que desde luego no va a contar con nuestro apoyo, en el que se dice que lo que se concede es –y cito textualmente– “el mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual”. O que se considere como algo transcendental “residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año”.»

SÉPTIMO.- La doctrina se ha encargado de diferenciar, de entre los derechos que corresponden al cónyuge viudo al fallecimiento del otro, aquellos que tienen por causa el fallecimiento –los derechos sucesorios– de los que surgen del matrimonio mismo y que se manifiestan en aquél momento, diferencia que ha sido acogida por la DGRN para salvaguardar el principio de unidad de la sucesión que rige el sistema de conflicto de leyes en España (SSTS 887/1996, Recurso 3524/1992; 849/2002 Recurso 976/1997) tras la reforma del art. 9 CC por la L 11/1990 cuando busca una solución armónica al problema que plantea desde entonces la interpretación conjunta de los arts. 9.2, 9.8 y 16.2 CC (RRDGRN de 11 de marzo y 18 de junio de 2003, y de 5 de febrero de 2005).

Entre los segundos se hallan las llamadas predetracciones o ventajas recogidas en el art. 1321 CC, y, en el derecho aragonés, el art. 57 de la Compilación, con contenido que pasó al art 84 L 2/2003, y a través de él al art. 266.2 CDFA, para el caso de que el matrimonio se extinga por muerte de uno de los cónyuges, que tienen como punto común el que los bienes y derechos sobre los que recaen han de ser descontados del lote del supérstite en la liquidación, y en todo caso del régimen de la sucesión del premuerto, lo que implica que han de referirse a bienes y derechos existentes en el matrimonio, y no de terceros.

OCTAVO.- Dicho todo lo anterior podemos continuar la averiguación del sentido que haya de ser dado al art. 311 CDFA.

Su objeto es regular los derechos atribuidos por ministerio de la ley al supérstite de la pareja extramatrimonial cuando su extinción se produce por fallecimiento del otro.

De entre los derechos que la ley atribuye al cónyuge viudo, el legislador aragonés optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno en la ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte [hoy del libro tercero del CDFFA], que perseguía una regulación completa del mismo, pese a que tal fórmula de convivencia sí fue contemplada en la discusión de esta ley, en la que se presentaron sin éxito sendas enmiendas para incluirla dentro de la regulación de las causas de indignidad y de desheredación (enmiendas 36 y 319).

Siguió el mismo criterio en la L 6/1999, pues así se desprende de su tramitación, y de la marginación de todo derecho hereditario en los derechos que el hoy art. 311 CDFFA atribuye a aquel de la pareja que sobrevive, como resulta de las expresiones «*cualquiera que sea el contenido..., del testamento o de los pactos sucesorios*» (párrafo 1º), e «*independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran*» (párrafo 2º).

Los derechos de que se trata se derivan, pues, de la constitución misma de la unión estable extramatrimonial, como ocurre las predetracciones y ventajas de que disfruta el cónyuge viudo, tienen la misma naturaleza que ellas y persiguen la misma finalidad de protección del supérstite, por lo que al igual que aquellas deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y establecidos con el fin de excluirlos de la liquidación del haber común y de la sucesión del premuerto. En definitiva, lo que se pretende con la norma es dejar a salvo el derecho de ocupación anual de los derechos adquiridos por quienes suceden al fallecido, como claramente se desprende de la dicción legal.

Si esto es así, no cabe sino referir este derecho de prorrogar la ocupación de la vivienda común al derecho en virtud del cual ésta tenía lugar antes de la extinción de la pareja, del mismo modo que el derecho *al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual* de que se ocupa el primer párrafo del precepto en cuestión ha de referirse a los existentes en la pareja antes de su desaparición, lo que excluye toda posibilidad de que el supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción, como con toda razón arguyen las sentencias ambas instancias.

La propia mención a la herencia del difunto que contiene el precepto en sus dos párrafos abona esta idea, en cuanto pone el énfasis en ella con el fin excluir los derechos del supérstite del régimen a que pueda estar sujeta.

En consecuencia, si la ocupación de la vivienda se llevaba a cabo durante la convivencia sin título que diera derecho a ella, fenecido aquél a quien se le consentía, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuarla que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario a que se ha dado lugar en la instancia.

En conclusión, no es de apreciar la infracción por inaplicación del art. 311 CDFFA que se denuncia en el motivo.

NOVENO.- las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ .

NÚM. 13

S. TSJA 13/2015 de 8 de mayo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Interés superior del

menor: *La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el art. 76.3.a) CDFa, pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado. Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso, tal como impone el art. 76.2 CDFa, atendiendo al superior interés del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia. Así se desprende de los documentos internacionales (que la sentencia cita), de las normas constitucionales (art. 39.4 CE) y de la normativa aragonesa (arts. 76.2 CDFa y 3.3.a y c, 13, 21, 46.i Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón). Así ha sido señalado también por el TC, el TS y el propio TSJ de Aragón (Ss 8 y 10/2011, de 13/7 y 30/9).*

Ejercicio de la autoridad familiar: *El art. 80.1 CDFa dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Tales funciones vienen relacionadas en el art. 65 CDFa. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. En los casos en que no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con su padre, razones de prudencia indican la conveniencia de –al menos en una etapa inicial– no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. Por otro lado, la restricción del régimen de visitas no dificulta el ejercicio de otras funciones propias de la autoridad familiar (colaborar con el otro*

padre, participar en la toma de decisiones fundamentales).

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 76.3.a) y 80.1 CDFa.*

PONENTE: *Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que estimó la demanda de reclamación de paternidad e impugnación de filiación matrimonial acordó, entre otros extremos, el establecimiento de un régimen de visitas a favor del actor –y ahora recurrente en casación– en virtud del cual éste podría comunicarse con su hijo en la sede del Punto de Encuentro ubicado en la calle Blasón Aragonés nº 6 de Zaragoza los miércoles, sábados y domingos, de 17 a 20 horas. Este régimen horario era el que se había pedido en el suplico de la demanda.

La codemandada Sra. V. apeló la sentencia en lo concerniente al régimen de visitas alegando que, habiendo trasladado su residencia y por tanto la del niño a Valderrobres (Teruel), lo dispuesto en la sentencia resultaba gravoso para el menor, dada la distancia entre dicha localidad y Zaragoza.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación, para lo que razonó así:

«En el caso de autos es claro que el viaje impuesto a un niño de tres años, durante tres días todas las semanas, de 140 km ida, y otros tantos de vuelta, uno de los días recién salido del colegio, altera de forma sustancial sus rutinas, hábitos y su vida cotidiana, sometiéndolo a un cansancio y alteración indeseables, impidiéndole incluso, disfrutar de un solo fin de semana tranquilo en su domicilio con su madre, y culminar su horario escolar.

En estas condiciones, debe aceptarse, dada la revisión de oficio que admite la materia que nos ocupa, trasladar el lugar de cumplimiento de las visitas al Punto de Encuentro de Alcañiz los miércoles alternos, en horario de 18 a 19,30 h, y establecer los sábados alternos en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza de 11 a 13,30 h, de forma que una semana se ejercerán las visitas los miércoles y la siguiente el sábado en la forma referida».

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de casación se invocan como infringidos los artículos 59 b), 60.1 y 76.3 a) del CDFa, y en el segundo los artículos 59, 76.3 b) y 80.1 del mismo cuerpo legal. Pese a esta cita plural de preceptos en cada uno de los motivos, la lectura del escrito de recurso revela que lo que la parte sostiene es que la modificación –que hace la sentencia de segunda instancia– del régimen de visitas conculca el derecho del menor a un contacto regular con su padre (artículo 76.3 a) y asimismo el del progenitor recurrente a un régimen de visitas que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1). De ahí que el recurrente interese, en uno y en otro motivo, el análisis conjunto de la pretendida infracción de preceptos que en cada uno de ellos se invocan.

TERCERO.- La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el artículo 76.3.a), pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado.

Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso atendiendo al superior interés del menor, tal como impone la regla del apartado segundo del precepto citado. En efecto, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tener-

se en cuenta ese interés superior, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFa, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso «ex officio» sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer «incluso por encima del de sus progenitores» (STS Sala 1ª de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

CUARTO.- En el supuesto presente, y como señala el representante del Ministerio Fiscal, la modificación del régimen operada por dicha sentencia se justifica por una serie de circunstancias de hecho, según ha quedado recogido arriba: la edad del niño, sus horarios y, sobre todo, la distancia entre Valderrobres y Zaragoza. No es cierto, frente a lo que afirma el recurrente, que el régimen inicialmente establecido se haya restringido sin motivo ni causa, ni que se prive innecesariamente al niño de un contacto fluido con el padre. Mantener el sistema acordado en la primera instancia hubiera comportado imponer al niño hacer un recorrido de 280 km (entre ida y vuelta) tres veces por semana, lo que resulta sin duda muy gravoso para él. Es indudable, por tanto, que la modificación se ha hecho en su beneficio.

Ciertamente, la solución adoptada por la Audiencia es opinable, y cabría haber fijado un régimen más amplio de estancias del padre con el hijo. Ahora bien, no pasa inadvertido a esta Sala el dato de que el padre, en su oposición al recurso de apelación, interesó con carácter principal la confirmación íntegra de la sentencia apelada, y subsidiariamente, un régimen modificado pero *desarrollándose en todo caso en Zaragoza*. Esta falta de disposición del padre a llevar a cabo desplazamientos para estar con su hijo, que no se concilia bien con su manifestado deseo de intensificar su relación con él, explica también el régimen finalmente acordado. En consecuencia, debe concluirse que no sólo no se ha producido vulneración legal sino que la solución dada al problema no es arbitraria sino razonable.

Por tanto, el motivo se desestima.

QUINTO.- Debe examinarse a continuación el segundo motivo de recurso, para determinar si lo acordado vulnera el artículo 80.1 del CDFA en cuanto dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Realmente, la parte no concreta ni razona por qué el régimen instaurado impide ese ejercicio, sino que se limita a afirmar que «no se precisan grandes esfuerzos intelectuales para advertir que dicho ejercicio se ve menoscabado si las visitas se reducen a tan solo hora y media semanal».

Tales funciones vienen relacionadas en el artículo 65 del CDFA. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. Debe considerarse también que, en casos como el que se nos plantea, donde no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con el padre biológico, razones de prudencia indican la conveniencia de –al menos en una etapa inicial– no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. No se trata, como sugiere el recurrente, de «premiar» lo que reputa comportamiento irracional de la madre del niño, sino de adoptar, en una situación de conflicto, la solución que más beneficie el interés de aquel. A este interés, como acabamos de recordar, debe subordinarse cualquier medida que se adopte. Y en este caso no puede prescindirse de las circunstancias de lejanía geográfica y demás concurrentes, que han determinado la decisión recurrida. Por otro lado, y como señala el TS en su sentencia de 26 de octubre de 2012: «Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a am-

bos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor...». Pues bien, en lo que hace a esta importante manifestación de las funciones propias de la autoridad familiar, no parece tampoco que vaya a verse dificultada por la restricción del régimen de visitas.

Es consecuencia de lo anterior, la desestimación de este segundo motivo.

SEXTO.- Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gonzalo L. A. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 19 de diciembre de 2014 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Contra esta sentencia no cabe recurso.

Dese su destino legal al depósito constituido y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

NÚM. 14

A. TSJA de 8 de mayo de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Causas de inadmisión: *La Sala acuerda no admitir el recurso de casación ni el de infracción procesal porque, conforme al Acuerdo no Jurisdiccional del TS de 30 de diciembre de 2011, concurren las siguientes causas de inadmisibilidad: a) Para el recurso de casación: «La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (art. 481.1 Lec.)». La heterogeneidad de preceptos que se denuncian como infringidos incumple la técnica casacional que exige claridad en los motivos del recurso (ATS 17/7/2007 (recurso 2254/2003). b) En cuanto al motivo de infracción procesal: «La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo, cuando, al amparo del art. 469.1.4 Lec., se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental». Además es de aplicación la DF 16 de la Lec, punto 1, regla 5ª.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 481.1, DF 16, punto 1, regla 5ª, Lec.*

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

NÚM. 15

S. TSJA 14/2015 de 14 de mayo de 2015

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA.

ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA ADMINISTRATIVA: Primacía del interés del menor: *En las normas internacionales, nacionales y en la jurisprudencia el interés del menor se erige en guía de toda posible intervención referida a los cuidados y tutela adecuados. En pro de tal interés, el derecho de los progenitores cederá si su atención puede dar lugar a un perjuicio al niño (STS 31/7/2009). El principio de primacía del cuidado del menor, frente al posible derecho de visitas de uno de los progenitores en este caso, se recoge en la combinación de los arts. 3, 51 y 61 Ley 12/2001, de Infancia y Adolescencia en Aragón. La directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a que no sea perjudicial para el menor. Aunque la desatención del menor por el padre haya sido involuntaria, lo relevante es que el niño nació en 2009 en situación de desamparo y el acogimiento se ha prolongado ya cinco años, situación en la que incluso las visitas del padre resultarían perjudiciales a la estabilidad y bienestar del menor.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 3, 51 y 61 Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

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

aparente, y lo es cuando se ejercita por camino, senda o carril: lo decisivo es que se detecten realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre (Ss. APH 15/5/2008 y 28/2/2011 (y las en esta última citadas). Sobre las servidumbres aparentes en la Compilación (art. 147) y el recurso supletorio al art. 532 Cc. para determinar qué ha de entenderse por apariencia y por signo aparente, se reproduce lo dicho en las Ss TSJA de 18/6/2010 y 25/11/2009. En el caso se tiene por acreditada la apariencia y el uso del camino de paso por el tiempo preciso para usucapir, se estima el recurso, se casa la sentencia de la APH y se confirma íntegramente la del Juzgado de Boltaña.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 Comp., 532 Cc.

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

En Zaragoza, a veinte de mayo de dos mil quince. En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 10/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 30 de diciembre de 2014, recaída en el rollo de apelación número 235/2012, dimanante de autos de Procedimiento ordinario núm. 424/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Boltaña, en el que son partes, como recurrente, D^a. Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, representados por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigidos por el Letrado D. Javier Laliena Corbera, frente a D^a. Purificación, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar

NÚM. 16

S. TSJA 15/2015 de 20 de mayo de 2015

84: SERVIDUMBRES: APARENTES: *De paso: Se estima el motivo de infracción procesal por error en la valoración de los medios de prueba válidamente practicados para la acreditación de la existencia del camino de paso. Se recoge la doctrina de la Audiencia Provincial de Huesca sobre la servidumbre de paso, que puede ser o no ser*

Artero Fernando y dirigida por el Letrado D. Jorge Muro Durán.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Uno de Boltaña, la Procuradora de los Tribunales D^a Elisa Bernués Sauque, actuando en nombre y representación de D^a Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, presentó demanda de Juicio Ordinario contra D^a Purificación en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda:

«1º.- Se declare que la finca de la demandada (finca registral núm. 000 del Registro de la Propiedad de Boltaña, parcela catastral núm. 001) está gravada con una servidumbre de paso de personas y vehículos a favor de la finca propiedad de mis mandantes (finca registral nº 002 del Registro de la Propiedad de Boltaña; parcela catastral nº 003), servidumbre que se concreta en un camino que partiendo desde el camino denominado «BARRIO 000», atraviesa la indicada finca de la demandada hasta llegar a la de mis poderdantes, con una anchura de 2,44 metros y con el trazado que se determina en el informe y planos adjuntos al mismo elaborado por el ingeniero agrónomo D. Narciso, aportado como documento número 18 de esta demanda.

2º.- Se declare que la demandada destruyó el camino de servidumbre indicado impidiendo el paso por el mismo a mis mandantes a pie y en vehículos.

3º.- Se condene a la parte demandada a estar y pasar por estas declaraciones y, en consecuencia, se le condene a permitir a

mis mandantes como propietarios del predio dominante el paso por el camino para acceder a su finca, a pie y con vehículos, y para ello, se le condene a la realización de las obras necesarias para la efectiva restitución del camino a la fisonomía que tenía antes de ser destruido, siendo estas obras las que se recogen en el informe pericial antes referido (documento número 18 de la demanda), o las que, en su caso, se determinen en la prueba a practicar en el presente procedimiento.

4º.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se dictara sentencia por la que se desestime la demanda en su totalidad, con expresa condena en costas a la parte demandante.

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Uno de Boltaña, dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«**ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Sra. Bernués, en representación de Evangelina, Ambrosio y Domingo y, en consecuencia, **DECLARO** que la finca de la demandada (finca registral nº 000 del Registro de la Propiedad de Boltaña, parcela catastral nº 001), está gravada con una servidumbre de paso de personas y vehículos a favor de la finca propiedad de los actores (finca registral nº 002 del Registro de la Propiedad de Boltaña, parcela catastral nº 003), **CONDENANDO** asimismo a la parte demandada a la realización de las obras necesarias para la efectiva restitución del camino a la fiso-

nomía que tenía antes de ser destruido, siendo estas obras las que se recogen en el apartado nº 5 del informe pericial del Sr. Narciso que obra en autos.

Condeno en costas a la parte demandada.»

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Cebollero Galicia en nombre y representación de D^a Purificación, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Uno de Boltaña, se dio traslado del mismo a la contraparte, quien se opuso al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, y comparecidas las partes, con fecha 30 de diciembre de 2014 la Audiencia Provincial de Huesca, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandada Purificación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos y dejamos sin efecto dicha resolución.

En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la representación de Evangelina, Ambrosio y Domingo y, en su virtud, absolvemos a la expresada recurrente respecto de los pedimentos formulados en su contra y condenamos a los referidos demandantes al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin imposición de las correspondientes a esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.»

CUARTO.- El Procurador Sr. Bonilla Sauras en nombre y representación de D^a Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, interpuso ante la Audiencia Provincial de Huesca recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación para

ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, fundamentado en el motivo previsto en el art. 469.1º.4º Ley de Enjuiciamiento Civil, «vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución» y en la infracción del art. 147 de la Compilación de Derecho Foral Aragonés.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Huesca acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por la parte recurrente el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y por la parte recurrida la Procuradora D^a Pilar Artero Fernando, se nombró Ponente, a quien pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de 4 de marzo de 2015 se admitió a trámite el recurso y se dio traslado a la parte recurrida para oposición, presentando escrito dentro de plazo, oponiéndose al mismo.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 28 de abril de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Boltaña examina en su fundamento segundo los requisitos del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento de la interposición de la demanda, exigibles para que opere la prescripción adquisitiva de la servidumbre a favor de los actores. Y dice:

El citado artículo establece que: «Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y ... entre ausentes, sin necesidad

de justo título ni buena fe». En este sentido, por lo que respecta a la apariencia de la servidumbre, lo cierto es que con ocasión del reconocimiento judicial del terreno no se pudo constatar la existencia de camino alguno sobre la finca de la demandada, si bien hay que tener en cuenta que ello se debe a una actuación unilateral por parte de la demandada llevada a cabo en el año 2007 y que consistió en el desmonte del terreno por el que supuestamente transcurría el camino. Sin embargo, de especial importancia resulta el Acta Notarial de presencia y protocolización de fotografías de 25 de noviembre de 2007, por haber sido realizada cuando todavía no se habían finalizado las obras efectuadas por la demandada. De las fotografías incorporadas en el Acta se desprende la existencia de un camino que atravesaba la finca propiedad de la demandada y que conectaba la finca propiedad de los actores con la carretera que conduce al barrio 000. Asimismo, en las fotografías se observa un vehículo todo terreno estacionado en el camino controvertido, lo que demuestra que por el mismo era posible el tránsito de vehículos. Pero es que además, de las declaraciones de los testigos que depusieron en el acto del juicio se desprende que el camino como tal sí que existía y estaba a la vista de todos, y que lo que se pone en duda realmente es el tránsito de personas y de vehículos por dicho camino durante el tiempo exigido por la Ley. Así, el testigo Sr. Eloy, propuesto por la demandada, reconoció a preguntas de los Letrados que sí que había visto el camino que une la carretera con la casa 000, pero que no había visto pasar a nadie por allí.

En este sentido, por aplicación supletoria del Código Civil a tenor del artículo 1.2 de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia

(artículo 532 del Código civil). La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales o inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino, senda o carril. Por tanto, lo decisivo no es la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre susceptible de fundar la usucapión sin necesidad de justo título ni buena fe (SAP Huesca, de 15-5-2008).

Por tanto, queda acreditado que en este caso estamos ante una servidumbre aparente, a pesar de que en la actualidad no queden signos externos de la misma por haberlos hechos desaparecer la parte demandada, lo cual, no puede perjudicar el derecho de los actores. Además, con la prueba testifical se acredita que el camino en cuestión no era de uso exclusivo de los demandantes sino de todos los vecinos del pueblo, puesto que daba acceso a otras propiedades colindantes a casa 000, como la del Sr. Santos, lo cual incluso llevó a alguno de los testigos a afirmar en el acto del juicio que dicho camino era de titularidad pública. Tanto Don. Santos, como el Sr. Adolfo y la Sra. Marisol, vecinos todos ellos de barrio 000, corroboraron en el acto del juicio la existencia del camino, afirmando que el mismo había sido utilizado por personas, animales y vehículos desde los años

60 hasta el año 2007. Tales afirmaciones no pueden ser desvirtuadas por las manifestaciones de los testigos de la parte demandada, ya que, por una parte, Begoña es hija de la demandada y Ramón primo hermano de la misma, por lo que tienen un interés directo en el procedimiento. Por su parte, el testigo Don. Eloy, si bien manifestó que no había visto pasar a nadie por ese camino durante el tiempo en que vivió en barrio 000, manifestó que el mismo vivía en la entrada del pueblo, es decir, en la parte de abajo, siendo que el camino litigioso se encuentra en la parte alta, lo que justificaría tales declaraciones. Además, el hecho de que desde el año 1971 exista otro acceso a la finca de los actores por la parte noroeste no es óbice para negar la adquisición de la pretendida servidumbre, pues siendo ésta de carácter voluntario (y no legal o forzoso) no exige que concurren los requisitos de necesidad y utilidad invocados de contrario, sino únicamente la apariencia y el uso continuado durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, los cuales han quedado acreditados con la prueba practicada en el acto del juicio, sin que pueda alegarse que tal uso se efectuó a espaldas de la demandada o sin conocimiento de la misma ya que el signo aparente del camino durante más de cuarenta años y el uso por varios vecinos del pueblo y no sólo por los actores, resulta incompatible con un uso oculto o clandestino del mismo, siendo, por ello, tal posesión hábil para usucapir, por lo que se debe estimar la demanda en este punto en el sentido de declarar que la finca de la demandada está gravada con una servidumbre de paso a favor de la finca de los actores.»

En el fundamento tercero fija las características de la servidumbre a partir del único informe técnico obrante en autos, elaborado por el Sr. Narciso a propuesta de los actores, quien llega a la conclusión de que el camino disponía de una anchura de 2,44 metros y de una longitud de 15,50 metros, lo que, según la sentencia, «posibilita el paso de vehículos puesto que como ha quedado

acreditado con las declaraciones de los testigos y con el Acta Notarial su tránsito se venía haciendo antes de la demolición.»

SEGUNDO.- La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca revocó la anterior del Juzgado por los motivos que expone su fundamento segundo:

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia se parte de la base de que se ha demostrado que, antes de que en el predio de la demandada se realizasen las obras que eliminaron los signos exteriores de servidumbre, tales signos existían y revelaban la forma de uso del paso. La Sala, sin embargo, considera que la prueba practicada no permite llegar a dicha conclusión. Teniendo en cuenta que los linderos de las fincas de ambas partes resultan claros a través de las fichas catastrales y de la documentación cartográfica aportada en los autos, sostiene la parte actora que había un camino que fue utilizado desde los años sesenta hasta la realización de las citadas obras, discurriendo tal camino en su mayor parte por la finca de los demandantes y sólo en unos quince metros de longitud, que es la distancia aproximada entre la carretera y el límite de las dos propiedades contiguas, por la finca de la demandada. En el tramo que discurre por la finca de los actores existen, es cierto, signos evidentes de camino o senda, aunque sólo fuera apto para el paso de personas y no para el de vehículos en todo su recorrido, y así lo demuestran las fotografías unidas al acta notarial, que fueron realizadas antes de que concluyeran las mencionadas obras. Sin embargo, el estado de los trabajos ya ejecutados al momento de tomarse las fotografías impide distinguir en éstas la existencia de signos externos de servidumbre en la finca de la demandada. Y si bien el tramo del camino que discurre por la finca de los actores se interrumpe bruscamente en las fotografías al llegar al límite con la finca de la demandada, siempre por efecto de las obras ya comenzadas,

tampoco hay por qué presumir que los quince metros que separan la carretera de ese linde tenían que presentar una homogeneidad en cuanto a su aspecto externo con el tramo de la finca del actor.

En cuanto a la prueba testifical practicada a instancia de la parte actora, es cierto que los testigos hablan de un camino por donde se podía acceder desde la carretera hasta la finca de dicha parte, atravesando por tanto la de la demandada, pero sus manifestaciones, o más bien las respuestas a las preguntas que les fueron formuladas por ambas partes, incluso por la proponente de la prueba, no son tan específicas como para revelar que, aparte de haber un camino, quedaba marcado sobre el terreo con los signos exteriores exigibles para poder hablar de una servidumbre aparente. En suma, ni la prueba documental ni tampoco la testifical han supuesto una justificación rigurosa de la apariencia del paso reclamado a través de la finca de la demandada, lo que es suficiente, dado que los actores afirman que han adquirido la servidumbre por usucapión, para desestimar la demanda, y sin que sea preciso, por tanto, el examen del resto de los motivos de oposición a la demanda, que han quedado articulados –con mayor o menor fortuna– en el escrito de formalización del recurso.

TERCERO.- El motivo de infracción procesal articulado por la parte actora, aquí recurrente, se ampara en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), con vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por haber incurrido la Audiencia Provincial en error patente en la valoración de la prueba, que se mostraría a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones, que sería determinante del fallo y con relevancia constitucional. Lo deduce del reconocimiento judicial practicado por la juez de instancia, en el que habría

situado la correlación de las fotografías del acta notarial de presencia de 25 de noviembre de 2007, habiendo apreciado en dicho acto que lo reflejado por las fotografías recogidas en el acta no era el camino por su discurrir por la finca propia de los actores sino el camino que existía en la de la demandada, destruido por los demandados después de que se tomaran las fotografías.

Debe comprobarse, por tanto, si de las pruebas obrantes en autos se desprende el error patente de la sentencia recurrida que se denuncia.

La sentencia de primera instancia señala que en el reconocimiento judicial practicado no se pudo constatar la existencia de camino sobre la finca de la demandada, por haber realizado ésta el desmonte del terreno por el que supuestamente discurría el mismo. Pero, del contraste con las fotografías recogidas en un acta notarial el día en que se llevaban a cabo las obras efectuadas por la demandada, deduce la juzgadora la existencia de un camino que atravesaba la finca de la demandada conectando con la finca de los actores, haciendo constar que en las fotografías de aquella fecha (25 de noviembre de 2007) se observaba la existencia en ese momento de un vehículo todo terreno sobre el camino, que determinaría la posibilidad de transitar con vehículos por el mismo.

El reconocimiento judicial se practicó el 9 de mayo de 2011, día anterior a la celebración del juicio, recogiendo su acta lo siguiente:

«Se inicia el reconocimiento introduciéndonos en la finca de la demandada, por el lindero sur de la dte. y el norte de la demandada. Se observa la realidad física del antiguo camino, se coteja con las fotografías obrantes en autos del acta notarial de 2007 y del informe pericial de 2010.

Se observa un importante talud que impide el paso de cualquier vehículo. Que

paralelo a este talud se aprecia la existencia de una senda, ahora impracticable salvo en el primer tramo junto a la carretera.

A continuación se accede a la finca de la parte actora y desde allí se vuelve a la zona litigiosa. Se ha hecho este segundo acceso por la carretera, por el acceso de los demandantes.»

Así pues, el reconocimiento judicial deja constancia de la realidad física del camino que se observa en ese momento (9 de mayo de 2011), cotejado con las fotografías del acta notarial de noviembre de 2007, de las que —dice la sentencia— *«se desprende la existencia de un camino que atravesaba la finca propiedad de la demandada»*.

Y por la prueba testifical confirma la existencia del camino que *«estaba a la vista de todos»*. Finalmente, la conformación y medidas del camino las obtiene del informe pericial elaborado por el Sr. Narciso en junio de 2010.

CUARTO.- La sentencia de la Audiencia Provincial reconoce la existencia de *signos evidentes de camino o senda* en el tramo que discurre por la finca de los actores, y que así lo demuestran las fotografías unidas al acta notarial, pero aprecia que los trabajos ejecutados por la demandada impiden distinguir la existencia de signos externos en su finca, al haber sido interrumpido bruscamente el camino al llegar al límite con la finca demandada. Y manifiesta que no hay por qué presumir que los 15 metros que separan la carretera de ese linde tenían que presentar una homogeneidad en cuanto a su aspecto externo con el tramo de la finca del actor.

De la prueba testifical afirma que los testigos hablan de un camino por donde se podía acceder desde la carretera hasta la finca de la parte actora, atravesando por tanto la de la demandada, pero que sus respuestas no son tan específicas como para revelar que, aparte de haber un camino,

quedaba marcado sobre el terreno con los signos exteriores exigibles para poder hablar de una servidumbre aparente.

Y llega a la conclusión de que ni la prueba documental ni tampoco la testifical han supuesto una justificación rigurosa de la apariencia del paso reclamado a través de la finca de la demandada.

QUINTO.- Las anteriores consideraciones de la sentencia de la Audiencia Provincial al valorar las pruebas acreditativas de la existencia de signos exteriores reveladores de su aprovechamiento, no difieren sustancialmente de los hechos apreciados en la sentencia de primera instancia, pues de las fotografías del acta notarial de noviembre de 2007 estima la existencia de signos evidentes de camino o senda, que quedaría interrumpido por las obras en la finca de la demandada, y de la prueba testifical igualmente refleja que los testigos hablan de un camino.

Pero respecto a ambos medios probatorios (documental y testifical) realiza sendas apreciaciones que son incompatibles con la adecuada valoración de la prueba, en los términos que han quedado reflejados en ambas sentencias.

En efecto, aunque reconoce que las fotografías reflejan la evidencia de un camino desde la finca de los actores hacia la de la demandada, no ve los signos externos en ésta, como consecuencia de las obras realizadas, a pesar de manifestar que *«el tramo de camino se interrumpe bruscamente... por efecto de las obras»*. Si el camino se interrumpe es porque existía, en pura lógica, continuando por la finca demandada. Sin embargo, afirma que de lo anterior no hay por qué presumir que los restantes quince metros hasta la carretera por la finca de la demandada tenían que presentar homogeneidad en cuanto al aspecto externo con el tramo de la finca del actor. Se refiere, pues, a dos tramos de un camino, luego éste existía, y

otra cosa es la que denomina «*homogeneidad*» de los tramos, lo que no pone en duda la existencia de los mismos sino sus características concretas.

Y respecto de la prueba testifical, igualmente pone de manifiesto que los testigos se refieren a un camino, pero que no se concretaban los signos exteriores exigibles para poder hablar de una servidumbre aparente. Si se da por probado el camino, revelador del paso por el mismo, los concretos signos exteriores, en parte destruidos por las obras realizadas por la demandada, podrán cuestionar las características concretas del camino pero no su realidad.

La sentencia de primera instancia había concluido, sin género de dudas, por apreciación directa y mediante la valoración conjunta del reconocimiento judicial, de la documental (acta notarial) y de la testifical, la existencia de un camino que, partiendo de la carretera y a través de la finca de la demandada, llegaba a la finca del actor. Las características concretas del mismo las dejaba al resultado de la prueba pericial, pero ya apreciaba por la colocación de un vehículo todo terreno sobre el camino, en una parte del mismo en la finca de la demandada, que permitía el paso de vehículos.

La sentencia de la Audiencia Provincial, aun partiendo del reconocimiento de la existencia anterior del camino, llega a la conclusión de negarlo por no poder precisar sus signos concretos, lo cual constituye un razonamiento manifiestamente erróneo y contrario a los expresados medios de prueba que, valorados de forma conjunta y lógica en la sentencia de primera instancia, llegaban a la conclusión de la existencia del camino y al reconocimiento de la servidumbre de paso.

Todo lo anterior conduce a la estimación del motivo de infracción procesal alegado pues el error en la valoración de la prueba reúne los requisitos señalados por

la jurisprudencia para su estimación, ya que se deduce de los indicados medios de prueba válidamente practicados en las actuaciones y ha resultado determinante en el fallo de la sentencia recurrida.

En aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo de la regla 7ª de la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe dictarse nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

SEXTO.- El motivo del recurso de casación se basa en infracción del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento de interposición de la demanda, por considerar que había sido adquirida la servidumbre por usucapión al existir signo aparente de camino, que habría sido utilizado durante el tiempo legalmente requerido para ello.

La sentencia del Juzgado señala en su fundamento segundo la doctrina aplicable al caso, con cita de la sentencia de la propia Audiencia Provincial de 15 de mayo de 2008. En los mismos términos que la anterior dice la sentencia nº 59/2011 de la Audiencia Provincial de Huesca, de 28 de febrero de 2011, recurso 52/2010:

Asimismo, tenemos declarado en nuestras Sentencias de 6 de mayo de 2009, 23 de septiembre de 2009, 21 de octubre de 2009 y 27 de enero de 2010, por citar algunas de las más recientes, que la servidumbre de paso puede ser o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, por ejemplo por un camino o un carril, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse

que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino, senda o carril. En suma, concluimos, lo decisivo no es la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que sí supondría un signo aparente de servidumbre.

La sentencia de esta Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Aragón de 18 de junio de 2010, recurso 3/2010, dice:

CUARTO.- El artículo 147 de la Compilación permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a qué ha de entenderse por apariencia, por lo que hemos de acudir, como señala el recurrente, al criterio que suministra el artículo 532 del Código Civil. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior; una señal o indicio directamente relacionado con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre, por tanto ha de tener un carácter funcional e instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave para la resolución del recurso que nos ocupa, pues, en efecto, de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto del otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para el servicio del propio fundo.

Sobre el significado de signo, dice la sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 2009, recurso 8/2009:

La palabra signo equivale a señal, indicio. Este último término se emplea por el mismo artículo 532 al definir las servidumbres no aparentes. No se necesita por tanto ninguna obra, sino que basta una señal del paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre. Ciertamente las obras destinadas al ejer-

cicio de la servidumbre son signos exteriores y visibles de su existencia, pero no el único: cabe la existencia de otros, dado que el concepto del término signo es más amplio que el del término obra.

Y la sentencia de primera instancia de este procedimiento concluía que queda acreditado que en este caso estamos ante una servidumbre aparente, a pesar de que en la actualidad no queden signos externos de la misma por haberlos hecho desaparecer la parte demandada, lo cual no puede perjudicar el derecho de los actores. Declara además que, conforme a la prueba testifical, el camino en cuestión no era de uso exclusivo de los demandantes sino de todos los vecinos del pueblo puesto que daba acceso a otras propiedades colindantes.

En consecuencia, dado que la sentencia de primera instancia tiene por acreditado también el uso de la servidumbre por el plazo preciso para su usucapión, se estima el recurso, se casa la sentencia recurrida y se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

SEPTIMO.- Por la confirmación de la sentencia de primera instancia, se mantiene la imposición de costas realizada en la misma y, respecto a las del recurso de apelación, por aplicación del artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen a la parte apelante.

No cabe condena en costas del recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos haber lugar al recurso por infracción procesal y de casación formulado por el

Procurador los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras actuando en nombre y re-

presentación de D^a. Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 30 de diciembre de 2014, que caíamos y dejamos sin efecto.

SEGUNDO.- En su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en los términos consignados en la misma.

TERCERO.- Se confirma la imposición de las costas de primera instancia al demandado, y se imponen las de apelación a la parte apelante. No se hace imposición de costas del recurso de casación.

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

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno. Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

NÚM. 17

S. TSJA 16/2015 de 27 de mayo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Derecho de los padres a la igualdad: *La sentencia recurrida se limita a determinar qué tipo de custodia del menor entre las legalmente previstas debe ser establecida en este caso (la exclusiva a favor de la madre), sin trato diferenciado a favor de uno u otro progenitor por razón de su sexo, por lo que no se observa indicio*

alguno de que pueda haberse dado lugar a la infracción del principio de igualdad sancionado en el art. 75.2 CDFa.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *En casación hay que partir de los hechos considerados probados en la instancia. Conforme a lo ya señalado en otras ocasiones (por ej., SsTSJA 10/1/2014 y 6/4/2015), ante el criterio de preferencia legal por la custodia compartida del art. 80.2 CDFa, la posibilidad de excluir su establecimiento y estar a la custodia individual no es de libre decisión por la autoridad judicial, sino que exige la adecuada ponderación de las prevenciones del art. 80.2 o de cualquier circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Ponderación que es susceptible de ser revisada en el recurso de casación (así, STS 23/5/2005 o STSJA 10/1/2014) dado que concretar el interés del menor es una valoración de una calificación jurídica, como concepto jurídico indeterminado que es. Infracción de la preferencia legal: Las circunstancias valoradas por la sentencia recurrida no tienen relevancia suficiente para hacer aconsejable en este caso la custodia individual y excluir el principio legalmente impuesto de preferencia de la custodia compartida. El hecho de que el padre viva en casa de los abuelos o de que éstos colaboren en el cuidado de la nieta son circunstancias de las que no cabe derivar, por sí solas y a falta de mayor mención sobre su prueba, que la custodia compartida, en lo que sea ejercida por el padre, pueda perjudicar al menor. Y lo mismo cabe concluir en lo referente a que la madre se encuentre en situación de desempleo, frente a tener el padre ocupación laboral, porque lejos de entender que sea preferible que los progenitores estén sin trabajo, parece que lo mejor es que uno y otro cuenten con la conveniente prestación laboral, y las ventajas económicas y personales que ello conlleva para los progenitores y,*

también, para la hija menor que deben cuidar.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 75.2, 80.2 CDF.A.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia dictada el día 27 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza se acordó el divorcio de los litigantes Doña Lucía P. C. y Don Jorge V. G., que habían contraído matrimonio el día 30 de abril de 2010 y en el que había nacido una hija, Cayetana, el día 16 de mayo de 2011.

En el fallo de tal sentencia, transcrito en el anterior Antecedente de Hecho número Tercero, se estableció la custodia compartida de la menor, por periodos de meses naturales, con fijación detallada de régimen de visitas y distribución de periodos vacacionales y de gastos derivados del cuidado de la niña.

La anterior sentencia fue apelada por la demandante en recurso que la Audiencia Provincial estimó, y acordó la custodia individual a cargo de la madre, así como distinta contribución económica a los gastos de la hija menor.

Contra la anterior sentencia se formula por el demandado y apelado 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 primer motivo del recurso de casación se funda en la infracción, por inaplicación, de lo establecido en el artículo 75.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDF.A) y, en su desarrollo, expo-

ne la parte que, sin justificación probatoria, la sentencia impugnada establece un sistema de guarda y custodia a favor de la madre que crea desigualdad con respecto a la posición del recurrente, otorgando así un trato discriminatorio a favor de la madre.

Conforme a la previsión del contenido del recurso de casación recogida en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no corresponde entrar a conocer en esta vía impugnativa de cuestiones atinentes en exclusiva a la declaración de hechos considerados probados sobre los que la sentencia impugnada ha asentado sus conclusiones jurídicas, por lo que no cabe valorar en esta sentencia las cuestiones probatorias a que se refiere el recurrente.

Respecto a la posible infracción del principio de igualdad sancionado en el artículo 75.2 del CDF.A, no se observa en la sentencia recurrida indicio alguno de que pueda haberse dado lugar en la resolución impugnada a su infracción, ya que se limita a determinar qué tipo de custodia del menor entre las legalmente previstas debe ser establecida en este caso, sin trato diferenciado a favor de uno u otro progenitor por razón de su sexo.

Procede, por tanto, desestimar el primer motivo del recurso de casación.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción, por inaplicación, del criterio preferente de custodia compartida que establece el artículo 80.2 del CDF.A, al entender la parte recurrente que todos los factores previstos en tal norma muestran la conveniencia de la custodia compartida, y que no se ha acreditado en absoluto que el interés del menor exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre.

Como ya se indicó al tratar el motivo primero, ningún pronunciamiento sobre acreditación de hechos puede ser tratado ahora, por lo que esta sentencia debe par-

tir de los hechos probados considerados en la sentencia recurrida y, en lo que en ella sean mantenidos, por aquéllos que fueron tenidos como probados en la sentencia dictada en su momento por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza.

Así, la sentencia dictada por el Juzgado consideró como acreditado:

(...) Ambos progenitores poseen aptitudes y capacidad personales suficientes para hacerse cargo por igual de la menor Cayetana, habiendo acreditado suficientemente el Sr. V. su interés por estar presente en la vida de la menor.

Debe resaltarse por tanto el convencimiento del Juzgador de que el padre reúne cualidades para atender a la hija y que profesa por la misma un especial afecto, extremos estos reconocidos por la actora si bien le reprocha ser permisivo y poco normativo, dependiente e inmaduro. Y en los mismos términos cabe pronunciarse respecto de la Sra. P., a falta de prueba que acredite que se desentienda de los cuidados de la menor.

Así, la única prueba de entidad encaminada a determinar el régimen de custodia más favorable para la menor Cayetana es la pericial practicada por la Sra. psicóloga del Gabinete adscrito a los Juzgados de Familia de esta Ciudad. En dicho informe la psicóloga, tras la evaluación de ambos progenitores y de la situación familiar concluye que ambos progenitores reúnen por igual cualidades y recursos personales para afrontar la crianza de la menor de forma satisfactoria, no evidenciándose en ninguno de ellos falta de capacidades para ejercer su rol parental. Añade que la menor presenta un estrecho vínculo con ambos progenitores y con las respectivas familias extensas. Considera la psicóloga que una modificación del actual sistema de relaciones por otro en el que la menor conviva con ambos progenitores se ajustaría a las

necesidades de la menor, proponiendo una alternancia mensual coincidiendo con el inicio del nuevo curso escolar, con visitas de fines de semana e intersemanales para el no custodio. En el acto de la vista la Sra. psicóloga ratificó las conclusiones de su informe.

En similares términos se pronuncia el informe de la Sra. trabajadora social quien hace además referencia al apoyo familiar con el que cuentan ambos progenitores, siendo los padres del Sr. V. trabajadores autónomos con un horario que les permite colaborar puntualmente con el padre en algunos momentos del día como, por ejemplo para recoger a la menor a la salida del centro escolar, pudiendo llevarla el padre por las mañanas por su flexibilidad de horario. Concluye el informe afirmando que ambos progenitores son idóneos para ostentar la guarda y custodia de la menor.

En relación a los citados informes, debe recordarse que resultan de especial relevancia, y es por ello por lo que el legislador aragonés en el artículo 6.3 de la Ley 20/2010, de 26 de mayo, (hoy artículo 80.3 del Código de Derecho Foral) consciente de la importancia de tales dictámenes y que los mismos pueden constituir una herramienta de gran valor para los Tribunales a la hora de decidir la atribución de la custodia compartida o individual, estableció que «antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, 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». En esta línea Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2011 y Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011, 8 de octubre de 2010, 28 de septiembre de 2009 y 21 de julio de 2011.

Frente a dicha prueba pericial, y las conclusiones contenidas en los informes de la psicóloga y de la trabajadora social, no se ha practicado prueba alguna que desvirtúe su contenido y conclusiones y que haga llegar a quien ahora juzga a la conclusión de que el régimen de custodia más favorable para Cayetana sería una custodia individual a favor de la madre frente a la compartida de carácter preferente según nuestra legislación foral. (...)

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial no modifica los hechos valorados por el Juzgado y, al lado de ellos, considera acreditado que el padre carece de independencia personal y no goza de un espacio físico habitable fijo que permita a su hija mantener una estabilidad o sensación de permanencia y pertenencia, que impone, por ello, a sus padres, trabajadores, una carga que no les corresponde. En cuanto a la madre, valora el hecho de que está en situación de desempleo, habiendo adaptado siempre su horario laboral a las necesidades de cuidado de la hija menor y el hecho negativo de que no se han evidenciado problemas con la madre en orden al cuidado de la menor. Junto a ello, y ahora desde la perspectiva de la menor, resalta que la niña debe estar sometida a un tratamiento y rutinas higiénicas y dietéticas rigurosas por razón de estreñimiento con encopresis, y que los cuidadores deberán controlar para su restablecimiento, además de las que impone su corta edad.

CUARTO.- Partiendo de unos y otros hechos declarados probados en la instancia, la sentencia ahora recurrida pondera cuál es la finalidad de la custodia compartida, que define en la «finalidad de fomentar la corresponsabilidad parental de los menores y el vínculo de éstos con sus progenitores», cita el artículo 80 del CDFa, y establece custodia individual a cargo de la madre.

Como en otras ocasiones ha resuelto esta Sala (valgan como ejemplo las de 10 de enero de 2014 o 6 de abril de 2015): «(...) la ley aragonesa no permite que sea el órgano judicial el que, en el ámbito de su discrecionalidad, establezca uno u otro régimen sino un punto de partida previo, como sucede en otros cuerpos legales de vigencia en España, sino que, imperativamente, ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida, pues, conforme a la literalidad de la primera aseveración del artículo 80.2 del CDFa: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)» (sentencia de 6 de abril de 2015).

Ante tal criterio de preferencia legal por la custodia compartida, la posibilidad de excluir su establecimiento y estar a la custodia individual no es de libre decisión para la autoridad judicial, sino que exige la adecuada ponderación de las distintas prevenciones contenidas en el propio apartado 2 del artículo 80, que no son *numerus clausus*, sino que permiten la valoración de cualquier circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Tal ponderación, por otro lado, es susceptible de ser revisada en el recurso de casación (así, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005, o sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2014) dado que concretar el interés del menor es una valoración de una calificación jurídica, como concepto jurídico indeterminado que es.

Pues bien, la sentencia recurrida no excluye la posibilidad de fijación de la custodia compartida en el caso de autos porque haya valorado alguna de las cuestiones específicas prevenidas en el artículo 80.2 del CDFa, sino que tiene en cuenta dos circunstancias concretas para la exclusión de la custodia compartida: que el padre convi-

ve con sus padres, de lo que concluye una falta de independencia personal por su parte, y parece considerar una delegación de sus obligaciones a los abuelos; y que la madre se encuentra en desempleo y siempre ha adaptado su horario laboral a las necesidades del cuidado de su hija menor.

Frente a la falta de concurrencia de algún factor de los previstos en el artículo 82.3 del CDFA que pueden dar lugar al establecimiento de la custodia individual, y a las conclusiones de los informes periciales psicológico y social favorables a la custodia compartida, las menciones en las que la sentencia basa el apartamiento de tal custodia no puede considerarse que tengan la especial relevancia exigible para excluir el principio legalmente impuesto de preferencia de la custodia compartida. El hecho de que el padre viva en casa de los abuelos o de que éstos colaboren en el cuidado de la nieta son circunstancias de las que no cabe derivar, por sí solas y a falta de mayor mención sobre su prueba, que la custodia compartida, en lo que sea ejercida por el padre, pueda perjudicar a la menor. Y lo mismo cabe concluir en lo referente a que la madre se encuentre en situación de desempleo, frente a tener el padre ocupación laboral, porque lejos de entender que sea preferible que los progenitores estén sin trabajo, parece que lo mejor es que uno y otro cuenten con la conveniente prestación laboral, y las ventajas económicas y personales que ello conlleva para los progenitores y, también, para la hija menor que deben cuidar.

QUINTO.- En conclusión, por tanto, considerando que las circunstancias valoradas por la sentencia recurrida no tienen relevancia suficiente para hacer aconsejable en este caso la custodia individual, procede estimar el recurso por lo alegado en el segundo motivo, y casar la resolución que así lo acordó, dejándola sin efecto.

Actuando esta Sala como tribunal de instancia por consecuencia de la estimación del recurso, no se observa motivo para modificar los acertados razonamientos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos fundamentos normativos son ajustados al texto legal, por lo que no existe razón para modificarlos ni, por ello, para alterar el Fallo que es su consecuencia.

La íntegra estimación del recurso de casación que tiene lugar por razón de lo recogido en el segundo motivo de los alegados por la parte, hace innecesario entrar a conocer del resto de motivos.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dado que la demanda es finalmente estimada tan solo en parte, no procede tampoco hacer condena a su pago.

NÚM. 18

S. TSJA 17/2015 de 28 de mayo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Cambio de residencia de uno de los progenitores custodios: *En situación de custodia compartida, la madre decide trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde vive su familia y va a trabajar unas horas a la semana. El juez de instancia adapta el sistema de custodia compartida a la lejanía de los domicilios paternos y, subsidiariamente, concede la custodia exclusiva al padre. En cambio, la Audiencia concede la custodia exclusiva a la madre. El TSJA recuerda que en la decisión ha de tenerse en*

cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia según las normas internacionales, constitucionales y aragonesas, como han señalado tanto el TC como el TS y el propio TSJA. Se citan oportunamente los preceptos y sentencias atinentes. Añade a continuación que corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor. Y, con cita de la STS 11/12/2014, concluye que no hay duda de que, siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno (Teruel), máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFIA.

PONENTE: *Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas acordadas en la sentencia de 24 de abril de 2013. Se pidió concretamente que, continuando con el régimen de custodia compartida establecido en aquella, el hijo común, nacido el 16 de septiembre de 2008, pasase la mitad del tiempo con cada progenitor y que se eliminase la pensión de 250 € a cargo del padre.

En el apartado que la sentencia de primera instancia dedica a los hechos probados se expresa que, en septiembre de 2013, aduciendo una situación económicamente insostenible, la madre del menor decidió trasladar su residencia y la del niño a Barcelona, por vivir allí su familia más cercana y por la circunstancia de haber sido em-

pleada en la peluquería de su hermana a media jornada prestando servicios los jueves de 9 a 13 y de 15 a 19 horas, los viernes de 9 a 13 horas y de 16 a 19 horas y los sábados de 9 a 14 horas. Continúa la sentencia refiriendo que, solicitada intervención judicial para remediar la privación de hecho de la guarda del menor por su padre, se acordó mediante auto una serie de medidas que resultan prácticamente confirmadas en la sentencia en los términos que han quedado recogidos en los antecedentes de la presente.

La sentencia de apelación, como también ha quedado expuesto, revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre. Y las razones que ofrece para adoptar tal decisión son las siguientes:

... tal como ha expuesto el Magistrado-Juez a quo, cada progenitor puede establecer su residencia donde tenga por conveniente; ahora bien, no puede mostrarse conforme este Tribunal con que dicha libertad de residencia pueda tener consecuencias negativas respecto a la guarda de la descendencia si, como en este caso, dicho cambio de localidad no obedece a una mala fe por parte de la madre sino a una necesidad real de trabajar y estar en compañía de su familia. Por otra parte, entiende la Sala que por la escasa edad del menor, seis años, no puede hablarse de un fuerte arraigo del mismo en una localidad determinada (...). Pero para poder mantener dicho régimen (de custodia compartida) es preciso que las localidades de residencia de los padres lo permita, siendo un obstáculo insalvable la existencia de una gran distancia entre ambas (...). A pesar de tenerse que acordar en este caso la custodia individual a favor de uno solo de los progenitores por la razón expuesta, deberá establecerse respecto al no custodio un amplio régimen de comunicación (...). Así las cosas, atendiendo al informe pericial (...) con arreglo al cual «la madre ha sido la principal cuidadora del menor durante la convivencia, quedando objetivado, en los resultados psicométricos y en el testimonio de ambos, que puede cubrir las necesidades del

menor en solitario de manera adecuada. El padre cubre, en la actualidad, las necesidades del menor con ayuda de apoyos, observándose en los resultados de las pruebas realizadas carencias en factores de independencia, capacidad para establecer vínculos afectivos o de apego y capacidad de resolución de duelo» estima la Sala la conveniencia de otorgar la guarda y custodia del menor a la madre (...).

SEGUNDO.- En el motivo de casación que resultó admitido por la Sala se alega, con invocación del precepto del artículo 80.2 del CDFA, vulneración del principio del *favor filii*. Considera el recurrente que no es al interés del menor a lo que se ha atendido en la sentencia impugnada, sino al de la madre; que lo que aquel interés pide es que el niño continúe donde se ha criado y donde tiene a su padre, abuela y amigos, y no que se traslade a Barcelona, a un ambiente que no conoce y con un idioma que no habla, no habiéndose dado una sola razón por la que vaya a estar mejor en Barcelona que en Teruel. Y viene a señalar que el derecho de la madre de residir en Barcelona no puede anteponerse al del niño.

La representación de la madre se opone al recurso alegando que ha quedado probado que la decisión de la madre de trasladarse de localidad responde a una necesidad real de trabajar y no a mala fe. No es admisible, –razona– *la falsa confrontación entre el derecho de residir y trabajar de la madre y el interés del menor. La cuestión a dilucidar era si el cambio de residencia era caprichoso e inmotivado (...). Y a continuación, resolver lo más adecuado para el interés del menor en dichas circunstancias.* No considerando posible la custodia compartida a causa de la distancia entre los domicilios de los progenitores, entiende correcta la solución adoptada, que desecha que a los seis años el niño haya establecido vínculos relevantes, y que tiene en cuenta que la madre ha sido la principal cuidadora y es capaz de

asumir en solitario –frente a lo que sucede con el padre– el cuidado del menor.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de casación al considerar que el régimen de custodia individual instaurado vulnera el *favor filii* al reducir de manera sustancial la estancia y la guarda del menor con su padre, familia amplia de éste y el entorno habitual del niño, con la sola base de una circunstancia de hecho ejecutada de manera unilateral por la recurrida.

TERCERO.- Como hemos señalado en ocasiones anteriores, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C. 241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFA, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia

(ATC 127/1986 de 12 de febrero) que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso «ex officio» sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer «incluso por encima del de sus progenitores» (STS Sala 1ª de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

CUARTO.- Partiendo de lo anterior, debe recordarse que la función propia de los tribunales de casación consiste en pronunciarse sobre el ajuste a la ley de la resolución recurrida. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor.

QUINTO.- Lo que acaba de señalarse es lo esencial y en lo que debe centrarse la resolución del problema que nos ocupa, y frente a ello resulta secundario establecer si el cambio de residencia de la madre era caprichoso e inmotivado o, por el contrario, era necesario como sostiene con vehemencia la recurrida. Ello no obstante, cabe

recordar lo declarado por el TS en sentencias como la de 11 de diciembre de 2014:

Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 lo siguiente: «Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca.

Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia».

SEXTO.- El régimen de custodia compartida acordado en la sentencia de 24 de abril de 2013 recaída en el procedimiento de guarda y custodia seguido tras la ruptura de los ahora litigantes, se estableció al no existir ningún obstáculo para considerar que dicho régimen era el más conveniente al interés del menor. En tal caso, esto –la custodia compartida– es precisamente lo que la regla del artículo 80.2 contempla como sistema preferente.

La solución adoptada por el juez de primera instancia en el procedimiento del que dimana el presente recurso descansa sobre esa misma base, reforzada con el apoyo de un informe pericial al que se hace referencia en la fundamentación de la sentencia, y del que destaca que adviera la idoneidad parental de ambos progenitores. Si bien, ante el hecho constatado de que la madre optó por trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde trabaja de jueves a sábado (19 horas semanales) modifica el reparto del tiempo de estancia del niño con cada progenitor. Y lo hace de un modo que es compatible (aunque costoso para la madre) con la situación. Pero no acuerda la continuación del régimen de custodia compartida sin más, sino que defiere a la madre la decisión de llevarlo a cabo efectivamente o bien aceptar una custodia individual, a favor del padre, con un régimen de visitas para ella. Esta segunda alternativa, es decir, que el niño quede bajo la custodia del padre y no de la madre, se motiva en la sentencia. Y esa motivación es irreprochable, pues no hay duda de que,

siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno, máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.

Pues bien, frente a la razonabilidad de esa decisión del Juez de primera instancia contrasta llamativamente lo acordado en la sentencia de apelación. En ella, la revocación de lo decidido se justifica con la endeble alusión, como con acierto pone de relieve el Fiscal, a una parte del informe pericial que no pasó inadvertida al Juez a quo, pero que desechó precisamente por la irrelevancia de su contenido. Pese a que se expresa en la sentencia de segunda instancia que la razón de acordar la custodia individual es la distancia entre las localidades de residencia de los progenitores –no se niega, pues, la aptitud de uno y otro– justifica la atribución de dicha custodia a la madre por el dato de haber sido la principal cuidadora del menor durante el régimen de convivencia; porque puede cubrir las necesidades del menor en solitario mientras que el padre las cubre con apoyos, y por algunas carencias observadas en los resultados del test psicométrico del padre. Esto revela que en realidad, lo que ha sucedido es que se ha dado prevalencia a la situación de hecho existente, de modo que lo que realmente sustenta la decisión adoptada es la aceptación de esa situación y no la efectiva atención al interés superior del menor.

Debe entenderse, en consecuencia, y de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, que la sentencia impugnada ha vulnerado el art. 80.2 en la atribución del régimen de custodia. En consecuencia, procede la estimación del recurso, anulando la sentencia impugnada.

SEPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil, por la estimación del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

19

NÚM. 19

A. TSJA de 29 de mayo de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Requisitos para la admisión del recurso.

Conforme al art. 483.2.2 Lec., procederá la inadmisión del recurso si el escrito de interposición no cumplierse los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la ley, y el art. 481 Lec. exige que dicho escrito exprese con la necesaria extensión sus fundamentos. De acuerdo con tal precepto, el escrito de interposición del recurso de casación debe contener una exposición amplia y clara de la argumentación en que se sostenga la infracción que se afirma cometida. Así lo señala el acuerdo de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, y la jurisprudencia que lo precede y aplica. Asimismo, se ha excluido de la vía casacional la alegada infracción de preceptos genéricos sin la necesaria concreción, y el acarreo de argumentos heterogéneos en un mismo motivo. Todo ello es predicable del presente recurso de casación.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 481 y 483 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Alegación de Derecho no aplicable: *Se reitera lo dicho en la STSJA 30/2014, de 26/9. Esta Sala ha asumido la competencia en el trámite de admisión del recurso de casación por fundarse éste en infracción de normas propias del Derecho aragonés (arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.2 Lec., 1 Ley 4/2005, de 14 de julio, sobre la casación foral aragonesa), al ser éstas las alegadas por el recurrente, que ha asumido la responsabilidad de la posible incoherencia entre las normas alegadas (art. 83.4 y 5 CDFa) y el derecho aplicable, cuya apreciación corresponde a esta Sala en la presente sentencia. El art. 83 CDFa no resulta de aplicación al presente caso, por no existir hijos a cargo, debiendo ser aplicados los arts. 97, 100 y 101 Cc. Al no resultar de aplicación el Derecho civil aragonés, sino el Cc., debe desestimarse el motivo de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto de Derecho civil aragonés se ha producido. No obstante, indica la Sala que la solicitud de extinción o reducción de la asignación compensatoria por infracción del art. 83.4 y 5 CDFa estaba abocada al fracaso.*

61: PERSONA Y FAMILIA. EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS A CARGO: **Aplicación del Código civil:** *Tras reiterar lo establecido en las SSTSJA de 30/12/2011 y 11/1/2012 sobre la naturaleza y finalidad de la asignación compensatoria aragonesa que, en lo sustancial no es diferente de la señalada por el art. 97 Cc. para 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». El título de la Sección en la que está incluido el art. 83 CDFa se refiere a los «padres con hijos a cargo», y el art. 75.1 CDFa deja claro que el*

20

NÚM. 20

S. TSJA 18/2015 de 29 de junio de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

objeto de dicha Sección es 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. En el caso no hay ningún hijo a cargo de los progenitores, por lo que la pensión discutida en este pleito es la compensatoria del art. 97 Cc., y no la asignación compensatoria del art. 83 CDFa, no resultando de aplicación la legislación foral aragonesa alegada por el recurrente, sino el Código civil. Se desestima el recurso de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto aragonés se ha producido.

Extinción: La asignación compensatoria tiene la misma naturaleza y finalidad que la pensión compensatoria del art. 97 Cc. Esta finalidad no es otra que atender al desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ocasiona en un cónyuge respecto del otro; con ella se pretende «colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial (STS 4/12/2012, rec. 691/2010). Por ello el art. 83.5 CDFa permite la extinción cuando se produzca una «alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó». Estos criterios fueron la diferencia económica entre ambos cónyuges que la sentencia recurrida entiende que se mantiene en la actualidad. La percepción de una exigua pensión de vejez SOVI –por importe de 477,22 euros mensuales– no puede considerarse una alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó la asignación compensatoria, de manera que el recurso de casación no hubiera podido prosperar por este motivo.

Reducción: Subsidiariamente el recurrente pretende la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria a 100 euros mensuales o, al menos, a los 300 euros mensuales

fijados en la sentencia de primera instancia. La determinación del importe concreto de la revisión ex art. 83-4 CDFa corresponde al juzgador, en función, en el caso enjuiciado, de la alteración que hayan experimentado los ingresos del perceptor, sin que resulte exigible que la reducción de la pensión lo sea en la misma cantidad o porcentaje en que se incrementen los ingresos. La escasa cuantía de la pensión SOVI que ahora percibe la mujer (477,22 euros mensuales) conduce a la Audiencia a reducir la asignación compensatoria a 400 euros, reducción prudencial, en un porcentaje (30%) cercano a aquel en el que se han incrementado los ingresos (45%), por considerar que una reducción mayor impediría la finalidad reequilibradora de la asignación compensatoria. La decisión no puede calificarse de ilógica, irrazonable o arbitraria, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en particular a la escasez de la pensión SOVI y a la diferencia entre los ingresos de una y otra parte, por lo que el motivo de casación habría de ser desestimado de ser aplicable el derecho civil aragonés.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 75.1, 83 CDFa, 97 Cc.

PONENTE: Excm. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes procesales.

D. José y D^a Manuela contrajeron matrimonio canónico el día 11 de marzo de 1967; de dicha unión nacieron tres hijas, Sabina, Aurora y Inocencia, en 1969, 1971 y 1976, respectivamente.

Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, de 3 de marzo de 1999, se acordó la separación de ambos cónyuges, fijándose una pensión com-

pensatoria de 85.000 pesetas mensuales, actualizable conforme al IPC. También se fijó, a cargo del padre, una pensión de alimentos de 40.000 pesetas mensuales para la menor de las hijas, Inocencia, indicando la resolución que, pese a ser mayor de edad, convive con la madre y no es independiente desde el punto de vista económico. La sentencia fue revocada parcialmente por la de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 7 de diciembre de 1999, que dejó sin efecto la pensión de alimentos a favor de la hija al no haber sido solicitada por ninguno de los progenitores, concurriendo vicio de incongruencia en la sentencia recurrida.

En fecha 31 de enero de 2002 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza decretando la disolución del matrimonio por divorcio. En la resolución se mantuvo la pensión compensatoria ya acordada en la sentencia de separación.

Por sentencia del mismo juzgado, de fecha 29 de marzo de 2007, dictada en proceso de modificación de medidas definitivas de divorcio con oposición, se acordó rebajar la pensión compensatoria que en dicha fecha abonaba el Sr. José (641,00 euros mensuales) a la cantidad de 500,00 euros mensuales. La resolución fundamentaba la reducción en el hecho de pasar el deudor a la situación de jubilación en 2006, lo que supuso que sus ingresos durante 2007 por la pensión de jubilación fueran de 1.855,38 euros mensuales en 14 pagas, frente a sus ingresos por trabajo percibidos en 2005 (51.063,00 euros brutos) y parte de 2006, antes de la jubilación (40.360,02 euros brutos).

SEGUNDO.- *Hechos probados.*

En la sentencia recurrida, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, consta acreditado que el Sr. José venía abonando en la fecha de la

resolución una asignación compensatoria de 577,39 euros mensuales.

También se acredita, y esta es la causa principal de la controversia, que la acreedora de la pensión, Sra. Manuela, percibe desde el 1 de febrero de 2011 una pensión de vejez SOVI que, en la fecha de la resolución recurrida, ascendía a 472,22 euros mensuales (404,80 euros mensuales en 14 pagas).

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial considera acreditado que el actor, tras pasar a la situación de jubilación, pasó a percibir una pensión de 2.642,83 euros mensuales (2.265,29 euros mensuales en 14 pagas).

TERCERO.- *Recurso de casación.*

El recurrente articula el recurso de casación con una gran parquedad, limitándose a señalar la infracción del artículo 83, números 4 y 5 CDFA, indicando que esta norma no lleva más de cinco años en vigor.

Pese a lo escueto del recurso, cabe entender que concurre interés casacional al amparo del artículo 2.2, en relación con el artículo 3.3, ambos de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

La argumentación sobre el fondo del asunto se sustenta en la variación sustancial de la situación económica de la perceptora de la pensión compensatoria y de los criterios económicos en base a los que se fijó dicha pensión en sentencia de 1999.

CUARTO.- *Naturaleza de la pensión discutida.*

Como se acaba de señalar, el recurso de casación se fundamenta por el recurrente, exclusivamente, en la infracción del artículo 83, números 4 y 5 CDFA.

La sentencia recurrida no hace referencia a precepto alguno y la de instancia menciona el artículo 83.5 CDFA, que se re-

fiere a la extinción de la asignación compensatoria, poniéndolo en relación con el artículo 101 CC, regulador de la extinción de la pensión compensatoria. Por su parte, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de esta ciudad, de fecha 3 de marzo de 1999, estableció la pensión compensatoria en aplicación del artículo 97 CC, sin que ninguna de las resoluciones posteriores haya aplicado el derecho civil aragonés, con la salvedad mencionada en este mismo párrafo.

Esta Sala ha establecido en sentencias de 30 de diciembre de 2.011, recurso 19/2011, y 11 de enero de 2012, recurso 22/2011, que *«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»*.

La Ley 2/2010 ha sido posteriormente refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el CDFa, aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud de Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del Título II del Libro 1º de dicho cuerpo legal, artículos 75 a 84, bajo la rúbrica *«Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo»*.

El artículo 75.1 CDFa no deja duda acerca de que el objeto de la sección 3ª –en la que se incluye el artículo 83– no es otro que 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.

Al acordarse la pensión compensatoria por la sentencia de separación, de fecha 3 de marzo de 1999, no estaba regulada la asignación compensatoria en el derecho civil aragonés, puesto que se introdujo por la Ley 2/2010, de manera que la pensión compensatoria se concedió en aplicación, exclusivamente, del artículo 97 CC. Tampoco existían hijos a cargo de los litigantes, ya que todas las hijas eran mayores de edad y nada se acordó al respecto en la sentencia –la pensión de alimentos a favor de la menor de las hijas fue revocada por la Audiencia Provincial–. Con mayor motivo, ninguna hija a cargo de los progenitores existía cuando el recurrente presentó demanda peticionando la extinción o reducción de la pensión compensatoria por percibir la Sra. Manuela una pensión de vejez SOVI.

Es por ello que la pensión discutida en este pleito es la compensatoria del artículo 97 CC, y no la asignación compensatoria del artículo 83 CDFa, no resultando de aplicación la legislación civil aragonesa alegada por el recurrente, sino el Código Civil.

QUINTO.- Resolución del recurso de casación: derecho aplicable.

Como también ha señalado esta misma Sala en sentencia de 26 de septiembre de 2014, recurso 26/2014, *«conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), es competente la Sala de lo Civil y Penal de cada Tribunal Superior de Justicia para conocer de los recursos de casación siempre que se funden en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad. En los mismos términos el párrafo segundo del artículo 478.1 de la LEC*.

Bajo la vigencia del artículo 1732 de la anterior LEC, en la redacción dada por la Ley 10/1992, se atribuía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores la competencia de los recursos de casación fundados en infracción de norma de Derecho civil común y de Derecho civil foral o espe-

cial propio de la Comunidad, salvo que se fundamentaran en infracción de precepto constitucional. Al respecto dijo el Tribunal Supremo (sentencia nº 947/1999, de 16 de noviembre de 1999, recurso 205/1995):

«PRIMERO.- Es criterio reiterado de esta Sala, desde la reforma de la casación civil llevada a cabo por la Ley 10/92 que las dudas sobre si la competencia para conocer de un determinado recurso de casación civil corresponde a esta misma Sala o, por el contrario, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, deben resolverse desde la más estricta observancia del párrafo primero del art. 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que, claro está, se den los presupuestos del art. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, que la sentencia recurrida haya sido dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Derecho civil foral o especial se cite como infringido y, además, que el Estatuto de Autonomía de la misma Comunidad haya previsto la correspondiente atribución competencial a favor de la Sala de lo Civil y Penal de su Tribunal Superior de Justicia.»

La remisión al párrafo primero del artículo 1730 implicaba que, salvo infracción de precepto constitucional, la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia. Así lo expresa la sentencia citada en su fundamento tercero:

«TERCERO.- Finalmente, el indicado criterio de esta Sala se completa, de un lado, con la responsabilidad del recurrente por la articulación de su propio recurso, de modo que, cualesquiera que hayan sido las normas aplicadas por la sentencia recurrida, si aquél no alega infracción de norma o normas de Derecho civil foral o especial la competencia corresponderá a esta Sala y, si lo hace, corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, asumiendo así el recurrente los riesgos de

una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia impugnada y la motivación de su recurso de casación (así, Sentencia de 1 de julio de 1996); y de otro, con el reconocimiento de la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente para conocer del recurso de queja contra Auto denegatorio de la preparación de la casación cuando ésta se hubiera solicitado para ante una de dichas Salas, según resulta del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los arts. 1697 a 1702 de la misma (por ejemplo, Auto de 12 de enero de 1999 en recurso núm. 2583/98)».

Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables.

Atendiendo a estos criterios el Tribunal Supremo de forma reiterada atribuye la competencia a los *Tribunales Superiores cuando el recurrente funda el recurso en normas de derecho civil foral».*

Esta Sala ha asumido la competencia en el trámite de admisión del recurso de casación por fundarse éste en infracción de normas propias del derecho aragonés (artículo 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa), al ser éstas las alegadas por el recurrente, que ha asumido la responsabilidad de la posible incoherencia entre las normas alegadas (artículo 83.4 y 5 CDFR) y el derecho aplicable, cuya apreciación corresponde a esta Sala en la presente sentencia.

Y, tal como se ha indicado en el fundamento de derecho anterior, el artículo 83 CDFR no resulta de aplicación al presente caso, por no existir hijos a cargo, debiendo ser aplicados los artículos 97, 100 y 101 CC. Al no resultar de aplicación el derecho civil

aragonés, sino el Código Civil, debe desestimarse el motivo de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto de derecho civil aragonés se ha producido.

SEXTO.- *Extinción o reducción de la asignación compensatoria.*

Sentado lo anterior, que conduce a la desestimación del recurso, y a los solos efectos de dar respuesta completa a todas las pretensiones ejercitadas por el recurrente, debemos decir que la solicitud de extinción o reducción de la asignación compensatoria por infracción del artículo 83.4 y 5 CDFA estaba abocada al fracaso.

La asignación compensatoria prevista en el CDFA tiene la misma naturaleza y finalidad que la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 Código Civil, como ya se ha señalado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución. Esta finalidad no es otra que atender al desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ocasiona en un cónyuge respecto del otro. Con ella se pretende, tal como señala la STS de 4 de diciembre del 2012 (recurso 691/2010), «... *colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...*».

En cuanto a su extinción, peticionada por el recurrente, el número 5 del artículo 83 CDFA la permite siempre que se produzca una «alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó».

Estos criterios, atendiendo a la sentencia de separación que concedió la pensión compensatoria, de fecha 3 de marzo de 1999, fueron la diferencia económica entre ambos cónyuges, puesto que el actor percibía unos ingresos anuales netos de 5.600.000 pesetas, mientras que la esposa no percibía ingreso alguno, al no trabajar y dedicarse al cuidado de la familia.

La sentencia recurrida considera acreditada la diferencia entre los patrimonios de los litigantes, puesto que el deudor de la asignación percibe unos ingresos de 2.642,83 euros mensuales frente a los 872,22 euros de la demandada –computando la pensión SOVI y la reducción efectuada en la asignación compensatoria por la sentencia recurrida–. Es por ello que, tal como sostiene la sentencia recurrida en una razonada argumentación, la percepción de una exigua pensión de vejez SOVI –por importe de 477,22 euros mensuales– no puede considerarse una alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó la asignación compensatoria, de manera que el recurso de casación no hubiera podido prosperar por este motivo.

Subsidiariamente el recurrente pretende la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria a 100 euros mensuales o, al menos, a los 300 euros mensuales fijados en la sentencia de primera instancia. Alega que la sentencia recurrida, al fijar la pensión compensatoria en 400 euros mensuales, incurre en una clara desproporción entre el incremento de los ingresos de la Sra. Manuela, que cifra en un 82%, y la reducción de la pensión, que fija en un 30%, afirmando que se produce un enriquecimiento injusto a favor de la perceptora.

Sin embargo, lo cierto es que el porcentaje de incremento de los ingresos de la acreedora de la asignación no es propiamente de un 82%, sino de un 45%, computando el porcentaje que la pensión SOVI (472,22 euros) representa respecto del total de los ingresos percibidos (1.049,61 euros), resultantes de sumar la asignación compensatoria que venía percibiendo (577,39 euros mensuales) y la pensión SOVI. Por su parte, la reducción de la pensión fijada por la sentencia de la Audiencia Provincial es, tal como se recoge en el recurso, del 30%, que es el porcentaje que representa la cantidad reducida (177,39 euros)

respecto del total de la asignación compensatoria que se percibía con anterioridad a dicha reducción (577,39 euros).

El artículo 83.4 CDFA dispone que la asignación compensatoria se revisará en los casos de variación sustancial de la situación económica del perceptor o pagador. La determinación del importe concreto de la revisión corresponde al juzgador, en función, en el caso enjuiciado, de la alteración que hayan experimentado los ingresos del perceptor, sin que resulte exigible que la reducción de la pensión lo sea en la misma cantidad o porcentaje en que se incrementen los ingresos. El juzgador deberá valorar las circunstancias concurrentes –en particular la situación económica de las partes– y, conforme a ellas, fijar una pensión que permita cumplir la finalidad reequilibradora propia de la institución.

En el presente caso, la sentencia recurrida, en el auto de aclaración de fecha 23 de enero de 2015, motiva la reducción de la asignación compensatoria a 400 euros en *«la evidente modestia de esa pensión SOVI de 477,22 euros, prorrateadas las 14 pagas de 404,80 euros, que, pudiendo excluirse como se excluye que surta, como el recurrente quería, el efecto reequilibrador al que la pensión señalada proveyó, solo puede justificar una reducción que en apreciación que pretende ser razonable y equilibrada, en razonamiento difícilmente ajustable a reglas aritméticas, la deja en los antedichos 400 euros»*.

Dicho razonamiento, basado en la escasa cuantía de la pensión SOVI, conduce al tribunal sentenciador a reducir la asignación compensatoria, de manera prudencial, en un porcentaje (30%) cercano a aquel en el que se han incrementado los ingresos (45%), por considerar que una reducción mayor impediría la finalidad reequilibradora de la asignación compensatoria. La decisión no puede calificarse de ilógica, irrazonable o arbitraria, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en

particular a la evidente escasez de la pensión SOVI y a la diferencia entre los ingresos de una y otra parte.

El juicio del tribunal de apelación que decide sobre la extinción o reducción de la asignación compensatoria por modificación de la situación económica del acreedor o del deudor, o por ambas causas, solo tiene el necesario interés casacional cuando pueda calificarse de ilógico, irrazonable o arbitrario, y no siéndolo en el presente caso, el motivo de casación habría sido desestimado de ser aplicable el derecho civil aragonés.

SÉPTIMO.- Costas.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede en este caso hacer imposición de las costas del recurso, dado que la cuestión debatida genera dudas de derecho, puesto que la mención en alguna de las resoluciones, concretamente en la de instancia, de preceptos del CDFA (artículo 85.3), pudo contribuir a que el recurrente considerase de aplicación en el presente caso el derecho civil aragonés.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de casación núm. 11/2015, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Adela Domínguez Arranz, en nombre y representación de D. José, contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

SEGUNDO.- Sin imposición de las costas del recurso. Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno. Dese el destino legal al depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, jun-

tamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

21

NÚM. 21

S. TSJA 19/2015 de 30 de junio de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: La opinión de los menores: Inexistencia de error en la valoración de la prueba. *Doctrina jurisprudencial que se recuerda en la STS 649/2014 (Recurso: 261/2012). La prueba de exploración acordada por la Sala para conocer la opinión de los hijos requerida por los arts. 76.4 y 80.2 c) CDFa, no puede ser tachada de inútil o impertinente porque a un menor de 7 años cumplidos debe serle reconocida madurez bastante a los efectos perseguidos de determinar el sistema de guarda. No es cierto que la Sala haya tenido por decisiva la opinión del menor, sino que ha sido valorada en atención a los demás elementos probatorios, en particular el dictamen pericial, lo que es conforme con la doctrina del TSJA. Función del recurso de casación: El recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia y de lo dicho por el legislador aragonés en el art. 80.2 CDFa sobre factores a tener en cuenta y preferencia de la custodia compartida; de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor. En el presente caso, la Sala ha tomado su decisión sin apartarse de los mandatos establecidos en el art. 80.2*

CDFa, sin que corresponda al TSJA corregir su criterio, dada la finalidad exclusivamente nomofiláctica del recurso de casación.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2, 80.5 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

22

NÚM. 22

A. TSJA de 3 de julio de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Limitación temporal: *El art. 81 CDFa ni fue citado en la sentencia recurrida (que resuelve el recurso de apelación contra sentencia dictada en juicio de desahucio) ni podía ser el fundamento de la misma dado que la cuestión relativa a la limitación temporal del uso de la vivienda ya había sido objeto de sentencia en el procedimiento de familia, en la que había sido señalado el término de dicho uso. Pero, dado que el fallo no contenía, aunque hubiera podido hacerlo, pronunciamiento sobre la obligación de desalojo en fecha determinada que pudiera ser objeto de ejecución, el actor inició el juicio de desahucio para hacer efectiva la decisión sobre el término del derecho de uso de la demandada, que ya había sido resuelto. En consecuencia, el art. 81 CDFa no podía ser infringido en el procedimiento de desahucio ni motivo del recurso de casación, incurriendo así en causa de inadmisión conforme a lo dispuesto en el art. 483.2º en relación con el art. 477.1, ambos de la Lec.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81 CDFa.

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

23

NÚM. 23

S. TSJA 20/2015 de 29 de julio de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Entrega y recogida de los hijos: *En el presente caso el traslado del domicilio de la madre, con la niña, a Francia no es injustificado (obedece a razones laborales) ni contrario al interés de la menor (que es el principal criterio al que debe atenderse en cada caso), pero introdujo cambios en el régimen de visitas del padre, aceptados por las partes salvo en lo relativo al lugar de entrega y recogida de la niña que ahora ha quedado fijado en Toulon (Francia) para la recogida por el padre y en Zaragoza para la entrega a la madre custodia. Este reparto de cargas económicas y de esfuerzo personal entre ambos padres resulta justificado en atención a la disponibilidad personal y económica de ambos, sin que se haya conculcado el derecho de padre e hija a un régimen de comunicación en los términos del art. 80.1.3 CDFa. Valoradas las circunstancias, se estima que el alto coste económico y personal de los desplazamientos del padre a Francia no afectan al propio ejercicio del régimen de visitas. Se citan las sentencias TS 26 mayo 2014 y TSJA 39/2014, de 15 de diciembre.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.1.3 CDFa.

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

ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la interpretación del art. 80.2 CDFa que establece como criterio legal preferente el de la custodia compartida, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; 12/2014, de 4 de marzo; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor.

Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *La sentencia de apelación, ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley, ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo (desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la hija menor, así como su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, hechos que pueden encuadrarse en el factor de la letra d) del art. 80.2 o bien en la letra f) del mismo precepto) y por la exploración de la hija mayor (que quiere residir con su madre y se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida). Valoración de los hechos que no resulta irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.*

La opinión de los menores: *Lo dicho por esta Sala sobre el valor de la opinión de los menores, entre otras en sentencias de 10/07/2013 y 12/07/2013, solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada,*

24

NÚM. 24

S. TSJA 21/2015
de 17 de septiembre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *Esta Sala*

junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado. En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDA.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Hechos acreditados en la instancia.*

1. D^a Angélica A. L. y D. José S. P. contrajeron matrimonio el 28-05-03. Tienen dos hijas comunes, Ángela Malka, nacida el 14-12-02, y Carmen, nacida el 4-08-04. Esta última está afectada de síndrome de Down, teniendo reconocido un grado de minusvalía del 65%.

2. La vivienda familiar pertenece al Sr. Salvador, que también es propietario de una vivienda en la Calle..., que tiene arrendada y por la que percibe 650 euros mensuales, haciéndose cargo él de los gastos de comunidad. Además obtiene 65 euros mensuales por el alquiler de una plaza de garaje sita en el..., y es propietario de un local en la Calle...

3. El Sr. S. percibe 475 euros mensuales netos por un contrato de trabajo temporal como peón de mantenimiento. Tiene alquilada una vivienda en la Calle G., por la que abona una renta de 300 euros mensuales. Manifiesta abonar la cantidad de 230 euros mensuales en concepto de alimentos

de otro hijo mayor de edad, nacido de un matrimonio anterior.

4. La Sra. A. percibe un renta activa de inserción y una pensión de 255,77 euros mensuales, a cargo del IASS, por atención de persona dependiente, dedicándose ocasionalmente al cuidado de personas mayores.

SEGUNDO.- *Antecedentes relevantes.*

5. D^a Angélica A. L. formuló demanda contenciosa de divorcio frente a D. José S. P. en la que solicitaba la custodia individual de las dos hijas menores de edad, con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, el uso de la vivienda que había constituido el domicilio familiar, una pensión de alimentos para las dos hijas menores de 250,00 euros mensuales para cada una de ellas y el abono de los gastos extraordinarios por mitad, así como una pensión compensatoria para ella de 200,00 euros mensuales.

6. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 19-03-14, acordó, por lo que a este recurso interesa, la custodia compartida de las dos hijas menores por períodos de dos semanas consecutivas alternas con cada uno de los progenitores, con el correspondiente régimen de visitas para el progenitor que en cada momento no tuviera a las hijas consigo.

7. El juzgador de primera instancia, tras referirse a la doctrina de esta Sala, entre otras en la STSJA núm. 35/2013, de 17 de julio, argumenta para justificar el otorgamiento de la custodia compartida que *«de los informes técnicos que obran en autos no se desprenden motivos para excluir la custodia compartida solicitada por el padre. Dispone de un domicilio, sin olvidar que es titular de la vivienda familiar, su horario laboral le permite atender directamente a las hijas y cuenta con el apoyo de un hijo mayor de edad, además de reunir condiciones para atender a las hijas satisfactoriamente. Hay que añadir que la discapacidad*

de Carmen supone un desgaste importante que el padre ofrece compartir».

La sentencia de primera instancia recoge también la doctrina sentada por esta Sala en relación a la opinión de los hijos como uno de los factores para decidir sobre la custodia (entre otras en las SSTSJA núm. 33/2013, de 12 de julio, y núm. 31/2013, de 10 de julio), señalando la sentencia que *«aparte la opinión del menor, el art. 80.2 CDFa prevé más factores a considerar para decidir sobre la custodia. Por tanto, la opinión de los hijos tiene una gran relevancia, pero no es lo único a valorar»* y que *«la audiencia del menor debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor».*

Respecto a la difícil relación del padre con su hija mayor, la sentencia establece que *«en el presente caso, Ángela Malka tenía una buena relación con el padre antes de la ruptura. Esta situación la ha acercado a la madre, pero no hay razones objetivas para pensar que no estemos ante una consecuencia de la tensión propia de la crisis del matrimonio. Tiene que ser cuestión de tiempo».*

El juzgador entiende que *«el reparto de papeles durante la convivencia no es obstáculo de cara a fijar una custodia compartida»*, decantándose por establecer ésta mediante turnos alternos de dos semanas consecutivas, de acuerdo con la propuesta recogida en el informe psicológico, puesto que proporciona mayor estabilidad al sistema.

8. La sentencia de apelación dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17-02-15, revoca parcialmente la de primera instancia, al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. A. Establece la custodia individual de las dos hijas menores a favor de la madre, manteniendo el régimen de visitas a favor de padre fijado en la sentencia de instancia, complementado con los fines de semana alternos que en la misma se especifican.

9. La sentencia de apelación argumenta el otorgamiento de la custodia individual para la madre señalando que *«no se discute el deseo del padre de mantener el contacto con sus hijas ni su cariño hacia ellas, pero los diferentes estilos educativos de ambos progenitores, en especial, el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de Carmen, entorpecen en buena medida el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, al margen de los incidentes documentados en el proceso (f. 253 y ss.), referentes a su necesaria asistencia sanitaria y encierro en su domicilio durante una noche que pasaban con su padre las menores. Las menores están muy unidas entre sí y no resulta aconsejable su separación, ni deseable. En estas condiciones, no se revela la custodia compartida como la medida más aconsejable para las dos menores, dados los requerimientos especiales de Carmen y la voluntad razonadamente expresada por Malka, debiendo, por ello, estimarse el recurso, otorgando la custodia individual a la madre, en cuyo entorno gozan de mayor estabilidad y atención personalizada (art. 80 CDFa)».*

La sentencia valora especialmente los dos informes educativos emitidos por el Colegio San Antonio de Padua –al que asisten las hijas– que, según recoge la sentencia, *«señalan que desde su entrada en el centro ha sido la madre la única encargada de llevar y traer a las niñas y la que asistiendo a tutorías y entrevistas con los profesionales ha recibido las pautas y orientaciones proporcionadas, estando el padre ausente en la colaboración y coordinación con la escuela, sobre todo en el proceso educativo de Carmen».* Continúa la sentencia indicando, en referencia al informe de 10-03-14, *«que desde la separación conyugal el padre asiste por separado a las entrevistas escolares, presentando ambos progenitores disparidad de criterios educativos, mostrando el padre desacuerdo sobre la modalidad de escolarización de Carmen, siendo partidario de derivarla a un Centro de Educación Especial, frente al sistema de integración vigente, observando los profesionales un empeoramiento en la conducta de Carmen, con actividades de riesgo que el padre po-*

tencia, en perjuicio de su correcta integración, cuestionando los criterios de los especialistas que recomiendan un ambiente rutinario de hábitos y límites en coordinación casa-escuela que favorecería su correcto desarrollo». En la sentencia se indica también que «el Centro Educativo revela un retroceso en la integración educativa de Carmen, un estado de ansiedad y tristeza de Malka, y una total falta de implicación del padre en el proceso educativo de ambas hijas, especialmente en el de Carmen, aquejada de una importante minusvalía, Malka está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil».

La sentencia de apelación se refiere también a la exploración de la hija mayor, Ángela Malka, realizada en la alzada, señalando que la menor «ha manifestado querer residir con su madre, con la que se siente segura y a gusto, pese a querer a su padre y mantener con él su sistema de visitas, pero razona que los cuidados que reciben de éste carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana Carmen. Se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida que la descentra».

En relación al informe emitido por la psicóloga adscrita a los juzgados, favorable a la custodia compartida, y en el que se indica que el rechazo de Ángela Malka a su padre deriva de la influencia que la madre ejerce sobre ella, la sentencia de apelación estima que se trata de «una interpretación excesivamente simplista de la situación concurrente al no contemplar los datos académicos y educativos expuestos, señalando incluso la perito haber admitido el padre ser la madre la única encargada del cuidado de las hijas hasta la ruptura y haber facilitado sin problemas las visitas con el padre».

TERCERO.- Examen del motivo de casación.

10. Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la recurrente interpone recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC y art. 3 Ley 4/2005, de 14

de junio, sobre la casación foral aragonesa, por presentar la resolución del recurso interés casacional.

En el primero de los tres motivos de casación interpuestos, único admitido a trámite, se alega como infringido el art. 80.2 CDFA, por inaplicación del criterio preferente de la custodia compartida.

11. Como ya señalamos en la sentencia de esta misma Sala de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013, «para el examen del recurso de casación es necesario tener en cuenta que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal 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. Como afirma la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias».

12. Como se ha indicado, el recurrente entiende infringido el art. 80.2 CDFA, afirmando el carácter preferente de la custodia compartida sobre la individual que sienta el precepto, al disponer:

«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:

a) La edad de los hijos.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) 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.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia».

13. Efectivamente, esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la cuestión, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor. Así, en la más reciente, de fecha 4-03-14, recurso de casación 41/2013, dijimos *«que el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores»*.

14. En el presente caso, la sentencia recurrida fundamenta su decisión favorable a otorgar la custodia individual a la madre, en los siguientes hechos:

a) En el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la menor de las hijas

(Carmen), así como en su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, que ha asumido en exclusiva la madre. Considera la Audiencia que este desinterés entorpece el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, en particular de Carmen –aquejada de síndrome de Down–, hasta el punto de que los profesionales han apreciado un empeoramiento de su conducta.

A esta conclusión llega sobre la base de los informes educativos emitidos por el Colegio San Antonio de Padua, en el que cursan sus estudios las dos hijas. En concreto, la menor de ellas lo hace en la modalidad de integración de necesidades educativas especiales.

Estos hechos pueden encuadrarse dentro del factor contemplado en la letra d) del art. 80.2 CDFA, «la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos», o bien en el recogido con carácter general en la letra f) del mismo precepto, «cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia».

b) En la opinión de la hija mayor, acreditada por las manifestaciones realizadas en la exploración practicada en la alzada (contaba con doce años en aquel momento). En ellas afirma querer residir con su madre por sentirse más segura, al considerar que los cuidados que recibe de su padre carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana Carmen. Manifiesta encontrarse incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida. Este sentimiento se recoge también en el informe del Centro Educativo que aprecia un estado de ansiedad y tristeza en Malka.

En este caso el juzgador contempla el factor previsto en la letra d) del art. 80.2 CDFA, «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».

15. Partiendo de estos hechos no puede entenderse que la sentencia de apelación ignore el criterio preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFA, sino que ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega la sentencia recurrida de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo y por la exploración de la hija mayor.

Al respecto es preciso indicar que el interés del menor debe ser apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, de manera que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 1-02-12, recurso de casación foral 24/2011, con mención expresa de la del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, *«la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de*

2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005)».

16. Respecto a la opinión de la hija mayor, que constituye uno de los factores a tomar en consideración por el Juez al decidir sobre la custodia (art. 80.2.c) CDFA), es cierto que esta Sala ha venido considerando, tal como manifiesta el recurrente, entre otras en sentencias de 10-07-13 y 12-07-13, esta última en el recurso 17/2013, que la opinión de los menores *«debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne 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».*

Sin embargo, esto solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada, junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado.

En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con

suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que, como recoge la sentencia recurrida, se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

17. Por los motivos expuestos, el motivo de casación debe ser desestimado, confirmando la sentencia recurrida.

CUARTO.- Costas.

18. Desestimado el recurso de casación, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas corresponde efectuarlo a la parte recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

19. Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

apelación, que no pueden ser objeto del recurso de casación. La fijación de los gastos de asistencia del art. 82 CDFa es un pronunciamiento discrecional que corresponde al Tribunal de instancia, reforzado en el presente caso por el acuerdo inicial de los progenitores, salvo en la aplicación a la escala del SMI de uno u otro país, lo que es igualmente justificado y resuelto en la sentencia recurrida sin que la parte recurrente haga alegación alguna al respecto en su recurso de casación.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 82 CDFa.

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

NÚM. 25

S. TSJA 22/2015 de 1 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: *El único desacuerdo del padre en relación con la sentencia del Juzgado fue que para fijar la contribución del padre cuando el hijo viva con la madre en Méjico se atendiera al Salario Mínimo Interprofesional de España y no al de Méjico, como él había solicitado. Y ese fue también el motivo esencial de su recurso de apelación, que fue rechazado. El recurrente introduce en el recurso de casación nuevos elementos de discusión no alegados en la instancia ni en*

NÚM. 26

S. TSJA 23/2015 de 2 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Derecho de los padres a la igualdad: *Comienza la sentencia recordando la doctrina de la Sala sobre los límites y función del recurso de casación, recogidos, entre otras, en la S. de 30/9/2013. La sentencia recurrida mantiene la custodia individual de la madre y rechaza la compartida porque la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por su imposibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar, razonamiento que el recurrente entiende discriminatorio y contrario al principio de igualdad entre los padres. La Sala recuerda la jurisprudencia del TC sobre el art. 14 CE. Para hablar con propiedad de discriminación no basta con un trato desigual, sino que es necesario que sea injustificado; lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades de trato que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente*

aceptados. Tras recordar lo dicho por la STSJA de 4/3/2014 sobre la igualdad de los cónyuges en la guarda y custodia de los hijos, concluye que la sentencia recurrida no incurre en desigualdad alguna porque la valoración que hace del hecho objetivo de la desigual implicación de ambos padres en el cuidado de los hijos no puede ser calificada de irracional, ilógica o arbitraria.

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Limitación temporal: *El plazo fijado en la sentencia recurrida mantiene el uso de la vivienda a favor de la esposa hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (4/5/2023). Alega el recurrente que este plazo es contrario a las reglas de la lógica y a la equidad y contrario al art. 81.3 CDFA pues un plazo de 15 años convierte en la práctica indefinida la atribución del derecho de uso. Entiende la Sala que se trata de una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. La diferencia retributiva entre los padres (muy superior la del padre) y esperar a que se alcance la mayoría de edad por el menor de los hijos son criterios objetivos y razonables para fijar el período de atribución del uso de la vivienda familiar, que en modo alguno infringen las reglas de la lógica y la equidad, y no desvirtúan la limitación temporal exigida en el precepto, por lo que el recurso debe ser desestimado.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 14 CE, art. 80 CDFA.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes.*

1. En fecha 26-01-09 recayó sentencia firme acordando el divorcio de D^a María T.

L. y D. José Javier M. I. La resolución atribuyó la guardia y custodia a la madre, con un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana, una tarde entre semana, así como la mitad de las vacaciones escolares.

El uso de la vivienda habitual se atribuyó a la esposa y a los hijos comunes, sin fijar duración.

2. Los hijos del matrimonio son menores de edad, siendo sus fechas de nacimiento las siguientes: María y Laura el 17-05-03, y Pablo el 4-05-05.

3. D. José Javier M. I. presentó demanda de modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, interesando el establecimiento de un régimen de custodia compartida, con supresión de la pensión de alimentos y contribución a los gastos en proporción 70/30. Además, instó una limitación en el uso de la vivienda hasta el 31-12-15.

4. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza el 24-10-14, estimando parcialmente la demanda, acordó, por lo que a este recurso interesa:

a) El mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, si bien incrementando el régimen de visitas del padre.

b) Introdujo una duración temporal en el uso del domicilio familiar hasta el día 4-05-23, fecha en la que el menor de los hijos alcanzaba la mayoría de edad.

5. El juzgador de primera instancia justifica el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, acordado en la sentencia de divorcio, en que «*si bien el padre está cualificado para poder ejercer una custodia compartida, el mismo no ha demostrado objetivamente (en el régimen hasta la fecha vigente) su disponibilidad para un sistema como el mencionado en el que el nivel de atención a los hijos ha de ser constante (en sede de medidas provisio-*

nales se constató que en muchas ocasiones eran los padres del demandado quienes recogían a los menores y los llevaban al domicilio hasta que sabía el señor M. de trabajar, llegando a casa prácticamente al finalizar el horario de visita y con el tiempo justo para reintegrarlos al domicilio de la madre al que incluso en algunos casos se dijo que los llevaban los abuelos paternos —o una tercera persona cuando el abuelo paterno estuvo aquejado de una grave enfermedad».

Por lo que se refiere al uso de la vivienda, en la sentencia del juzgado se recoge:

«Tal interés superior de los menores es el que debe presidir toda decisión y en este caso ello comporta que el derecho de uso se deba extender hasta el momento en que el más pequeño de los hijos alcance la mayoría de edad pues si bien es un momento en el que es ordinario no haberse integrado en el mercado laboral en caso de estudiar, ello no obstante el grado de madurez que comporta la mayoría de edad permite asumir de forma serena lo que es un cambio de residencia a una de unas características que pueden ser diferentes a las del actual. Tal hijo es Pablo y al constar nacido el 4.05.2005 ello supone que cumplirá los 18 años el 4.05.2023, momento hasta el que se estima prudencial mantener el derecho de uso».

6. La sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29-04-15, desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la resolución de primera instancia.

7. La sentencia de apelación argumenta, en su fundamento de derecho cuarto, las razones por las que se mantiene la custodia individual, señalando:

«Actualmente, la disponibilidad laboral de ambos padres es similar, requiriendo ambos el uso de apoyos para atender a sus hijos. Si bien, la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por la imposibilidad de conciliación de la vida laboral. A pesar de la voluntad de cambio que el Sr. M. refiere en cuanto a una flexibilidad laboral, dicha flexibilidad ya pudo hacerse efectiva con anterioridad y hasta

el momento no ha hecho uso de la misma, no habiendo garantías de que a partir de ahora se de un cambio al respecto».

En la resolución también se dice: *«Igualmente se ha practicado en esta instancia exploración judicial de los menores de 12 y 10 años, con juicio suficiente en relación a su edad, en la que se constata la buena relación con ambos progenitores y su satisfacción con el actual sistema de estancias, encontrándose perfectamente adaptados al mismo».*

En relación al uso del domicilio familiar, la sentencia entiende que *«atendiendo a la edad de los menores y a la posibilidad económica de ambos progenitores se estima razonable el período que fija la sentencia apelada...».*

SEGUNDO.- Recurso de casación.

8. Frente a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el recurrente interpone recurso de casación al amparo del art. 477.3 LEC y art. 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, por presentar la resolución del recurso interés casacional.

El recurso se articula a través de dos motivos. En el primero se entiende infringido el art. 80 CDFA; en el segundo el art. 81.3 en relación con el art. 79.5, ambos del CDFA.

9. Con carácter previo a entrar a conocer sobre los dos motivos de casación alegados por el recurrente, es preciso recordar la doctrina de esta misma Sala sobre los límites y función del recurso de casación, recogidos, entre otras, en la sentencia de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013:

«(...) para el examen del recurso de casación es necesario tener en cuenta que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modifica-

ción 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. Como afirma la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias».

TERCERO.- Examen del primer motivo de casación.

10. En el primer motivo de su recurso, el recurrente entiende infringido el art. 80 CDFR. Afirma el carácter preferente de la custodia compartida y considera que el único argumento empleado por la sentencia recurrida para mantener la custodia individual es discriminatorio.

El recurso señala que el único aspecto negativo que recoge la sentencia para mantener la custodia individual y rechazar la compartida es que la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada, por lo que no hay garantías de que si antes tuvo imposibilidad de conciliar la vida laboral y familiar, pueda hacerse cargo de sus hijos. Entiende el recurrente que este razonamiento encierra una discriminación entre los progenitores y es contrario al principio de igualdad.

11. El art. 14 CE, que el recurrente no menciona, comienza estableciendo una cláusula general de igualdad, para, a conti-

nuación, prohibir unos concretos criterios de discriminación (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social). Estos criterios o supuestos, que no se limitan a los mencionados en dicho artículo, puesto que no contiene una lista cerrada, *«representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»* (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

El recurrente no menciona el supuesto en virtud del cual es discriminado, motivo por el cual no es posible entrar a conocer sobre la alegada discriminación. Y ello porque para poder hablar con propiedad de discriminación no basta con un trato desigual, sino que es necesario que sea injustificado y basado en la aplicación de uno de los supuestos que la CE o los convenios o tratados internacionales definen como discriminadores.

12. Por lo que se refiere a la vulneración del principio de igualdad, nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 200/2001, de 4 de octubre, establece:

«a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor gene-

ralmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas».

En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades de trato que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

13. Por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de los cónyuges en la guardia y custodia de los hijos comunes, dijimos en nuestra sentencia de 4-03-14 (recurso de casación núm. 41/2013):

«El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuges en las relaciones parentales, y así constaba en el propio enunciado de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, actualmente incorporada al CDFa; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progenitores, el padre o madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor.

Lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior».

14. Sentado lo anterior, en el presente caso la sentencia recurrida, al mantener la custodia individual a favor de la madre, no incurren en desigualdad alguna, por lo que el recurso debe ser desestimado por este motivo.

La sentencia valora las circunstancias que concurren en el presente caso, concluyendo, tal como hizo la de primera instancia, que, aunque la disponibilidad laboral de ambos padres es similar, requiriendo ambos el uso de apoyos para atender a los hijos, la predisposición del padre para es-

tar con sus hijos ha sido muy limitada por su imposibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar, razón por la que ha sido la madre la que se ha venido haciendo cargo de los hijos.

Como puede verse, la propia resolución establece una clara diferencia en la implicación que ambos progenitores han tenido hasta ese momento en el cuidado de los hijos comunes, y esa diferencia es la que justifica la decisión de mantener la custodia individual de la madre.

La resolución no trata de manera desigual a ambos progenitores, sino que parte de un criterio objetivo y razonable que justifica su decisión, basado en el interés de los menores: la desigual implicación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos. Por tanto, la valoración que hace la sentencia de apelación de los hechos declarados probados no puede ser calificada de irracional, ilógica o arbitraria.

15. El recurrente hace referencia también en su recurso a la exploración judicial practicada en segunda instancia, considerando que debe ser valorada con prudencia. Señala que no debe ser la voluntad de los menores la que decida el litigio, mencionando al respecto doctrina de este Tribunal.

Es cierto que esta Sala ha venido considerando, tal como manifiesta el recurrente, entre otras en sentencias de 10-07-13 y 12-07-13 –esta última en el recurso 17/2013–, que la opinión de los menores *«(...) debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne 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 per-*

mite 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».

Sin embargo, esto solo significa que la opinión de los hijos menores no es el único factor a tener en consideración, ni constituye un criterio preferente al que haya que atender en todo caso. Pero en modo alguno impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorarla junto con otros factores para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado.

Tal como recoge la sentencia, la exploración pone de manifiesto la buena relación de los hijos con los dos progenitores y su satisfacción con las estancias fijadas en el sistema de custodia individual vigente.

CUARTO.- Examen del segundo motivo de casación.

16. El recurso entiende infringido el art. 81.3 en relación con el art. 79.5, ambos del CDFFA.

El recurrente, que interesó en su demanda la limitación hasta el 31-12-15 del derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido a la esposa en el convenio de divorcio con carácter indefinido, considera que la sentencia recurrida no ha valorado la alteración de las circunstancias económicas de la esposa, que han mejorado respecto a la que tenía cuando se acordó el divorcio.

El recurso efectúa una nueva valoración probatoria, reexaminando la prueba practicada, lo que está vedado en el recurso de casación. Para ello debería haber

planteado el correspondiente motivo de infracción procesal. Al no hacerlo así, su pretensión debe ser rechazada.

17. También alega que el plazo fijado en la sentencia de instancia, confirmado por la de apelación, que mantiene el uso de la vivienda a favor de la esposa hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (4-05-23), es contrario a las reglas de la lógica y a la equidad, contrariando lo dispuesto en el art. 81.3 CDFFA, puesto que un plazo de 15 años convierte en la práctica en indefinida la atribución del derecho de uso, impidiendo a uno de los copropietarios, el recurrente, planificar y organizarse económicamente y disponer del bien principal adquirido durante el matrimonio.

18. El precepto dispone: «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».

Se trata de una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico.

En el presente caso la resolución recurrida respeta plenamente el contenido del art. 81.3 CDFFA, puesto que establece una limitación temporal acorde con las circunstancias concurrentes en la familia, ya que tiene en cuenta la edad de los hijos menores y las posibilidades económicas de cada progenitor. Ambos factores fueron analizados con detalle en la sentencia de instancia, análisis asumido por la sentencia de apelación al confirmarla.

Así, la sentencia de instancia pone de manifiesto que los ingresos del padre son muy superiores a los de la madre, manteniendo la atribución del uso de la vivienda a favor de esta última, con la que conviven los hijos, hasta el 4-05-23, por ser la fecha

en que el menor de los hijos comunes será mayor de edad, «momento en el que se alcanza un grado de madurez que permite asumir de forma serena lo que supone un cambio de residencia».

La diferencia retributiva entre los progenitores y esperar a que se alcance la mayoría de edad por el menor de los hijos son criterios objetivos y razonables para fijar el período de atribución del uso de la vivienda familiar, que en modo alguno infringen las reglas de la lógica y la equidad, y no desvirtúan la limitación temporal exigida por el precepto, por lo que el recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- Costas.

19. Desestimado el recurso de casación, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas corresponde efectuarlo a la parte recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

20. Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

las Audiencias Provinciales en su configuración unipersonal, en procedimientos de juicio verbal por razón de la cuantía (art. 82.2.1º.II LOPJ), que las mismas no son susceptibles de recurso de casación por no haber sido dictadas por tribunal colegiado (arts. 477.2 y 483.2.1º Lec.). Se reproduce el ATS 18/2/2015 (rec. 603/2014). Criterio del TS que ha sido refrendado por el TC en el Auto 300/2014, de 15 diciembre (rec. amparo 2875/2014). Entiende la Sala que esta jurisprudencia del TS sobre el art. 477 Lec., en relación con el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, es vinculante, como se razonó en el ATSJA de 16/4/2010 que declaró la inadmisión del recurso de casación contra sentencia recaída en procedimiento de formación de inventario del art. 809 Lec. para la liquidación del régimen económico matrimonial.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 82.2 LOPJ, 477.2 y 483.2 Lec., 2.1 Ley 4/2005, de 14 de julio, sobre la casación foral aragonesa.

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

NÚM. 27

A. TSJA de 14 de octubre de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: No cabe contra sentencias de Audiencia en su configuración unipersonal: *El TS ha resuelto de modo reiterado, con ocasión de la admisión o inadmisión a trámite de los recursos de casación contra sentencias recaídas en recursos de apelación dictadas por*

NÚM. 28

S. TSJA 24/2015 de 5 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida. *No cabe aceptar las afirmaciones contenidas en el recurso sobre falta de toma en consideración en la sentencia impugnada de las distintas circunstancias concurrentes en el caso que debían servir de base para excluir la custodia compartida, según la prevención legal del art. 80.2 CDFa. Por el*

contrario, consta que los factores a considerar (falta de un plan de organización familiar del recurrente, la edad del hijo menor, el arraigo social y apoyo familiar de cada padre, la adaptación del menor a la nueva situación o la posibilidad previsible de acodo del padre al sistema de custodia compartida) han sido tratados en el marco de apreciación probatoria que corresponde a los tribunales de instancia.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFa.

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

los afectados, pues la falta de vecindad civil conduce al punto de conexión de la residencia (arts. 47 y 48 Convenio de La Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010).

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *Desestimado el motivo por infracción procesal (infracción de la carga de la prueba y falta de motivación), el recurso de casación cita como infringidos preceptos genéricos (arts. 75.2 y 76.2.b CDFa) que no constituyen la ratio decidendi de la sentencia y cuya viabilidad para sustentar un recurso de casación exige que sean conectados con el precepto específico que los desarrolle, que en el caso es el art. 80.2 CDFa. El criterio legal del art. 80.2 sobre la custodia compartida, como hemos dicho en múltiples ocasiones, no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir 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. En el caso han sido apreciados como factores para excluir la custodia compartida la falta de interés del padre en la comunicación con su hija y el largo período de distanciamiento del menor con su padre.*

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Juicio de proporcionalidad: *La doctrina jurisprudencial del TS se contiene, entre otras, en la STS 4/2014, y ha sido asumida por esta Sala en sentencias tales como la 18/2012, de 20 de abril.*

NÚM. 29

S. TSJA 27/2015 de 6 de octubre de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *Legislación aplicable al caso: Se trata de un matrimonio contraído en Ecuador (Quito) por nacionales de dicha República que tuvieron también allí descendencia común, todos ellos con residencia habitual en España en la actualidad. Así las cosas, el art. 8.a del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 Cc. hasta la Ley 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud del art. 5.1 del Convenio de La Haya de 19/10/1996, y a los alimentos, por así resultar del art. 3.1 del Protocolo de La Haya de 23/11/2007, en ambos casos por razón de la residencia del menor. Entre las leyes españolas, la aplicable es la aragonesa por ser Aragón el territorio de residencia de todos*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 75.2, 76.2.b y 80.2 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D Javier Seoane Prado.

NÚM. 30

S. TSJA 28/2015 de 7 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Falta de motivación de la sentencia: *Se desestima el motivo por infracción procesal que alega vulneración del art. 24 CE por incurrir en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, pero se estima el motivo de casación que denuncia infracción del art. 80.2 CDFa, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios. Después de recordar la constante jurisprudencia de la Sala, que se recoge en la STSJA 36/2013, de 18 de julio, con referencia a la S de 1/2/2012, se afirma que en resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se evidencia en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. A contrario sensu, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia. La sentencia impugnada revela una evidente incoherencia, no se tiene en cuenta que el padre haya pasado a residir en Zaragoza, ni se atiende la clara recomendación del informe psicológico propugnando la custodia compartida, por lo que procede estimar el motivo y revocar la sentencia.*

MEDIDAS JUDICIALES: Limitaciones al principio de justicia rogada: *En los procesos atinentes a menores no rige con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1 Lec.), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4ª, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4 Lec.).*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFa; arts. 752, 770, 771, 774, 775 y 777 Lec.

PONENTE: Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas –entre ellas, la custodia individual del menor Alejandro– acordadas en la sentencia de 17 de marzo de 2011 recaída en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Se pidió, concretamente, que se estableciera la custodia compartida del hijo común, y el correspondiente régimen de visitas y de contribución a los gastos de aquél. Se alegó, como fundamento básico de la pretensión, que había variado la circunstancia que determinó dicho régimen,

cual era el hecho de vivir el padre (actor y ahora recurrente) en Tarazona.

La sentencia de primera instancia, a la vista de los factores que establece el artículo 80.2 del CDFA, llegó a la conclusión de que no concurren en el caso elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente al interés del menor, por lo que acordó el régimen de custodia compartida.

La sentencia de apelación –con base en consideraciones que después analizaremos– revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre, decisión contra la que se formula el presente recurso extraordinario.

SEGUNDO.- El primero de los motivos se formula por infracción procesal, con base en el art. 469.1.4º LEC. Alega la parte vulneración del art. 24 CE, al considerar que ha incurrido la Sala en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, cuyo resultado –se afirma en el recurso– se ha obviado.

La sentencia objeto de impugnación expresa:

«Así, el informe psicológico practicado (folio 197 y ss) revela una alta conflictividad parental, siguiendo la demandada tratamiento psicológico desde mayo de 2013, habiendo acudido en septiembre de 2010 a consulta de trabajo social (folios 209 y 210).

El padre reconoce colaborar los fines de semana con la Asociación Yuca, y también los lunes y jueves de 6 a 7 h. de la tarde, llevando allí al menor cuando está en su compañía.

La madre ha sido la principal cuidadora del hijo menor, habiendo adaptado sus requerimientos laborales como auxiliar de enfermería a las necesidades del hijo, teniendo plena disponibilidad horaria para ello.

La perito recomienda un reparto de períodos alternativos con el hijo Alejandro, nacido el 12-12-2006, por entender que el menor muestra cierto posicionamiento hacia la madre, sin embargo, reconoce que el menor mantiene buena relación con el padre».

En efecto, las expresiones entrecuilladas son reflejo de las que en el informe se contienen, por tanto no es cierto (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá) que se haya ignorado la prueba en cuestión, ni que se haya incurrido en error manifiesto en su valoración.

En el desarrollo del motivo indica la parte que no se ha argumentado de manera congruente la decisión de no adoptar los postulados del informe, y que se han obviado otras pruebas y actuaciones; reproduce a continuación unos fragmentos de su escrito de oposición a la apelación en los que reprocha la conducta de la contraparte, y concluye que la resolución «ha fallado en contra del régimen preferente de custodia compartida del Código Foral de Aragón, no solo sin argumentar correctamente el haber encontrado argumentos para desmarcarse de dicho régimen preferente sino directamente mediante una interpretación arbitraria e irracional (...)».

Se utiliza, así, una técnica defectuosa, pues en el mismo motivo se mezclan diversas infracciones procesales (arbitrariedad en la valoración de la prueba y, aunque sin enunciarlo, falta de motivación) y sustantivas, con alegaciones ajenas al objeto del recurso.

Por todo lo anterior, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el motivo de casación se denuncia infracción del artículo 80.2 del CDFA, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios.

De acuerdo con una constante jurisprudencia de esta Sala, que se recoge en la STSJA n° 36/2013, de 18 de julio:

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

La sentencia de la Sala de 1 de febrero de 2012 (recurso 24/2011), resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el 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 preferen-

te 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 resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se evidencia en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. (Así, SSTSJA de 27 de febrero de 2013, 8 de febrero de 2012, 1 de febrero de 2012, 19 de octubre de 2012). A *contrario sensu*, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia.

CUARTO.- La sentencia recurrida (Fundamento Segundo) refiere que la demanda se fundó en el hecho de vivir actualmente el actor en María de Huerva, mientras que al tiempo del divorcio residía en Tarazona, donde trabajaba. Y expresa: «Al tiempo de presentar la demanda el actor trabajaba en Tarazona, distancia considerable de Zaragoza donde reside el menor con su madre, haciéndolo ahora en Zaragoza (...)». Pero después, en otro pasaje (párrafo penúltimo del Fundamento tercero) expresa que «No existe, ni se ha probado en el presente proceso, circunstancia alguna que motive el cambio de custodia pretendido por el actor (...)».

La mera lectura de la sentencia impugnada revela pues, como pone de manifiesto

el recurrente, una evidente incoherencia. Y es clara la relevancia de la cuestión a la que atañe, ya que, como se ha dicho, fue precisamente el cambio en cuestión lo que sustentó la pretensión del actor de modificación de medidas.

QUINTO.- La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, aduce que la modificación se pidió con base en un cambio de circunstancias no invocada ni justificada en la demanda, cuando lo que debe valorarse es la situación personal de las partes en el momento en que se interpone la demanda, ya que lo contrario infringe el principio de seguridad jurídica y le causaría indefensión.

Olvida la demandada, con ese modo de razonar, que en los procesos atinentes a menores no rige con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4^a, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4).

Sucede, además, que en el acto del juicio, como consta en la grabación, ya se indicó por la Letrada al hilo de la presentación del documento acreditativo de la superación de la oposición, que podría elegir plaza, por lo que al curso siguiente probablemente ya estaría en Zaragoza.

SEXTO.- No obstante lo anterior, el mero hecho de que el padre haya pasado a residir (al tiempo del dictado de la sentencia recurrida y como se expresa en ella, también a trabajar) en Zaragoza, podría no bastar para variar, sin más, el régimen existente. Pues hace falta –habremos de repetirlo– que el cambio aparezca como más conveniente al interés del menor.

Corresponde por tanto a continuación, detenerse en las demás circunstancias a que alude la sentencia en su fundamentación, pues podría ocurrir que, pese a la modificación aludida, cupiera concluir la suficiencia de aquellas para sustentar la decisión.

Se alude, primeramente, a la ausencia de un plan organizativo concreto sobre la asunción de los cuidados del menor por el padre. Es ésta una expresión vaga, que no atiende (al menos no se nos dice por qué razón no lo tiene en cuenta) el dato de que en el informe pericial, y pese a que señala que *ambos progenitores* necesitan apoyos para compaginar su vida laboral y el cuidado del menor, se expresa que el régimen de custodia compartida propuesto permite cubrir todas las necesidades del menor. Tampoco en ese informe se contempla como un inconveniente (y no parece que lo sea ni la sentencia razona por qué lo considera así) la segunda de las circunstancias que menciona la resolución, cual es que el padre carece de vivienda independiente, al margen de familiares. En tercer lugar, se apunta la pendencia de un proceso penal seguido contra el actor por violencia de género. Está aportada la sentencia firme absolutoria, en la que se indica que la denuncia por malos tratos se presentó en fecha 19 de febrero de 2014 (es decir, después del inicio del proceso de modificación de medidas) y lo fue por hechos ocurridos en meses y días no especificados de los años 2005, 2006 y 2009, apreciándose la prescripción.

No cabe, en absoluto, acoger las alegaciones de la contraparte en su escrito de oposición al recurso, cuando afirma que, pese a la sentencia absolutoria, debe aplicarse el artículo 80.6 del CDFA, ya que los hechos denunciados sirven como indicios fundados de violencia sobre la esposa. Esta afirmación es completamente gratuita y además no tiene en cuenta la interpretación que de dicho precepto ha hecho esta Sala en su sentencia de 2 de julio de 2013 dictada en recurso de casación 7/2013.

SÉPTIMO.- En fin, la sentencia guarda silencio sobre la clara recomendación que hace el informe psicológico, propugnando la custodia compartida, y del que cabe destacar que el niño se relaciona con su padre según el sistema acordado, de forma regular y sin dificultades; que ambos progenitores son referentes para el menor, expresando un buen concepto de los mismos; que el niño expresa su deseo de pasar más tiempo con su padre, aunque también muestra su preocupación porque valora que un cambio en este sentido afectaría emocionalmente a su madre. Esto último lleva a la experta a la afirmación de que el mantenimiento de la situación existente puede dar lugar a un distanciamiento del niño con su padre en defensa de la postura de la madre, por lo que considera importante reforzar la relación paterno filial, aconsejando finalmente que el niño permanezca con cada uno de los progenitores en períodos mensuales alternos.

Por cuanto ha quedado expuesto, considera la Sala que procede estimar el motivo y revocar la sentencia, manteniendo el pronunciamiento del Juez de primera instancia.

OCTAVO.- La estimación del recurso de casación determina la no imposición de las costas devengadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la LEC.

NÚM. 31

S. TSJA 29/2015 de 8 de octubre de 2015

61: PERSONA Y FAMILIA. EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS A CARGO: Limitación del efecto de cosa juzgada: *Por sentencia de 2008 se suspendió temporalmente el pago de la asignación compensatoria, y se estableció que dicha obligación recobrará vigencia en cuanto el demandado (en incapacidad laboral transitoria) consiga un nuevo empleo. En 2013 el Juzgado ordena el levantamiento de la suspensión del abono de la pensión compensatoria y fija su cuantía en 290 euros mensuales, porque el demandado se encuentra desde abril de 2008 en situación de Incapacidad Permanente Absoluta y cobra una pensión de 876 euros mensuales. Alegada vulneración de los efectos de la cosa juzgada (art. 222 Lec.), la Sala recuerda que estos efectos resultan limitados en los procesos de familia, en los que se relativiza la cosa juzgada, para salvaguardar los intereses en conflicto y mantener la fórmula de rebus sic stantibus (permaneciendo el estado de las cosas). Una decisión sobre el reconocimiento de derechos en esta materia, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los arts. 100 y 101 Cc., si concurre una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (SSTS 917/2008, de 3/10, 508/2011, de 27/6, y 1/2012, de 23/1).*

Aplicación del Código civil: Como ya se ha establecido en la STSJA 18/2015, de 29 de junio, con referencia a otras anteriores, la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio. En estos casos es de aplicación la regulación establecida en el art. 97 del Código civil. Dada la similitud sustancial de naturaleza y función entre ambas regulaciones, procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero par-

tiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc.

Naturaleza: *Se reitera que la asignación compensatoria del art. 83 CDFa no tiene en lo sustancial un naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria, aunque no es preciso que la pareja sea matrimonio. Acerca de la naturaleza y función de la asignación compensatoria se transcribe lo que indica la STS 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada.*

Revisión por variación sustancial: *El elemento relevante para la revisión, tanto en el art. 83.4 CDFa como en el 100 Cc., es el de la consideración de si en el caso de autos se ha producido o no una variación sustancial. Como expresa la norma, basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida, tanto en su cuantía como en su duración y exigibilidad. Habiendo obtenido el demandado el derecho a una pensión, a consecuencia de la nueva situación de Incapacidad Permanente Absoluta, concurren los elementos fácticos para apreciar la alteración de circunstancias, en forma transcendente y duradera, lo que permite la revisión de la decisión suspensiva anteriormente acordada, dejándola sin efecto, de manera que la pensión compensatoria vuelve a ser exigible.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 222 Lec., 83 CDFa, 97, 100, 101 Cc.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ANTECEDENTES RELEVANTES

PRIMERO.- Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso:

1.- D. C. L. Á. y D^a A. C. H. contrajeron matrimonio en Zaragoza, el día 11 de septiembre de 1971.

2.- De dicho matrimonio nacieron y sobreviven dos hijos, que eran mayores de edad e independientes cuando se tramitó el proceso de divorcio.

3.- Por sentencia de 26 de abril de 2006, del Juzgado de 1^a Instancia n^o 16 de Zaragoza, se declaró el divorcio de los citados cónyuges y, entre otros pronunciamientos, se ordenó una pensión compensatoria vitalicia que el Sr. L. Á. entregará a la Sra. C. H. en cantidad de 250 euros mensuales.

4.- Dicha sentencia fue revocada parcialmente por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 27 de octubre de 2006, en la que se acordó que la pensión compensatoria a favor de D^a A. C. H. sería de 300 euros mensuales.

5.- D. C. L. Á. instó la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, siendo tramitado el proceso ante el Juzgado de 1^a Instancia antes citado. Recayó sentencia en primera instancia de fecha 9 de mayo de 2008 cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «que estimando la demanda formulada por la representación de D. C. L. Á. contra D^a A. C. H. sobre modificación de medidas, debo declarar y declarar haber lugar a ella, suspendiendo temporalmente por esta sentencia la vigencia del efecto 7^o de la sentencia de divorcio de 26 de abril de 2006 en el que se obliga al Sr. L. al pago de una pensión compensatoria mensual a la Sra. C., obligación que recobrará vigencia en cuanto el demandado consiga un empleo. No se hace expresa condena en costas». Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, por sentencia de 20 de enero de 2009.

6.- La representación de D^a A. C. H. ha instado la modificación de medidas adoptadas en la sentencia anterior, solicitando

la reanudación de la vigencia de la pensión compensatoria, cuya cuantía considera que debe quedar fijada en 347,70 euros mensuales. Tras la tramitación del proceso el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza dictó sentencia estimando la demanda y ordenó el alzamiento de la suspensión de abono de la pensión compensatoria establecida a favor de Dª A. C. H., fijando su cuantía en 290 euros mensuales. Declara que el Sr. L. se encuentra en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, con efectos de 18 de abril de 2008, y que se ha establecido una pensión a su favor en la cuantía de 876,16 euros brutos, 806,90 euros netos en catorce pagas. Efectúa consideraciones acerca de sus ingresos y gastos, y declara comprobado que sus ingresos medios se encuentran entre 941 y 1022 euros mensuales.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la representación de D. C. L. Á., la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, ha dictado sentencia en fecha 31 de marzo de 2015 en sentido desestimatorio del recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida. Lo hace expresando que la suspensión de la pensión compensatoria no era correlativa a la recuperación o no de empleo por parte del recurrente sino que hacía incidencia sobre su efectiva capacidad económica, percibiendo en ese momento –el de la suspensión– la cantidad de 450 euros mensuales por I.L.T., mientras que en la actualidad los ingresos del demandado son de 941 euros mensuales y la actora percibe 426 euros al mes, ingresos análogos a los del divorcio.

MOTIVOS DEL RECURSO

SEGUNDO.- La representación procesal de D. C. L. Á. ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El motivo por infracción procesal denuncia la infracción de lo

dispuesto en el artículo 222 de la LEC, al concurrir cosa juzgada. El motivo en que se fundamenta el recurso de casación denuncia la infracción del artículo 83, apartados 4 y 5, del Código de Derecho Foral (CDFA).

La expresión en el mismo escrito de un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal juntamente con el relativo al recurso de casación se ampara en lo establecido en la Disposición Final Décimo Sexta, regla primera, de la LEC.

Ambos motivos del recurso han sido admitidos a trámite por auto de fecha 22 de junio de 2015, en el que se expresa que el motivo del recurso de casación se ha de contraer a las consideraciones jurídicas que en el mismo se expresan, sin afectar a la valoración probatoria efectuada en las instancias.

EXAMEN DEL MOTIVO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al entender la parte recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe lo establecido en el artículo 222 de la LEC, al concurrir cosa juzgada, por haberse pronunciado sobre la suspensión de la prestación de pensión compensatoria acordada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia dictada en fecha 9 de mayo de 2008, que es firme, de forma que el levantamiento de dicha suspensión sin concurrir la circunstancia fáctica expresada en el fallo vulnera los efectos de cosa juzgada formal y material. Invoca también la infracción del artículo 400 de la LEC, juntamente con el principio de seguridad jurídica (artículo 118 de la Constitución española) y aduce indefensión para el Sr. Losada (artículo 24 de la norma fundamental).

Desarrolla el motivo expresando que, al existir un pronunciamiento judicial firme de suspensión temporal de la obliga-

ción del pago de la pensión compensatoria, en los términos que en el fallo aparecen, y que han sido transcritos en el primer fundamento de derecho, la decisión judicial recaída en el presente proceso ordenando el recobro de la vigencia de dicha obligación sin que el Sr. Losada haya conseguido un empleo es vulneradora de los preceptos citados y produce inseguridad jurídica e indefensión.

CUARTO.- Con carácter general el artículo 222 de la LEC establece el efecto de la cosa juzgada respecto de las decisiones adoptadas en sentencias firmes, efecto que se apoya en razones de seguridad jurídica, de modo que el contenido de las resoluciones judiciales firmes tiene fuerza de vincular en otros procesos, bien de forma negativa o excluyente, cuando se intenta repetir el ejercicio de la misma acción en un nuevo proceso, bien de forma positiva o prejudicial, cuando se plantea un segundo juicio ejerciendo acciones que han de tener como punto de partida, y en ningún caso contradecir, lo resuelto en la sentencia anterior –sentencia del Tribunal Supremo 271/2014, de 5 de junio y las que en ella se citan–.

No obstante, este efecto resulta limitado en los procesos de familia, en los que se produce una relativización de la cosa juzgada, para salvaguardar los intereses en conflicto y mantener la fórmula de «*rebus sic stantibus*» (permaneciendo el estado de las cosas). Reiterada jurisprudencia ha establecido que una decisión sobre el reconocimiento de derechos en esta materia, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código civil, si concurre una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores: sentencias del Tribunal Supremo 917/2008, de 3 de octubre, 508/2011, de 27 de junio, y 1/2012, de 23 de enero.

En el caso presente es de observar que la sentencia dictada por el Juzgado en fe-

cha 9 de mayo de 2008 adoptó en el fallo la decisión que se ha transcrito, aunque en su fundamentación (fundamento de derecho segundo) expresaba que «de momento al menos el demandante no está en condiciones de trabajar, sino en trabajos que requieren poca agudeza visual y por ello escasamente retribuidos, de modo que al menos mientras siga en situación de incapacidad transitoria debe suspenderse su obligación del pago de la pensión sin perjuicio de lo que pudiera establecerse más adelante si cambia su situación laboral». Aunque la literalidad de la parte dispositiva se expresa en los términos citados, de su fundamentación jurídica puede desprenderse con facilidad que la decisión de suspensión quedaba sometida a revisión en caso de producirse cualquier cambio en la situación laboral.

QUINTO.- El motivo de recurso por infracción procesal debe ser desestimado ya que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expresada, la decisión judicial precedente puede ser objeto de revisión cuando se acredite un cambio relevante en las circunstancias concurrentes.

En el caso de autos la sentencia de primera instancia expresa que el Sr. L. no va a poder conseguir un empleo, al encontrarse en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, reconocida por el I.N.S.S. con fecha de efectos a 18 de abril de 2008. Pero habiendo obtenido el derecho a una pensión, consecuencia de la declaración de incapacidad, en los términos y la cuantía que se relata en las sentencias de primera y segunda instancia, concurren los elementos fácticos para apreciar la alteración de circunstancias, en forma trascendente y duradera, lo que permite la revisión de la decisión suspensiva anteriormente acordada, de conformidad con lo establecido en los preceptos citados y en el artículo 79.5 del CDFIA.

EXAMEN DEL MOTIVO DEL RECURSO DE
CASACIÓN

SEXTO.- El recurso de casación se interpone por un motivo único, en el que la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 83, apartados 4 y 5, del CDFa, al no tener en cuenta la sentencia dictada la desaparición del desequilibrio que servía de sustento a la asignación compensatoria establecida a cargo del esposo, como consecuencia de la pérdida absoluta de su capacidad laboral y nuevas necesidades propias de la ceguera que padece. Desarrolla el motivo alegando que el fallo recurrido establece un incremento de la pensión compensatoria aun a pesar del claro decremento de los ingresos del Sr. L. Tras indicar que la sentencia dictada no ha tenido en consideración las necesidades propias del pagador, y que en la perceptora no ha existido variación sustancial de sus ingresos, concluye entendiendo que la variación no cumple las exigencias del artículo 83.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (debe entenderse del CDFa) exigido legalmente para la estimación de la pretensión de la actora.

Para el examen del motivo de casación es necesario considerar: a) la aplicabilidad al caso de las normas reguladoras de la asignación compensatoria; b) la naturaleza de la pensión compensatoria; c) la existencia de variación sustancial.

SÉPTIMO.- La demanda de modificación de medidas expresaba, en su hecho primero, que del matrimonio contraído por los litigantes «existen dos hijos, a los que en nada afecta este proceso pues eran independientes, incluso, cuando se tramitó el proceso de divorcio entre las partes». Este hecho no es negado en la contestación a la demanda.

Partiendo de esta situación fáctica consideramos inaplicable al caso la regulación que en el artículo 83 del CDFa se efectúa sobre la asignación compensatoria, que se

incluye en el libro I, título II, capítulo primero, sección tercera, cuya rúbrica es «*efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*». Como ya ha establecido esta Sala en sentencia 18/2015, de 29 de junio, con referencia a otras anteriores, la asignación compensatoria del artículo 83 CDFa no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio. En ella se afirma: «*La Ley 2/2010 ha sido posteriormente refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el CDFa, aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud de Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del Título II del Libro 1º de dicho cuerpo legal, artículos 75 a 84, bajo la rúbrica «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo».*

El artículo 75.1 CDFa no deja duda acerca de que el objeto de la sección 3ª –en la que se incluye el artículo 83– no es otro que 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».

En estos casos es de aplicación la regulación de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código civil.

OCTAVO.- En reiteradas sentencias ha establecido esta Sala que la asignación compensatoria prevista en su momento en el artículo 9 de la Ley Aragonesa 2/2010, hoy en el artículo 83 del 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, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. Así se expresan las sentencias de 15/2011, de 30 de diciembre, 1/2012, de 11 de enero, y 18/2015, de 29 de junio.

Acerca de la naturaleza y función de la pensión compensatoria la sentencia del Tribunal Supremo 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada, indica que *«como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero: La pensión compensatoria –declara– «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:*

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Dada esa similitud sustancial procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 97 del Código civil general, en cuanto a la pensión compensatoria fijada a favor de la Sra. C. H.

NOVENO.- En el motivo de recurso de casación el recurrente invoca la infracción

de los apartados 4 y 5 del artículo 83 del CDFIA. El primero se refiere a la revisión de la asignación en casos de variación sustancial de la situación económica del percceptor o del pagador.

Trasladado el sentido de la norma a la exégesis y aplicación de la regulación establecida en el Código civil, singularmente en su art. 100 (*Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen*), el elemento relevante es el de la consideración de si en el caso de autos se ha producido o no esa variación sustancial. Como expresa la norma, basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida, tanto en su cuantía como en su duración y exigibilidad.

La parte recurrente se extiende en consideraciones fácticas sobre la situación de uno y otro de los que fueron cónyuges, y realiza apreciaciones sobre la renta finalmente disponible por cada uno de ellos. De este modo desenfoca la cuestión jurídica que ha de ser centrada, según hemos expresado –y advertimos ya en el auto de admisión–, en la existencia de modificación sustancial en la situación económica de alguno de los litigantes.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial expresan claramente la modificación producida en la situación jurídica y económica del Sr. L., motivada por la nueva situación de Incapacidad Permanente Absoluta. Este hecho, no combatido adecuadamente en el recurso, constituye la razón para que resulte posible la modificación de la pensión compensatoria en cuanto a su exigibilidad, dejando sin efecto la suspensión acordada en sentencia anterior.

Las razones expuestas hacen decaer igualmente la pretensión de que la pensión compensatoria se declare extinta.

En consecuencia el recurso de casación ha de ser desestimado, procediendo la confirmación de la sentencia impugnada.

COSTAS

DÉCIMO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, si viniere a mejor fortuna y en los términos establecidos por el art. 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

32

NÚM. 32

S. TSJA 32/2015 de 15 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *La sentencia de divorcio (diciembre de 2012) estableció un régimen de custodia distinto para cada una de las hijas mellizas, ambas aquejadas de minusvalías, para una (con autismo y discapacidad del 68%) custodia individual a cargo de la madre, para la otra (con retraso mental leve y discapacidad del 38%), custodia compartida, con alternancia bimensual. Decisión confirmada por la sentencia de apelación que, recurrida en casación, fue desestimado el recurso (STSJA 20/10/2013). Ahora, transcurrido un año y cuatro meses desde el divorcio, la madre ha solicitado tener la custodia individual de las dos hijas, el Juzgado mantiene la custodia compartida de una de ellas pero por turnos semanales, mientras la Audiencia ha acordado la custodia individual a cargo de la madre de ambas. El padre alega in-*

fracción del art. 80.2 CDFa al no haber variado las circunstancias. Las sentencias están motivadas y se fundamentan en la prueba practicada, por lo que no cabe entender que haya infracción del art. 80.2 CDFa.

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 80.2 CDFa.*

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

33

NÚM. 33

S. TSJA 33/2015 de 16 de octubre de 2015

61: PERSONA Y FAMILIA. EN GENERAL: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO HABIENDO HIJOS: Aplicación del Código civil. Siendo los cónyuge aragoneses el régimen jurídico que regía su matrimonio mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el Derecho civil aragonés, contenido en el CDFa (art. 14, en relación con el 9.2, ambos del Cc.). El CDFa regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal (art. 81). Sin embargo, este precepto se incluye en el Libro I (derecho de la persona), Título II (relaciones entre ascendientes descendientes), Cap. II (deber de crianza y autoridad familiar) y Secc. 3ª (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, está previsto para regular las consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero cuando no hay descendencia, no existe regulación propia en Derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas del Cc., en concreto el art. 96, párrafo tercero, respecto del uso de la vivienda conyugal.

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS: Aplicación del Código civil: *No es de aplicación al caso el art. 83 CDFa, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Ya se ha sostenido así en sentencias anteriores: 18/2015 y 29/2015. La pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el art. 97 Cc. Dada la similitud sustancial entre la regulación aragonesa y la del Cc. procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc. general.*

Naturaleza: *Se reitera que 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. Esta naturaleza y función ha sido fijada por el TS: SSTs 864/2010, de Pleno, de 19 enero, 499/2013, de 16 julio, entre otras. El elemento determinante radica en considerar si el matrimonio ha supuesto un perjuicio económico para uno de los cónyuges, lo que se percibe en el momento de la ruptura. En ocasiones la dedicación a la casa, a los descendientes menores o a ascendientes ancianos, puede determinar una pérdida de ingresos por actividad profesional de quien asume esta limitación en sus perspectivas laborales o económicas, y en tales casos la pensión sirve para compensar los sacrificios realizados a favor de la familia y con merma de sus ingresos. Pero la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un auténtico derecho de compensación por vía del art. 97 Cc. (STs 355/2013, de 17/5).*

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL: *No procede en el juicio de separación o divorcio: Se*

alega por el recurrente que en la sentencia de divorcio debía haberse declarado, no sólo la disolución del consorcio conyugal, sino también su liquidación, al no existir bienes consorciales. Pero la sentencia recurrida no infringe el art. 244 CDFa, sino que se atiene a su contenido para declarar la disolución del consorcio conyugal. La liquidación del haber consorcial, caso de existir, se habrá de llevar a cabo con arreglo al procedimiento especial establecido en la Lec., arts. 806 y ss., y no es posible impedir en este proceso que cualquiera de los legitimados pueda instar esa liquidación. Es de tener en cuenta, además, que la parte recurrente considera una situación fáctica –la ausencia de bienes y derechos comunes– que no ha sido objeto de este proceso, no está acreditada y no puede declararse judicialmente en este caso. La pretensión al respecto se ejercitó en la demanda reconvenzional, que no fue admitida a trámite.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 96, 97 Cc., 244 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ANTECEDENTES RELEVANTES

PRIMERO.- Son relevantes para la resolución del recurso los siguientes hechos y actos procesales, acreditados en las instancias:

1.- Don José Manuel y Doña Encarnación contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 20 de septiembre de 2008. El régimen económico matrimonial es el del consorcio conyugal aragonés.

2.- De dicho matrimonio no ha habido descendencia.

3.- Instada demanda de divorcio por la representación de la esposa, el magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Zaragoza, tras el trámite procesal correspon-

diente, dictó sentencia el 5 de diciembre de 2014 que declaró el divorcio de los citados cónyuges, atribuyó el uso del domicilio familiar a Doña Encarnación hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial, estableció una pensión compensatoria a cargo de Don José Manuel y en beneficio de Doña Encarnación de 250 euros mensuales durante doce meses, y declaró la disolución del consorcio conyugal.

4.- Recurrida en apelación por la representación de Don José Manuel, dicha sentencia ha sido revocada parcialmente por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 12 de mayo de 2015, que estima parcialmente el recurso en cuanto al punto primero del fallo, añadiendo únicamente que el uso del domicilio familiar a favor de la actora no podrá exceder de dos años desde la fecha de la sentencia recaída en primera instancia, desestimando el recurso en cuanto al resto de las pretensiones revocatorias, que se referían a la improcedencia de la pensión compensatoria y a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

MOTIVOS DEL RECURSO

SEGUNDO.- La representación procesal de D. José Manuel ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que funda en tres motivos. Todos ellos invocan la infracción de normas de derecho sustantivo aragonés, aunque los dos primeros denuncian también la infracción de disposiciones del Código civil general, en la forma que posteriormente se analizará.

El recurso de casación fue admitido a trámite por auto de 2 de julio de 2015.

EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción

del art. 81 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA, en lo sucesivo) y 96 del Código civil (CC) respecto al uso de la vivienda conyugal, estimando el recurrente que no concurre entre los litigantes interés preferente de protección de uno frente al otro, por lo que entiende improcedente la atribución del dicho uso a la ex esposa.

En defensa de esa afirmación la parte recurrente formula diversas reflexiones sobre las retribuciones de cada uno de los litigantes, además de exponer que el desarrollo de la actividad laboral del Sr. José Manuel y el hecho de estar actualmente cursando estudios en la Universidad le imposibilitan para realizar cualquier otra actividad remunerada.

CUARTO.- Para resolver el motivo es necesario, en primer lugar, determinar la regulación aplicable al caso y a la pretensión ejercitada respecto al uso de la vivienda que fue conyugal.

Siendo los cónyuges aragoneses –hecho que no se discute– el régimen jurídico que lo regía mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el derecho civil aragonés, contenido en el CDFA. Así resulta del art. 14, en relación con el 9.2, ambos del CC.

El CDFA regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal. Así se recoge en el art. 81.

Sin embargo este precepto se incluye en el libro primero (derecho de la persona), título segundo (de las relaciones entre ascendientes y descendientes), capítulo segundo (deber de crianza y autoridad familiar) y sección tercera (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, está previsto para regular las

consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero en casos como el presente, en el que consta que del matrimonio entre Don José Manuel y Doña Encarnación no hubo descendencia, no existe regulación propia en derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas contenidas en el Código civil general, en concreto el art. 96, respecto al uso de la vivienda conyugal.

Ante la inaplicabilidad al caso de la norma aragonesa, hemos de resolver el motivo de recurso analizando si la sentencia recurrida ha infringido el art. 96 del CC, también invocado en el recurso, y para lo cual esta Sala es competente dados los términos en que se expresan el art. 73.1 LOPJ y el art. 478.1, segundo párrafo, de la LEC.

QUINTO.- El art. 96 del CC previene que «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

En el caso de autos es de aplicación el párrafo tercero, y conforme a él corresponde a los tribunales de instancia la determinación de quién sea el cónyuge cuyos intereses son más necesitados de protección,

atendida la prueba practicada, cuya valoración es competencia de estos tribunales. Una vez decidido ese interés más protegible, compete también a las instancias fijar el plazo de uso exclusivo, de modo prudencial.

Al respecto la jurisprudencia del TS ha fijado el criterio de que se trata de una actividad jurisdiccional que el legislador deja al criterio discrecional de los tribunales de instancia, no siendo su decisión revisable en casación, salvo que se aprecie arbitrariedad: Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 11-11-2013, nº 707/2013, rec. 2590/2011; y Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 14-11-2012, nº 700/2012, rec. 785/2010.

La sentencia recurrida expresa las razones por las cuales considera en el caso más necesitado de protección el interés de Doña Encarnación, en razonamientos que se ajustan a la lógica y no aparecen como arbitrarios.

Los razonamientos que formula la defensa de la parte recurrente en apoyo de su recurso relativos a los ingresos de su patrocinado son contrarios a los hechos probados, al afirmar la imposibilidad de que éste tenga otros ingresos que su sueldo como celador, y esta forma de argumentar hace inviable el motivo, por cuanto el recurso de casación ha de formularse con respeto a los hechos probados en las instancias: Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 22-1-2015, nº 20/2015, rec. 1249/2013, y las en ella citadas.

Por todo lo expuesto el motivo se desestima.

EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEXTO.- Articula la parte recurrente este segundo motivo por vulneración del art. 83 del CDFA y 97 del CC, respecto de la fijación de una pensión compensatoria a

favor de uno de los cónyuges, motivo que desarrolla afirmando, en primer lugar, la improcedencia de esa pensión porque el matrimonio no ha supuesto un desequilibrio económico en ninguna de las partes y, seguidamente, que atendidas las circunstancias personales y económicas concurrentes la cuantía es excesiva, no pudiendo castigarse al recurrente con una compensación económica a la que no alcanza con sus ingresos mensuales.

Para la resolución del motivo son trasladables aquí los argumentos expresados en el anterior, en cuanto a la determinación de la norma aplicable, de modo que no es de aplicación al caso el art. 83 del CDFa, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Al efecto ya hemos sostenido en sentencias anteriores –sentencia 18/2015, de 29 de junio, y sentencia 29/2015, de 8 de octubre–, que la asignación compensatoria del artículo 83 del CDFa no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio.

En el caso de autos la pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el artículo 97 del CC.

SÉPTIMO.- En reiteradas sentencias ha establecido esta Sala que la asignación compensatoria prevista en su momento en el artículo 9 de la Ley Aragonesa 2/2010, hoy en el artículo 83 del CDFa, no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del CC a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. Así se

expresan las sentencias de 15/2011, de 30 de diciembre, 1/2012, de 11 de enero, y 18/2015, de 29 de junio.

Dada esa similitud sustancial procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 97 del Código civil general.

OCTAVO.- Invocada por la parte recurrente la improcedencia de la pensión compensatoria, porque el matrimonio no ha supuesto un desequilibrio económico en ninguna de las partes, conviene recordar la naturaleza y función de esta pensión en la forma en que ha sido fijada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada, indica que *«como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero: La pensión compensatoria –declara– «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:*

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

El elemento determinante radica en considerar si el matrimonio ha supuesto un perjuicio económico para uno de los cónyuges, lo que se percibe en el momento de la ruptura. Aunque pudiera resultar paradójico que una institución como el matrimonio, que se contrae voluntariamente y sirve para el complemento de los esposos, que asumen el deber de mutuo auxilio en los términos prevenidos en los arts. 67 y 68 del CC generase perjuicios económicos para uno de los cónyuges, es lo cierto que en ocasiones la dedicación a la casa, a los descendientes menores o a ascendientes ancianos, puede determinar una pérdida de ingresos por actividad profesional de quien asume esta limitación en sus perspectivas laborales o económicas, y en tales casos la pensión sirve para compensar los sacrificios realizados a favor de la familia y con merma de sus ingresos.

Pero en el caso de autos no se produce la concurrencia de los elementos configuradores del supuesto de hecho, al que el art. 97 del CC anuda la consecuencia jurídica: solo consta, y así se recoge en la sentencia impugnada, una convivencia de ocho años y una diferencia de ingresos entre ambos, ciertamente relevante, además de unos ingresos «adicionales» del recurrente que no se precisan (posibles ingresos adicionales, dice la sentencia en su fundamento cuarto).

No ha habido descendencia, no consta una atención a ascendientes, ni una especial dedicación de uno de los cónyuges a la casa y tareas domésticas.

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17-5-2013, nº 355/2013, rec. 419/2011, «*Lo cierto es que el matrimonio no impidió trabajar a la esposa,... que lo sigue haciendo, ni le privó de expectativas laborales, como reconoce la sentencia, lo que supone que tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico. Tampoco se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por la esposa durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia y en concreto por el cuidado del hijo común, mayor de edad, independiente y con trabajo, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos del esposo por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio, pues nada se dice en la sentencia.*

El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. La sentencia no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC».

En consecuencia procede estimar el motivo, y retomando la instancia es conforme a derecho dejar sin efecto el pronuncia-

miento de la sentencia sobre la pensión compensatoria, pues no concurren los presupuestos para el reconocimiento de la pretensión ejercitada por Doña Encarnación.

EXAMEN DEL TERCER MOTIVO DEL
RECURSO DE CASACIÓN

NOVENO.- El tercer y último motivo del recurso se funda en la vulneración del art. 244 del CDFA y de los arts. 806 y siguientes de la LEC, por considerar que procedía haber declarado en la sentencia impugnada no sólo la disolución del consorcio conyugal, como ya se hizo en la sentencia del juzgado, confirmada en este punto por la Audiencia Provincial, sino también su liquidación, al no existir bienes consorciales. Insiste en este punto en los argumentos que ya dedujo en el recurso de apelación.

La sentencia de la Audiencia expresa que «el juzgador de instancia determina en el fundamento de derecho quinto, la disolución del régimen matrimonial y la fecha de efectos de la misma en base al art. 244 del Código de Derecho Foral de Aragón, al margen todo ello de la liquidación propiamente (art. 806 y ss.), en la que puede discutirse los bienes y derechos que forman parte de la comunidad, por lo que no prospera la alegación de la parte apelante a tal efecto» –fundamento de derecho segundo–.

Estos argumentos son ajustados a derecho, de modo que la sentencia recurrida no infringe el art. 244 del CDFA, norma sustantiva que regula las causas de disolución del consorcio, sino que se atiene a su contenido para declarar dicha disolución.

La liquidación del haber consorcial, caso de existir, se habrá de llevar a cabo con arreglo al procedimiento especial establecido en la LEC, arts. 806 y siguientes, y no es posible impedir en este proceso que cualquiera de los legitimados pueda instar esa liquidación.

Es de tener en cuenta, además, que la parte recurrente considera una situación fáctica –la ausencia de bienes y derechos comunes– que no ha sido objeto de este proceso, no está acreditada y no puede declararse judicialmente en este caso. La pretensión al respecto se ejercitó en la demanda reconvenzional, que no fue admitida a trámite.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

COSTAS

DÉCIMO.- La estimación parcial del recurso de casación determina la no imposición de las costas del mismo, conforme al art. 398 de la LEC.

En cuanto a las de las instancias es de confirmar el pronunciamiento efectuado en las respectivas sentencias, que no hicieron especial imposición.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

NÚM. 34

S. TSJA 34/2015 de 2 de diciembre de 2015

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA: Interrupción de la prescripción: Lo que se discute es si ha transcurrido o no el plazo de un año señalado en el art. 310 CDFA. El hecho de que para decidir tal cuestión se haga necesario no solo determinar el dies a quo, que de acuerdo con el art. 310 CDFA se corresponde con el de la extinción de la pareja, sino también acudir a una norma de derecho común, como el art. 1973 Cc., a lo que da lugar es a una cuestión mixta que abarca la aplicación de normas de Derecho común y foral, lo que sujeta la casación a las normas

de casación foral de acuerdo con el art. 478 Lec. En lo que toca a la interrupción del plazo de prescripción, la carta que la sentencia tiene por cursada no es bastante para la interrupción de la prescripción, pues para ello se precisa una declaración de voluntad recepticia que llegue a conocimiento del deudor. Otra cosa cabe decir de la reclamación extrajudicial, en este caso por medio de tercero, que no requiere forma especial alguna pero sí prueba de que ha tenido lugar: los mensajes telefónicos dejados por el testigo en el buzón de voz del demandado no son por sí solos suficientes para producir la interrupción del plazo de prescripción por no asegurar su recepción; pero sí lo es la conversación personal posterior habida entre testigo y demandado en la que le reitera la reclamación de la actora (doctrina jurisprudencial recogida in extenso en STS 746/2008, de 21/7, con criterio que también recoge la STS 596/2012).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 310 CDFa, 1973 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Jose Pedro recurre en casación la sentencia dictada por la secc. 5ª de la AP de Zaragoza, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15. Invoca un único motivo de casación, en el que afirma infracción del art. 310 CDFa en relación con el art. 1973 CC por haber dado lugar a la demanda pese a que la acción ejercitada en ella había prescrito.

La actora, D.ª Tamara, le reclamaba la suma de 23.864,42€ como compensación por el enriquecimiento injusto que habría tenido por consecuencia de las cantidades pagadas por ella para la adquisición de la

vivienda privativa de él, y del mobiliario que permanece en dicho inmueble y que utilizaron en ella durante el tiempo que duró la convivencia extramatrimonial, que se extendió desde el mes de enero de 2004 hasta finales del año 2012, a lo que el demandado opuso prescripción, afirmado que la extinción de la relación se produjo en el mes de septiembre de 2012, y que no hubo reclamación alguna anterior a la presentación de la papeleta de conciliación el día 12 de mayo de 2014, que precedió a la demanda presentada el día 21 de julio siguiente.

La sentencia de primera instancia fijó como datos de hecho relevantes al efecto, que declaró probados:

1) que la convivencia se prolongó hasta el mes de diciembre de 2012, en que cesó por mutuo acuerdo; 2) que entre julio y septiembre de 2013, y por medio de un tercero (Sr. Eleuterio), la actora reclamó o intentó negociar con el demandado el pago de las cantidades que creía le correspondía por consecuencia de la ruptura; 3) que el despacho de abogados al que la actora confió su defensa remitió una carta de reclamación al demandado en el mes de noviembre de 2013; y, finalmente, 4) que la actora presentó papeleta de conciliación el día 12-5-2014.

Como se dice, la demanda fue presentada el día 21 de julio de 2014.

El juzgador de primer grado entiende que la prescripción, iniciada en el mes de diciembre de 2012, fecha de la extinción de la pareja, quedó interrumpida por las reclamaciones que mediaron hasta la interposición de la demanda, que tiene como probadas, de acuerdo con lo establecido en el art. 1973 CC, lo que habría impedido el transcurso del plazo del año establecido en el art. 310 CDFa.

Por su parte, la sentencia de apelación, que expresamente acepta los fundamentos de la sentencia recurrida, establece como afirmaciones clave de su decisión: 1) que la

relación de pareja finalizó en el mes de diciembre de 2012, por razón de acuerdo entre los convivientes de tal fecha, según lo previsto en el art. 309.1.b) CDFA; 2) que ha sido probado que el despacho de abogados al que la actora había confiado su defensa había *curado* una carta al demandado en la que le reclamaba el pago de la correspondiente indemnización; y 3) que dicha reclamación habría producido la interrupción del plazo señalado en el art. 310 CDFA de acuerdo con lo prevenido en el art. 1373 CC, como entendió el juzgador de primer grado, por todo lo cual desestima la apelación.

SEGUNDO.- El recurso de casación se funda en único motivo: vulneración del art. 310.2 CDFA en relación con el art. 1973 CC, al no haber sido apreciada la excepción de prescripción. A tal efecto el recurrente sostiene que 1) el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción comenzó el mes de septiembre de 2012, fecha en que afirma que se produjo la extinción de la pareja; y, 2) que la carta remitida por el despacho de abogados al que la sentencia de apelación anuda la interrupción del plazo señalado en el 310.2 CDFA no puede tener tal efecto por no haber sido acreditada su recepción por el destinatario.

TERCERO.- La recurrida sostiene –art. 485 LEC, párrafo segundo– la inadmisibilidad del recurso, pues a su parecer la invocación del art. 310 CDFA como infringido es meramente instrumental, y que en verdad la norma que se dice vulnerada es el art. 1973 CC, en tanto que lo que se discute es si la interrupción del cómputo del plazo señalado en el primero de los artículos es no acorde con lo preceptuado en el segundo.

Afirma la recurrida que, de este modo, lo que el recurrente pretende es servirse de un recuso de casación foral porque tiene vedado el de derecho común de acuerdo con las normas de la LEC.

Pues bien, en el presente caso, lo que se discute es si ha transcurrido o no el plazo señalado en el art. 310 CDFA. El hecho de que para decidir tal cuestión se haga necesario no solo determinar el *dies a quo*, que de acuerdo con dicha norma se corresponde con el de la extinción de la pareja, sino también acudir a una norma de derecho común, como el art. 1973 CC, a lo que da lugar es a una cuestión mixta que abarca la aplicación de normas de derecho común y foral, lo que sujeta la casación a las normas de casación foral de acuerdo con lo prevenido en el art.478 LEC .

No discute la recurrida que de acuerdo con la ley 4/2005 sobre casación foral aragonesa la sentencia impugnada es susceptible de casación por cuantía, al hallarse conformes las partes en que supera la suma de 6.000€.

En consecuencia, hemos de rechazar la inadmisibilidad alegada por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso.

CUARTO.- Por lo que se refiere al día inicial del cómputo, y sentado que conforme al art. 310 CDFA se corresponde con el de la extinción de la pareja, sostiene el recurrente frente a las sentencias de ambas instancias que la extinción se produjo por su decisión unilateral en el mes de septiembre de 2012, y no de común acuerdo en el siguiente mes de diciembre.

Pues bien, es cierto que el art. 309.1.C) del CDFA dispone que la pareja no matrimonial se extingue por decisión unilateral, pero para que tal efecto se produzca es preciso que quien la haya tomado la notifique fehacientemente al otro, tal y como exige el art. 309.2 CDFA, y ninguna de las sentencias establece como hecho probado ni que el recurrente hubiera decidido la ruptura en el mes de septiembre de 2012, ni que ésta hubiere sido notificada a la recurrida. Muy al contrario, lo que la primera de las sentencias señala es que el cese de con-

vencia que tuvo lugar en dicho mes no respondía a una ruptura, sino a un período de crisis propio de toda unión. Tal conclusión de hecho no ha sido impugnada por la vía de infracción procesal, por lo que permanece incólume en casación, lo que conduce necesariamente a la desestimación del motivo por desconocer los hechos probados en la instancia, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, n.º Sentencia: 417/2015 | Recurso: 1440/2013:

La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014. Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011, 19 abril 2013, 11 junio 2013, 6 febrero 2015.

QUINTO.- En lo que toca a la interrupción del plazo de prescripción, pese a lo que se arguye en el recurso, no cabe reducir los actos interruptivos a uno solo de los tres estudiados en la primera instancia en razón de que la sentencia de apelación tan solo hizo referencia a uno de ellos, pues, como hemos dicho más arriba, la sentencia de segundo grado acepta expresamente los fundamentos de la sentencia apelada.

Ya queda señalado que son tres los actos a los que en la primera instancia se atribuye el efecto de interrumpir la prescripción iniciada en el mes de diciembre de 2012. La sentencia de apelación se contenta con reconocer tal efecto a la carta que tiene por *cursada* por el despacho de abogados al que la actora había confiado su defensa en el mes de noviembre de 2013, y por ello no estudia los demás actos inte-

ruptivos; pero la de primer grado atribuye tal efecto también a una reclamación verbal que dicha parte hizo al demandado a través de un tercero en julio/septiembre de 2013, y a la papeleta de conciliación presentada el 12 de mayo de 2014.

Comenzando por la carta de mención, no podemos sino compartir los razonamientos del recurrente de que no es bastante para la interrupción de la prescripción, pues es doctrina jurisprudencial la que afirma que tal declaración que la produce es de las recepticias, y exige que llegue a conocimiento del destinatario o que no haya llegado a él por culpa o hecho a éste imputable; esto es, exige actos concretos de carácter recepticio como se ha ocupado de señalar la jurisprudencia en SS tales como 1a del 29 de mayo de 2009, n.º 414/2009, Recurso 2745/2004.

La eficacia de la interrupción depende de una declaración de voluntad recepticia por parte del acreedor, que, además de la actuación objetivamente considerada, impone que la misma haya llegado a conocimiento del deudor (SSTS 13 octubre 1994; 9 de octubre 2007).

En el caso, la sentencia tan sólo declara como hecho probado que la carta fue « *cursada* » por una empleada del despacho de abogados, por lo que no basta al efecto interruptivo que le son atribuye.

Otra cosa cabe decir de la reclamación por medio de tercero, que debe ser examinada también en aplicación de la doctrina sentada por el TC en su sentencia 73/2009, que impone el examen de las cuestiones afirmadas por el recurrido en su escrito de oposición que insistan en lo alegado en la instancia, y que no pudo defender vía recurso por falta de gravamen.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 1973 CC, las reclamaciones susceptibles de producir la interrupción no se limitan a las judiciales, sino que también la producen

las extrajudiciales, sin que éstas se hallen sometida a exigencia instrumental o de forma alguna, según una doctrina jurisprudencial que aparece recogida *in extenso* en la STS de 21 de julio de 2008, n° 746/2008, recurso n° 698/2002, con criterio que también recoge la posterior sentencia n° 596/2012, recurso 692/2010:

La interrupción de la prescripción es una forma de mantener la vigencia del derecho, porque el efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se demuestra que se ha ejercitado la acción o reclamado el derecho antes de la llegada del plazo. El Código civil prevé tres formas de interrupción, de acuerdo con el artículo 1973 CC: a) la reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial, y c) cualquier acto de reconocimiento de deuda efectuado por el deudor. En este recurso sólo interesa la segunda opción.

El Código Civil introdujo la reclamación extrajudicial como forma de interrumpir la prescripción. Constituye un acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del mismo derecho, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva, como hace el recurso, cuando se considera que se ha producido un auténtico acto de interrupción, puesto que se trata de un acto ligado al principio de defensa; lo que debe determinarse es, pues, si dicha interrupción tuvo o no lugar.

Para llegar a las correctas conclusiones en el presente litigio, debemos partir de lo siguiente:

Para que se produzca una interrupción extrajudicial no se requiere que se formulen las reclamaciones por escrito ni que asuman ninguna forma; otra cosa será la prueba de que se haya efectuado el acto interruptivo, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos y así la jurisprudencia ha entendido que este tipo de reclamación

puede adoptar formas diversas, como cartas reclamando daños (SSTS 11 febrero 1966, 11 marzo 2004), o reclamaciones efectuadas según un mandato verbal por un abogado «en nombre de mis clientes» (STS de 18 enero 1968). En la sentencia de 27 junio 1969 *esta Sala entendió que «a los efectos interruptores de la prescripción son eficaces tanto los actos del titular de la acción como los de quien ostente la debida representación»* y entendió que el abogado tenía las mismas facultades que el procurador; la sentencia de 10 marzo 1983 dice que «La sentencia recurrida [...] afirma categóricamente la existencia de conversación mantenida a la búsqueda de un acuerdo entre las partes en la misma fecha del acto mencionado así como «contactos telefónicos entre los Letrados de ambos litigantes que tuvieron lugar con posterioridad» animados de igual designio, conductas que valora como actos interruptivos por ejercicio extrajudicial del derecho»; la sentencia de 14 diciembre 2004 admite que una carta interrumpiera la prescripción. Como resumen de la doctrina de esta Sala, debe citarse la sentencia de 27 septiembre 2007 que afirma: «[C]ierto es, como plasma la Sentencia de 6 de febrero de 2007, que esta Sala ha venido sosteniendo «que el artículo 1973 del Código Civil, no avala una interpretación rigurosa y formalista de lo que ha de entenderse por reclamación extrajudicial a los efectos de interrupción de la prescripción, y así en Sentencia de 22 de noviembre de 2005 se expuso que nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1973, «no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial, como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos, puede servir para tal fin», pero tampoco debe ignorarse que, siguiendo una importante corriente doctrinal, esta cuestión lo que puede plantear, como ocurre en este caso, es un problema de prueba (de la existencia de la reclamación y de su fecha) y no un problema de forma, es decir, que una cosa es que la forma de la reclamación no sea relevante a la hora de que produzca efectos interruptivos, y otra, que realmente se haya acreditado la existencia de tal re-

clamación como acto interruptivo, cuestión ésta de indudable carácter fáctico [...]».

2º *La interrupción no requiere forma especial alguna, aunque es evidente que deberá ser objeto de prueba; así la citada sentencia de 10 marzo 1983 dice que «[...] Una petición de esta índole, en cuanto acto volitivo de reclamación a la persona obligada, según palabras de la sentencia de 6 diciembre 1968, existirá siempre que el titular del derecho muestre inequívocamente al sujeto pasivo su decisión de obtener el pago, sin que sea menester la personal intervención de los interesados, pues también en esta materia operan las reglas del mandato representativo, con plena eficacia aunque sea verbal, según han declarado las sentencias de 18 enero 1968, 27 junio 1969 y 10 octubre 1972, y no cabe poner en duda la trascendencia que revisten como reclamación del titular frente al obligado las repetidas gestiones del Letrado actor, que obra siguiendo las instrucciones de su cliente y en beneficio de éste, cerca del que lleva la dirección técnica del demandado, buscando una composición amistosa en la cifra del pretendido resarcimiento». En el mismo sentido la sentencia de 14 diciembre 2004 señala que «El art. 1973, al dar eficacia interruptiva de la prescripción al requerimiento extrajudicial, no exige que haya de tener forma determinada». (Ver asimismo SSTs 22 noviembre 2005 y 6 febrero y 27 septiembre 2007). Por tanto, probada la reclamación extrajudicial, se producirá interrupción de la prescripción, que existirá siempre que el titular del derecho demuestre al sujeto pasivo su voluntad inequívoca de reclamar el daño, con independencia de la forma utilizada para reclamarlo, al admitir el Art. 1973 CC la reclamación extrajudicial como forma de interrumpir la prescripción extintiva.*

En la instancia ha sido declarado probado que en julio/septiembre de 2013 la actora llevó a cabo reclamaciones o intentos de negociación por medio de un tercero con el demandado, y esta Sala, haciendo uso de las facultades de integración de los hechos fijados en la instancia (SSTS nº 451, Recurso 1.296/1991, y nº 622/2008, Recurso

1776/2001), precisa, de acuerdo con lo manifestado por Don. Eleuterio durante su interrogatorio en juicio, que tales intentos consistieron en tres mensajes telefónicos dejados por el testigo en el buzón de voz del demandado en el mes de julio de 2013, en el que le hacía saber las pretensiones de la actora a fin de aclarar las condiciones económicas de la ruptura, y en una conversación personal habida entre testigo y demandado en el mes de septiembre siguiente en que el primero reiteraba tales pretensiones al segundo.

Los mensajes telefónicos dejados en el buzón de voz no son por sí solos suficientes para producir la interrupción del plazo de prescripción comenzado en el mes de diciembre de 2012 con la ruptura por no asegurar su recepción, pero sí lo es la conversación personal posterior de acuerdo con la jurisprudencia que se deja reseñada, máxime si se tiene en consideración la restricción con que ha de ser aplicada la interrupción extintiva por no responder a elementos de justicia material, y la pluralidad de actos que demuestran la voluntad de conservar el derecho. Tal y como se dice en la STS 596/2012 más arriba citada:

La jurisprudencia de esta Sala en materia de prescripción de las acciones declara tanto la necesidad de una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción en aras al principio de seguridad jurídica como los supuestos en los cuales se entiende interrumpida dicha prescripción, en favor del titular del derecho; así no solo con la presentación de la demanda sino también con otros actos procesales tendentes a preparar la acción o para obtener la satisfacción del derecho pretendido y que revelan una voluntad claramente conservativa del mismo (SSTS de 12 de noviembre de 2007; 16 de febrero 2012).

En consecuencia, procede la desestimación del motivo y con él del recurso en el que se hace valer.

SEXTO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ .

35

NÚM. 35

S. TSJA 35/2015 de 10 de diciembre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Criterios para establecer o revisar la temporalidad: *El alcance de la revisión en casación de la temporalidad de la obligación del pago de la asignación compensatoria fue objeto de consideración en la STSJA 35/2014, de 15/11, que se remite a los criterios fijados por el TS para establecer la temporalidad (en particular, STS 369/2014, de 3/7). El juicio prospectivo para valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica. La «certeza» de que va a ser factible la superación del desequilibrio en un tiempo concreto (5 años, en el caso), no debe entenderse como equivalente a «certeza absoluta», sino a «probabilidad alta». Superación del desequilibrio en plazo de 5 años que en el caso parece factible aunque, por acuerdo entre los cónyuges, la mujer hubiera adoptado durante el matrimonio el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 83 CDF.A.

PONENTE: *Ilma. Sra. D^a Carmen Sa-
manes Ara.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el único motivo de casación que resultó admitido, la recurrente denuncia incorrecta aplicación del artículo 83 del CDF.A, en relación con la duración de la asignación compensatoria.

El apartado segundo de dicho precepto dispone:

La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el Juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios:

- a) Los recursos económicos de los padres.
- b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.
- c) La edad de los hijos.
- d) La atribución del uso de la vivienda familiar.
- e) Las funciones familiares desempeñadas por los padres.
- f) La duración de la convivencia.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia, después confirmada en apelación, tuvo en cuenta, para adoptar la decisión con la que la recurrente muestra su disconformidad, que: «... teniendo en cuenta por otro lado la edad actual de 45 años de la Sra. Noemí, que no padece ninguna enfermedad ni limitación que le permita (sic) acceder al mercado laboral, que puede finalizar sus estudios de Derecho de los que tiene aprobadas varias asignaturas (y que abandonó según la propia actora afirma en su demanda de medidas provisionales para trabajar en la empresa de sus padres y, por tanto, no con motivo de contraer matrimonio) y que se le atribuye el uso del domicilio familiar libre de cargas durante un periodo de 10 años...». Y, tras recordar los criterios jurisprudenciales a propósito de la duración limitada de la asignación en cuestión, aña-

de: «En el presente supuesto se considera más que prudencial el plazo de 5 años, que, además se estima como plazo previsible y más que suficiente en el que la Sra. Noemí habrá podido acceder al mercado laboral e incluso finalizar sus estudios de Derecho o completar su formación profesional con otras titulaciones».

TERCERO.- Se afirma en el recurso, sintéticamente expuesto, que no es una predicción realista la que lleva a cabo la sentencia de instancia al suponer que en el plazo de cinco años D^a Noemí habrá podido acceder al mercado laboral, e incluso finalizar sus estudios de Derecho o completar su formación. No se expresan –indica– los criterios de certidumbre que exige la jurisprudencia para alcanzar la convicción de que va a ser factible superar el desequilibrio. Y ello no es posible –subraya– precisamente porque D^a Noemí es una madre modélica en el estándar más clásico del rol de madre, atenta al cuidado de los hijos y del hogar, como ambos cónyuges convinieron en 1998 de acuerdo con este modelo de familia tradicional. Para la parte, la mera posibilidad (que no certeza) de que la esposa encuentre en el futuro un empleo no justifica la limitación a cinco años de la pensión.

CUARTO.- Como ya ha dicho esta Sala en sus sentencias de 30 de diciembre de 2011 (recurso 19/2011), 11 de enero de 2012 (recurso 22/2011), y 4 de enero de 2013 (recurso 35/2012), la asignación compensatoria prevista en el artículo 83 del 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.

Análoga cuestión a la que aquí se plantea, es decir, el alcance de la revisión en casación de la temporalidad de la obligación del pago de la asignación compensatoria establecida en la instancia, fue objeto de consideración por esta Sala en la sen-

tencia de 5 de noviembre de 2014. En esa ocasión dijimos: *Para considerar el motivo hemos de partir, necesariamente, de que nos encontramos en sede de un recurso extraordinario, cuya finalidad es mantener a los tribunales en la estricta observancia de la ley. De esta forma el recurso solo podrá prosperar si el tribunal llega a la convicción de que la sentencia recurrida ha infringido el precepto objeto de la denuncia casacional, pero si dicho pronunciamiento es acorde con la norma, en una de las posibles formas de su aplicación, y la decisión resulta congruente con las pretensiones procesales de las partes, el recurso no prosperará.*

Hemos de afirmar, de entrada, que el legislador aragonés no ha establecido en su regulación de la asignación compensatoria un plazo de duración, como sí ha hecho respecto de otras consecuencias de la ruptura matrimonial –uso de la vivienda familiar, art. 81.3 CDFa. En consecuencia los criterios para establecer la temporalidad vienen fijados jurisprudencialmente en repetidas sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo.

Afirma al respecto la STS 369/2014, de 3 de julio: Es doctrina de esta Sala sobre la pensión compensatoria y su temporalidad:

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTs de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en

tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

QUINTO.- Ese juicio prospectivo es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica. Pues bien, nada de eso ha sucedido aquí. No aparece como contrario a la lógica la presuposición de que una persona de 45 años de edad, sin limitaciones propias que le impidan acceder al mercado laboral, que ha trabajado con anterioridad en una empresa familiar, que ha superado con éxito una parte de los estudios de la carrera de derecho, pueda, en un plazo de cinco años, encontrar un trabajo que le permita superar el desequilibrio. Por razones evidentes, no debe entenderse la expresión jurisprudencial «certidumbre» como equivalente a «certeza absoluta», sino a «probabilidad alta», que podría situarse entre la mera posibilidad a la que alude la parte, y esa certeza absoluta que prácticamente nunca podría alcanzarse. Y no puede prevalecer sobre esta consideración la circunstancia de que durante el matrimonio la recurrente, por un acuerdo entre los cónyuges, adoptara el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar. Precisamente ese es el patrón que produce ordinariamente las situaciones de desequilibrio a las que atiende la norma del artículo 83 (y la del artículo 97

del Cc). Como dice la STS de 22 de junio de 2011, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

Es consecuencia de lo que ha quedado expuesto la desestimación del recurso.

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

NÚM. 36

S. TSJA 36/2015
de 16 de diciembre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: Como hemos indicado en múltiples ocasiones, el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFa sobre la custodia compartida no excluye la valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir 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. La cuestión es, por tanto, si el recurso de casación da razones suficientes para entender que la decisión judicial contraria a la custodia compartida se atiene o no, sin apartarse de los hechos probados, a los criterios señalados por el art. 80.2 CDFa.

Los roles de los padres durante la convivencia: *Los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura (STSJA 13/2011), pero en el presente caso la distribución de roles fue continuada de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura, y sólo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, en el caso de autos no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión.*

La opinión de los menores: *Es cierto que la opinión de los menores ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor (STSJA 36/2013, entre otras). En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno más de los elementos para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones (STSJA 9/2015, entre otras).*

Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres: *Es elemento de hecho probado que la madre tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores y que, por el contrario, el padre, por razón de la dedicación exclusiva a su trabajo, necesitaría ayuda familiar durante prácticamente la mitad del tiempo en que tuviere a los hijos bajo su custodia. La encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el art. 80.2 CDFa,*

como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo de casación que se hace valer contra la sentencia recurrida es la vulneración del art. 80.2 CDFa por no haber respetado el criterio legal sobre el régimen de custodia de los hijos menores en caso de ruptura de convivencia de los progenitores.

Las sentencias de las dos instancias coinciden en atribuir a la madre la custodia individual de los tres hijos menores habidos en el matrimonio que el actor, D. José Luis, y la demandada, D^a María Amaya, contrajeron el día 24 de febrero de 2001: Jorge y Paula, nacidos ambos el día 18 de julio de 2003, e Inés, nacida el día 20 de abril de 2007.

El juzgador de primer grado, si bien entiende que no son impedimento para la custodia compartida ni la edad de los menores, ni la disponibilidad de vivienda idóneas por ambos progenitores, señala como factor determinante para su decisión, además del criterio favorable a la custodia individual del informe elaborado por la psicóloga adscrita, la mayor disponibilidad de tiempo de la madre para ocuparse de los menores, que contrasta con el escaso tiempo que el padre puede dedicarles, que determina que *durante prácticamente la mitad del tiempo en que –el padre– tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar, situación que considera que no es com-*

patible con un régimen de guarda y custodia compartida.

Por su parte, la Sala de apelación ratifica la estimación de que el padre dispone de escaso tiempo para el cuidado de su progenie, y así señala que *la flexibilidad horaria que alega el padre no existe, ni tampoco ha acreditado haya reducido su horario laboral para hacerse cargo de sus hijos, asistencia a tutorías médicas de los menores, tareas escolares, provisión de vestuario, recogidas del colegio, y un largo etcétera, y aclara que no se cuestiona la ayuda de terceras personas necesaria para todo trabajador, sino la total delegación de las funciones parentales en ellas, cuando, además, el otro progenitor tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores.*

A tal razón añade la Audiencia en apoyo de la custodia: 1) que el padre *nunca ha atendido la intendencia diaria y habitual de los tres hijos, de tal forma que ha sido la madre la figura cuidadora de los mismos en la que ha delegado el padre tales cometidos mientras se dedicaba, en exclusiva, al ejercicio de su profesión;* 2) que *altera innecesariamente el sistema de vida de los tres hijos –que se encuentran al cuidado de la madre por haber sido decidido así de mutuo acuerdo desde el mes de marzo de 2012 cuando se produjo la ruptura de convivencia–;* y 3) que los menores han expresado su deseo de seguir viviendo con su madre y no introducir cambios en su vida.

El recurrente sostiene en su motivo que la sentencia recurrida vulnera el art. 80.2 CDFA por las razones que enuncia: A) toma como punto de partida para el mantenimiento de una custodia individual los roles establecidos por los progenitores constante matrimonio; B) toma en cuenta la opinión de los menores; C) valora la disponibilidad horaria del padre sin entrar a valorar la de la madre; D) valora la necesidad de ayuda de terceras personas para conciliar la vida familiar y laboral; E) toma en cuenta el informe psicológico. De todas estas razones concluye

que las pruebas practicadas, incluida la pericial psicológica, no ponen de manifiesto que una custodia compartida redunde en sentido alguno en perjuicio de los menores.

SEGUNDO.- De acuerdo con el art. 80.2 CDFA:

«2. 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:

- a) La edad de los hijos.*
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.*
- c) 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.*
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.»*

Como hemos indicado en múltiples ocasiones (sentencias de 30 de septiembre de 2011, de 9 de febrero de 2012, 11 de marzo de 2013) el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir 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.

De otro lado hemos, dicho en nuestra sentencia de 30 de junio 2015:

«Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Es cierto que en la ley aragonesa el legislador se ha ocupado de establecer los factores a los que ha de atender el juzgador a la hora de decidir cuál de los sistemas de custodia posibles es el que más conviene en cada caso al menor, y establece una preferencia por la custodia compartida que obliga al juzgador de instancia a partir en su análisis de tal premisa, pero de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor.»

La cuestión es, por tanto, si el recurso da razones suficientes para entender que la decisión contraria a la custodia compartida se atiene o no a los criterios señalados por la norma, bien entendido que a tal fin, y dado que no han sido discutidos los hechos tenidos como acreditados en la instancia por la vía de infracción procesal, ha de partirse del supuesto de hecho configurado en ella, lo que conduce necesariamente a la desestimación de todo motivo que lo desconozca, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, nº Sentencia: 417/2015|Recurso: 1440/2013:

«La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014. Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así

por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011, 19 abril 2013, 11 junio 2013, 6 febrero 2015.»

TERCERO.- Pues bien, en el caso la sentencia recurrida da razones más que suficientes para apartarse del criterio legal de la custodia compartida, pues ninguna de las dadas en contra de ella es bastante para sostener la vulneración del precepto que se señala como infringido.

Por lo que se refiere a la razón enunciada como A), es cierto que esta Sala ha afirmado que los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura, así en la STJA nº 13/2011, Recurso: 17/2011 dijo:

«Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese período, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro.»

Pero en el presente caso, la distribución de roles durante el matrimonio fue continua-

da de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura en marzo de 2012, y solo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, como resulta de los argumentos expuestos en la sentencia recurrida que se dejan más arriba expresados, no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión, sino que lo son las posibilidades de compatibilizar la vida laboral y familiar.

CUARTO.- En cuanto la razón B), no se discute que los menores han expresado su voluntad con el sistema de custodia pactado por los padres en el momento de la ruptura de la convivencia.

Es cierto que su opinión ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor, y así lo ha señalado entre otras la Sentencia de esta Sala n° 36/2013, Recurso 14/2013:

«A este respecto esta Sala ha dicho (sentencia de 19 de octubre de 2012) que la opinión del menor es uno de los factores indicados en el artículo 80.2 CDF, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente para la adopción del régimen de custodia, dependiendo de su madurez pues a mayor madurez mayor relevancia tendrá su opinión, especialmente en los mayores de catorce años (sentencias de 16 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2013).

En las más recientes, de 10 de julio de 2013 respecto a una niña de 10 años, de 16 de julio de 2013 sobre menores de 9 y 10 años, y de 17 de julio de 2013 respecto a un niño de 11 años, hemos manifestado que la escasa edad y madurez de estos niños no permite atribuir a su criterio carácter determinante, y que pueden aportar datos que puedan ser relevantes pero su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, no les permitirá valorar hasta qué punto puede ser perjudicial uno u otro régimen de custodia.

Afirmado lo anterior respecto a niños entre 9 y 11 años de edad, nos permite deducir que difícil-

mente una niña de apenas seis años puede aportar, salvo casos excepcionales, datos o circunstancias (nada más podría pedírsele) que arrojen más luz sobre la conveniencia de un régimen u otro. Máxime teniendo en cuenta que ya había sido oída por la psicóloga del Juzgado. El suficiente juicio respecto de los menores de doce años debe ser ponderado con sumo cuidado cuando se trata de enfrentarlos a una exploración en sede judicial.»

En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno de los elementos más para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones, como la 9/2015, Recurso: 13/2015.

QUINTO.- La razón C señala la valoración hecha por la sentencia recurrida de la disponibilidad de los padres para el cuidado de los hijos.

Pues bien, es elemento de hecho que se sienta como probado en la instancia que la madre *tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores* y que, por el contrario, por razón de la dedicación exclusiva del padre a su trabajo *durante prácticamente la mitad del tiempo en que—el padre— tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar*, tal conclusión fáctica no ha sido convenientemente impugnada por la vía procesal adecuada, sino se que pretende discutir mediante motivo de casación, lo que está llamado al fracaso de acuerdo con la doctrina sentada en el anterior fundamento de derecho segundo.

SEXTO.- Lo mismo cabe decir de la razón D, pues no hace sino reiterar la discrepancia sobre la escasa o nula disponibilidad que para cuidar a sus hijos tiene el padre que las dos sentencias de instancia sientan como probada; por lo demás esta Sala no puede sino compartir el criterio sustentado

en la sentencia de primer grado de que la encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia por quien pretende que esta sea compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales en los casos de ruptura familiar, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el precepto que se dice infringido, como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

SÉPTIMO.- Finalmente, con el enunciado E se pretende como motivo de casación que la sala lleve a cabo la valoración del dictamen pericial.

Pues bien, el expresado dictamen es objeto de valoración por el juzgador de primer grado en los siguientes términos:

Junto con lo anterior y de cara a decidir en torno a esta cuestión, se cuenta en autos con el informe elaborado por la psicóloga adscrita al juzgado y de fecha el 19 de noviembre de 2014. En él se detalla la situación de los tres hijos menores con la buena adaptación a su entorno y a sus circunstancias actuales conservando todos los menores una positiva imagen de los progenitores con quienes mantienen buenas relaciones tanto con ellos como con sus entornos familiares aunque verbalizando su preferencia de continuar viviendo con su madre. En lo que respecta a las condiciones de los progenitores, respecto a los del señor Á. se alude a que trabaja como traumatólogo en la clínica ... con horarios de mañanas, sin bien a esto se añaden tres o cuatro guardias al mes y un fin de semana de cada siete. En cuanto a la tardes se indica que trabaja tres tardes que son las de lunes martes y jueves en la «Policlínica S.». Finalmente se alude a su actividad docente de formación tanto de Zaragoza como fuera de esta ciudad. En lo que afecta a la condiciones de la Sra. S., se alude a su trabajo en el servicio de urgencias del hospital ... con el régimen de guardias antes mencionado. Tras exponer lo que son las manifestaciones de los progenitores y de no tener inconveniente la madre

en una relación amplia y frecuente entre hijos y padre y la actitud del padre de estar frecuentemente con sus hijos, el informe detecta en lo que respecta al Sr. Á. carencias en cuanto a sus condiciones de disponibilidad y planificación y organización de su vida junto con sus hijos y que ya se habían generado durante el cumplimiento del sistema de visitas. Es por ello que este informe, tras reiterar la idoneidad del buen diálogo y fluidez en la relación entre los progenitores, recomienda el mantenimiento de las medidas vigentes en la actualidad, esto es, que los tres menores continúen viviendo con la madre.

Y lo que pretende el recurrente con el razonamiento que ahora se estudia no es ya que la Sala juzgue la valoración del dictamen por el juez de primer grado, sino que lo que el recurrente discute es el dictamen pericial mismo, todo lo cual se halla fuera del alcance del recurso de casación, por lo que también esta razón ha de ser rechazada.

Como corolario de todo lo anterior, hemos de concluir que en el presente caso la sentencia impugnada razona debidamente sobre los elementos que señala el legislador aragonés que permiten eludir el sistema de custodia compartida a favor de la individual que acuerda, por lo que el recurso ha de ser rechazado.

OCTAVO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien la especial naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se halla sujeto a la DA 15 LOPJ.

NÚM. 37

S. TSJA 37/2015 de 18 de diciembre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: La conflicti-

vidad entre los progenitores: La doctrina constante de la Sala se recoge en la STSJA 11/2014. En el presente caso, si bien es cierto que las sentencias de ambas instancias recogen la existencia de mala relación personal entre los progenitores, y la existencia de marcadas diferencias en los estilos educativos, nada se contiene en cambio en ellas que permita concluir que dichas circunstancias paren en perjuicio del menor Marcos. Por el contrario, como queda dicho, es hecho probado que el menor mantiene una muy buena interacción con ambos progenitores. Así las cosas, no cabe entender que la Audiencia, al decidir la custodia compartida, haya infringido el criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA.

Principio de no separación de los hermanos: Esta Sala ya se ha pronunciado sobre el modo en el que la deseable unión entre los hermanos ha de incidir en la decisión sobre el sistema de custodia a adoptar de acuerdo con el art. 80 CDFA (STSJA 37/2014, y las en ella citadas). En el caso de autos, la sala de apelación da razones para adoptar un sistema de custodia distinto para los dos hermanos menores (uno en custodia compartida y otro bajo la custodia individual de la madre) que lo justifican de acuerdo con criterios de la doctrina jurisprudencial. El cambio de sistema de guarda no implica un distanciamiento entre los hermanos, que introduzca una «separación». El sistema de custodia compartida y el régimen de visitas del padre no custodio permiten la continuidad de las relaciones entre hermanos, quienes, por lo demás, viven en la misma localidad y se encuentran ya en una edad en la que disponen de suficiente autonomía personal que les permite mantener un contacto acorde con sus respectivas circunstancias y preferencias.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 y 80.4 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Pilar dedujo demanda de modificación de las medidas matrimoniales acordadas en la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2009 que decretó del divorcio del matrimonio que contrajo con D. Juan en día 15 de mayo de 1993, y del que hubo como descendencia tres hijos, Celia, nacida el día 30 de mayo de 1995, Paula, el 2 de marzo de 2000 y Marcos el 4 de febrero de 2004.

En la sentencia de divorcio, en lo que ahora interesa, había sido acordada la custodia individual de los hijos a favor de la madre, un régimen de visitas con el padre, y una pensión alimenticia con cargo al padre para el mantenimiento de la prole; y en la demanda solicitaba que fuera dejado sin efecto el régimen de visitas que venía acordado respecto a Paula, en razón de los graves conflictos que mantenía con su padre. Por su parte, D. Juan dedujo demanda reconventional en la que interesó que se instaurara la custodia compartida respecto de los hijos todavía menores, Paula y Marcos, con la congruente modificación en cuanto a la contribución acordada a su cargo para el mantenimiento de los hijos.

La sentencia de primer grado dio lugar a la demanda principal, y denegó la custodia compartida interesada vía reconvencción, así como la modificación del régimen de contribución al sostenimiento de los hijos.

Apelada la sentencia por D. Juan, la sección segunda de la Audiencia Provincial dio lugar en parte al recurso, y decidió la custodia compartida de Marcos y la reducción de la pensión alimenticia a cargo del padre a la suma de 600 € mensuales, en atención al cambio de sistema de custodia.

D^a. Pilar formuló recurso de casación contra dicha decisión con base a dos motivos, el primero por infracción del art. 80.2 CDFA y el segundo por infracción del art. 80.4 CDFA.

Por tanto, la única cuestión a decidir en el presente recurso es la custodia compartida que la Audiencia acordó como sistema de guarda del menor Marcos.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación.

Sostiene la recurrente que los factores establecidos en el art. 80.2 CDFA conducen a la custodia individual del menor que venía acordada, y no a la compartida por la que se ha inclinado la sentencia recurrida.

Tanto la sentencia de primer grado, como la propia recurrente admiten que ambos progenitores están capacitados para ejercer la custodia de Marcos, y la sala señala, en la misma línea que los informes dados en la primera instancia, que el menor ha mostrado en la exploración practicada que guarda una perfecta relación con su padre. Sin embargo la recurrente afirma que la existencia de un alto grado de conflictividad entre ella y su marido, preexistente a la controversia sobre la custodia, se opone al sistema de guarda compartida por ir ello en perjuicio del interés del menor.

De acuerdo con una constante doctrina de esta Sala que se recoge en nuestra S 11/2014, y en relación a la trascendencia que haya de ser dada a la mala relación existente entre los progenitores en punto a decidir sobre el sistema de custodia procedente en caso de ruptura familiar:

Sobre la primera de tales circunstancias, ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 2013, en recurso 494/2012) y por esta Sala (así, por ejemplo, sentencia de 9 de febrero de 2012 en recurso 26/2011), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia. Y en el presente caso no existe motivo para apreciar algo distinto a lo sentado por tal jurisprudencia. Porque la sentencia no recoge como acreditado que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual

vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; no determina tampoco si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos; y porque, sobre todo y más importante, la mejor atención de la niña no debe fijarse bajo la óptica de la situación de sus progenitores, sino desde la perspectiva de qué sea mejor para la menor afectada, y desde este punto de vista nada recoge la sentencia que permita entender que la deficiente relación entre los progenitores vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida ...

En el presente caso, si bien cierto que las sentencias de ambas instancias recogen la existencia de una mala relación personal entre los progenitores, y la existencia de marcadas diferencias en los estilos educativos, nada se contiene en cambio en ellas que permita concluir que dichas circunstancias paren en perjuicio del menor Marcos. Por el contrario, como queda dicho, es hecho probado que resalta la sentencia de segunda instancia, y que tiene como base la exploración practicada en dicho grado, que el menor mantiene una muy buena interacción con ambos progenitores.

Así las cosas, no cabe entender que la Sala, al decidir la custodia compartida, haya infringido el criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA.

TERCERO.- El segundo motivo de casación sostiene infracción del art. 80.4 CDFA.

Sostiene la recurrente, en línea con lo argüido por el juzgador de primer grado, que la fijación del sistema de custodia compartida respecto de uno de los hijos cuando se mantiene la individual de la madre respecto de su hermana menor de edad infringe el art. 80.4 DCFA.

De acuerdo con dicha norma:

«Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación entre hermanos».

Tal criterio es el que llevó al juez de primer grado a desestimar la pretensión reconvenicional, cuando razona:

En relación a ello, en Derecho Civil de Aragón se parte de un sistema de custodia compartida, de forma que en toda decisión que se adopte en torno a la guarda de los menores, el punto de partida siempre debe ser el de la custodia compartida. No obstante lo anterior, ello no supone que se deba fijar de forma automática, pues el propio código establece una serie de circunstancias que es necesario tener en cuenta y que podrían imposibilitar la fijación de un régimen de custodia compartida. En este caso, se estima que se da una de estas circunstancias y ella no es otra que la problemática suscitada respecto de la hija Paula respecto de la que por medio de la presente sentencia, no solo no se establece tal régimen de guardia y custodia, sino que incluso no se impone ningún régimen de vistas de cumplimiento obligatorio ante la gravedad que presenta la relación entre hija y padre. Esta situación es deseable que no se extienda al hijo Marcos (expresamente se requiere a las partes para que ello no suceda), si bien sí se debe tener en consideración, pues para toda persona el proceso de integración en la familia afecta no sólo a la relación entre hijo y progenitores, sino a la que pueda existir entre hermanos o hermanas. Prueba de lo anterior es que el propio Código del Derecho Foral de Aragón establece en su artículo 80.4 que [...].

Esta situación es la que se da en el presente caso en el que las hijas (y mas en concreto la hija menor pues nada cabe indicar en cuanto a la guarda de la mayor de edad que ya no existe) convive con la madre por ser imposible en el momento actual la relación con el padre, mientras que el hijo está en una situación de poder convivir con ambos progenitores. Dada la importancia que tiene la relación directa entre hermanos y el apoyo que estos se pueden dar entre sí (sobre en todo en situaciones de crisis familiar), se considera que salvo circunstancias excepcionales de enorme gravedad, no es oportuno proceder a la separación de los hermanos.

Ante tal razonamiento la sala de apelación dice:

Tiene razón la parte recurrente en que no es que se pretenda la separación del menor de sus hermanas, sino que únicamente se amplíen las estancias conforme el régimen de custodia solicitado lo que también permite compartir tiempo con sus hermanas, aparte de que las necesidades de las hermanas son distintas al encontrarse en diferentes etapas evolutivas, por otro lado, al ampliarse el periodo de contacto con su padre se aleja en parte de la conflictividad existente entre éste y las hermanas, la psicóloga explica de manera razonada en el acto de la vista, y esta Sala así lo comparte, que esta nueva situación beneficiaría al menor, por lo que no existe obstáculo alguno de fijar la guarda y custodia compartida de Marcos, como más beneficiosa para el menor, circunstancia que también se contempla en la exploración judicial en esta instancia en la que el menor demuestra una muy buena interrelación con ambos progenitores, que permite no descartar en modo alguno la custodia compartida, sin que ello suponga pues contradicción alguna con el principio general del artículo 80.4 del Código de Derecho Foral de Aragón, que admite excepciones siempre que se justifiquen de manera adecuada, como es el caso, por lo expuesto procede declarar la guarda y custodia compartida de Marcos entre ambos progenitores, en cuanto al régimen de estancias será el recomendado por la perito psicólogo tal como se concretará en el fallo de la presente resolución.

Pues bien, esta Sala ya se ha pronunciado sobre el modo en el que la deseable unión entre hermanos ha de incidir en la decisión sobre el sistema de custodia a adoptar de acuerdo con el art. 80 CDFa en la S 37/2014:

Ya hemos dicho en sentencias anteriores que 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 deben los tribunales adoptar soluciones que supongan dicha separación –sentencia de 30 de octubre de 2013, nº 46/2013–, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la medida adoptada y se razone debidamente en la sentencia la fundamentación de la decisión.

En el caso de autos se ha procedido, efectivamente, a establecer un régimen jurídico distinto para cada uno de los hijos, lo que implica su separación a los efectos establecidos en el precepto citado. Pero en la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, se expresan las razones que justifican esta decisión.

Al efecto hemos de tener en cuenta la notoria diferencia de edad entre [...], lo que determina diferentes niveles de escolarización, intereses vitales y hábitos de conducta. Se tiene en cuenta además que, siendo Teodoro de diecisiete años de edad al tiempo de dictarse esta sentencia, y próximo a esa edad cuando se dictó la de apelación, en menos de un año llegará a la mayoría de edad, con lo cual no existirá respecto del mismo régimen alguno de guarda y custodia, quedando por tanto sin posible aplicación al caso la disposición establecida en el artículo 80.4 mencionado.

En definitiva no se ha producido la infracción del precepto denunciado, por cuanto concurren en el caso de autos las circunstancias a que se refiere la norma legal para justificar una diferencia en el régimen jurídico de los hermanos lo que, por otra parte, no implica un alejamiento entre ellos. El hecho de que asistan al mismo centro educativo, que se mantenga un régimen de visitas amplio respecto de Porfirio por parte de su padre, y que se haya dispuesto en sentencia que se procurará en períodos de visitas y vacacionales la coincidencia de los hermanos son elementos que coadyuvan a la confirmación de la decisión.

Como se ve, la sala de apelación da razones para adoptar un sistema de custodia distinto para los dos hermanos menores que lo justifican de acuerdo con criterios acordes

con la doctrina que se deja expresada en la jurisprudencia acabada de señalar.

En efecto, el cambio de sistema de guarda no implica un distanciamiento entre los hermanos, que introduzca una «separación». Así, el régimen de visitas vigente para Marcos al momento de la demanda era de fines de semana alternos y dos tardes intersemanales, y la situación resultante tras la sentencia impugnada es que dicho menor estará con cada uno de sus padres por quincenas alternativas con una tarde intersemanal con el cónyuge no custodio, lo que permite la continuidad de las relaciones entre hermanos, quienes, por lo demás, viven en la misma localidad y se encuentran ya en una edad en la que disponen de suficiente autonomía personal que les permite mantener un contacto acorde a sus respectivas circunstancias y preferencias.

Cualquier otra decisión abocaría a que las pésimas relaciones que uno de los hermanos tiene con el padre común contagien a las de los demás, e impidan los beneficios que las relaciones con él derivan para el hijo ajeno a tal conflictividad.

En consecuencia, procede también el rechazo del segundo de los motivos de casación.

CUARTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, no obstante, la naturaleza de los intereses en juego aconsejan no hacer imposición de las cotas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

NÚM. 38

S. TSJA 38/2015
de 23 de diciembre de 2015

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL: LEY DE MONTES DE ARAGÓN: Presunciones posesorias: El recurrente

entiende vulnerados el art. 47 de la Ley de Montes de Aragón (LMA), así como los arts. 34 LH y 1957 Cc., en relación con el precepto anterior. También se mencionan los arts. 35 y 38 LH. Tanto la inclusión de la finca discutida en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública (art. 14.1 LMA), como la orden aprobatoria del deslinde (art. 47.1 LMA), tan solo vienen a establecer una presunción de posesión a favor del Ayuntamiento, sin prejuzgar la titularidad de la finca que, en el caso, corresponde también al Ayuntamiento por prescripción adquisitiva. La práctica del apeo en el procedimiento de deslinde en 1970 supone un acto de posesión real del Ayuntamiento que desvirtúa las presunciones posesorias que los arts. 35 y 38 LH generan a favor del titular registral de la finca discutida, y ostentado la posesión efectiva el Ayuntamiento desde 1970 se ha producido a su favor la usucapión prevista en el art. 1957 Cc. El titular registral que no posee no puede usucapir. Los titulares registrales, por otra parte, no son terceros protegidos por el art. 34 LH porque son adquirentes a título gratuito de un primitivo título de dominio constituido por una declaración unilateral de parte, y no gozan de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 47 Ley de Montes de Aragón, 34, 35 y 38 LH, 1957 Cc.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.

dre e hijo a relacionarse entre sí: El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor (art. 5.4 CDFa), que otorga cierta participación del menor en la toma de decisiones. Ciertamente, mientras que para los padres el art. 59 lo configura como un derecho/deber, el art. 60 CDFa alude sólo al derecho del hijo a relacionarse con sus padres. Pero si los padres tienen deberes respecto de sus hijos es porque éstos tienen derechos respecto de sus padres y viceversa. Coexisten así los intereses de uno y de otros. Ante ello, según el art. 2.4 LO de protección jurídica del menor, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés del menor, respeten también los otros intereses legítimos presentes. El disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar (art. 8 Convenio de Roma y STEDH 13/7/2000).

La opinión del menor: El menor, en cuanto tal, no tiene una autonomía completa, pues está sometido a la autoridad familiar. En lo relativo a la toma de decisiones judiciales que le afecten, tales como el régimen de visitas con el padre no custodio, la ley exige que éste sea oído; su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión. En ocasiones, cuando la edad del menor está próxima a la mayoría de edad, los tribunales acogen su manifestado deseo de relacionarse con el progenitor no custodio con libertad, valorando que ello es lo más conveniente en el caso. Cabe, empero, que no siempre sea así.

NÚM. 39

S. TSJA 1/2016 de 13 de enero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Derecho-deber de pa-

Fijación de un régimen mínimo: *El recurrente alega que la sentencia ha infringido el principio del favor filii al acordar un régimen de visitas preestablecido y tasado. La sentencia recurrida ha entendido que el régimen de visitas puede ser flexible pero, rechazando la total libertad que quiere el hijo, impone que se garantice una frecuencia en el contacto materno-filial al menos semanal. La relación de los hijos con los padres redundará también en interés de éstos; si bien el art. 60.3 CDFA permite que, si el interés del menor lo requiere, podrá el Juez denegar, modificar o suspender la relación del menor con sus padres. En el presente caso, dejar el régimen de visitas a la entera voluntad del menor podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo. Queda al buen sentido de la madre la ponderación de hasta qué punto debe exigir (art. 65.2 CDFA) el cumplimiento riguroso del régimen de visitas acordado. La fijación de un régimen mínimo está dentro del margen de discrecionalidad del juez, no se aprecia arbitrariedad, y se fundamenta en que es beneficioso para el menor.*

Interés superior del menor: *El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades. Concepto que ahora aparece definido en el Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 59, 60, 65.2 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de divorcio del que dimana el presente recurso, el Juzgado de Primera Instancia, considerando que concurrían en el caso todas las circunstancias favorables para el establecimiento de un régimen de custodia compartida para el hijo común, lo acordó así en sentencia de 29 de enero de 2015. En ella se expresa que el único problema que se plantea es la opinión contraria del menor (nacido el 29 de noviembre de 1999), quien ha manifestado en reiteradas ocasiones su deseo de permanecer bajo la custodia exclusiva del padre, pidiendo plena libertad para visitar a su madre. No obstante refiere que, valoradas las exploraciones del menor (tres en total, desde que se presentó la demanda en 5 de septiembre de 2012) se aprecia que «las razones esgrimidas por éste para justificar su preferencia hacia el padre se deben a la mayor flexibilidad del mismo en los aspectos educativos y, en general, de convivencia. No se aprecia una motivación seria y madura para preferir la convivencia con el padre, dando la impresión de que el rechazo a la madre, permitido por el desastroso régimen de medidas provisionales acordado en su día, sumado a la mala relación entre los progenitores, se debe a una búsqueda de comodidad por parte del menor y a una evitación del conflicto con la madre (...).» Y añade que, «además de esto, hay que remarcar una idea sumamente importante apuntada por el Ministerio Fiscal en su informe. El actual sistema, que es el que se pretende consolidar por la parte actora, está produciendo de facto una clara desafección entre el hijo y la madre, lo cual resulta totalmente nocivo para el interés del menor a corto, pero sobre todo a largo plazo (...).»

La sentencia de la Audiencia Provincial dictada en fecha 29 de mayo de 2015 y ahora recurrida estimó el recurso del padre en cuanto al régimen de custodia, restauran-

do el acordado en el auto de medidas provisionales a favor del padre. Rechazó, sin embargo, la pretensión de que el menor pudiera relacionarse con su madre con total libertad, es decir, sin someterse a un régimen de visitas prefijado (tras señalar que en la exploración quedó patente la voluntad del menor de que el régimen de visitas consistiera en estar con su madre cuando él quisiera). Valoró la opinión del menor y la prueba pericial practicada, que consideró más adecuado que la custodia se atribuyera al padre pero con un régimen de visitas que «...puede ser flexible, siempre que se garantice una frecuencia en el contacto materno-filial al menos semanal».

SEGUNDO.- En el recurso de casación que se nos somete se combate el referido pronunciamiento, alegando que se han infringido los artículos 59, 79.2 y 80.2 del CDFa, y de los artículos 3.3 a) y 12 de la Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

Como con toda razón apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, el recurrente no razona, de manera separada, por qué entiende que la sentencia recurrida infringe cada uno de los preceptos citados en el encabezamiento del motivo. El artículo 59 CDFa proclama el derecho y la obligación de los padres de visitar al hijo y relacionarse con él; el 79.2 dispone que en casos de ruptura de la convivencia de los padres el Juez dictará las medidas necesarias a fin de (entre otros) garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. No cabe, pues, entender, que infringe estos preceptos un pronunciamiento que establece un régimen de visitas mínimo y, de hecho, como acabamos de indicar, el recurrente no lo explica. Tampoco se alcanza a comprender por qué la fijación de un régimen de visitas vulnera el artículo 80.2, que versa sobre el régimen de custo-

dia y factores a tener en cuenta para acordarla. El artículo 3.3.a) de la Ley 12/2001 alude a la prevalencia del interés superior de los menores como principio al que han de responder las acciones que se promuevan en la Comunidad Autónoma de Aragón para la atención de la infancia y la adolescencia, y el 12 de la misma Ley versa sobre el derecho a la información que asiste a los niños y adolescentes, lo que no guarda relación alguna con la cuestión que ahora nos ocupa.

Realmente, lo que se plasma en el recurso es la consideración que lleva a cabo la parte en el sentido de que la sentencia ha infringido el principio del *favor filii* al acordar un régimen de visitas preestablecido y tasado.

TERCERO.- Razona la parte que, cuando los hijos cuentan ya con una cierta edad, su autonomía personal es muy amplia, y difiere poco de la que tendrían si fueran mayores de edad.

Es lo cierto que, actualmente, el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor (art. 5.4 CDFa). Por ello, en aplicación de este principio, se otorga cierta participación del menor en la toma de decisiones. Ello conduce, como ha señalado la doctrina más autorizada, a una nueva manera de valorar todo lo que afecta a la situación jurídica del menor.

El menor, en cuanto tal, no tiene una autonomía completa, pues está sometido a la autoridad familiar. En lo relativo a la toma de decisiones judiciales que le afecten, tales como la que nos ocupa, la ley exige que éste sea oído; su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien

corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión.

El interés del menor (como el propio recurrente recoge en su escrito) es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades.

El Preámbulo de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo expresa así:

Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados

en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

CUARTO.- En las situaciones de ruptura entre los progenitores, se hace necesario el establecimiento de un régimen de visitas que garantice ese derecho/deber de aquellos de relacionarse con sus hijos. Ciertamente, mientras que para los padres el artículo 59 lo configura como un derecho/deber, el artículo 60 del CDFA alude sólo al *derecho* del hijo a relacionarse con sus padres. Pero si los padres tienen deberes respecto de sus hijos es porque éstos tienen derechos respecto de sus padres y viceversa. Coexisten así los intereses de uno y de otros. Ante ello, el artículo 2.4 de la Ley de Protección Jurídica del menor dispone que *en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

El TEDH (Sentencia de 13 julio 2000) ha subrayado, en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma, que *«el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto».*

Debe pues, partirse de que la relación de los hijos con los padres redundará en interés de éstos. Ello es así porque interés superior, derechos del menor y necesidades fundamentales de éste (entre las que están las afectivas) son nociones estrechamente relacionadas. Pero cabe que haya situaciones en las que eso no sea así, y por ello el precepto del artículo 60.3 del CDFA permite que, *si el interés del menor lo requiere*, podrá el Juez denegar, modificar o suspender la relación del menor con sus padres.

Del lado de los hijos, la correspondiente decisión puede plantear problemas como el que aquí aparece. En ocasiones, cuando la edad del menor está próxima a la mayoría de edad, los tribunales acogen su manifestado deseo de relacionarse con el progenitor no custodio con libertad, valorando que ello es lo más conveniente en el caso. Cabe, empero, que no siempre sea así. En el presente caso, dejar el régimen de visitas a la entera voluntad del menor, que se ha manifestado contrario a la fijación de un régimen de visitas regular con su madre (que no a visitarla), podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo (distinto sería que hubiese un rechazo justificado por una acreditada conducta previa de la madre). Ello, al margen de la viabilidad o no de su imposición coactiva: ha de quedar al buen sentido de la madre la ponderación de hasta qué punto debe exigir (art. 65.2 CDFA) el cumplimiento riguroso del régimen que la sentencia recurrida ha acordado.

Pues bien, nos encontramos, una vez más, y como ya ha quedado expuesto, ante una facultad discrecional del Juez que, por eso mismo, no es controlable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto. El Tribunal Supremo ha dicho (STS 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discu-

sión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa».

En definitiva, no cabe apreciar aquí arbitrariedad, pese a la manifestada voluntad del hijo. Pues la decisión se fundamenta en que lo acordado resulta beneficioso para el menor, tratándose con ello de evitar la absoluta pérdida de relación con la madre.

QUINTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, no obstante, la naturaleza de los intereses en juego aconsejan no hacer imposición de las cotas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

NÚM. 40

S. TSJA 2/2016 de 20 de enero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Pronunciamientos discrecionales: Constituye doctrina reiterada de esta Sala que, al no tener un plazo legal de duración, la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores ex art. 81.3 CDFA, a falta de acuerdo, constituye una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. Salvo en estos supuestos, no corresponde al Tribunal de Casación pronunciar-

se sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia (Juzgado y Audiencia). En el presente caso, la decisión de la Audiencia está motivada y es razonable, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la familia afectada por la medida, valorando especialmente el interés de los hijos menores.

Requisitos: *La atribución del uso de la vivienda familiar –prevista en el art. 81 CDFa– se sujeta a unos requisitos propios y diferentes de los que contempla el art. 82 para los gastos de asistencia a los hijos. El art. 81 no tiene en cuenta criterios de proporcionalidad, como sucede en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, sino que atiende al interés prevalente de los menores (art. 76.2 CDFa) para proveerles de habitación, en función del concreto régimen de guarda y custodia establecido. Y así, cuando se trata de custodia individual, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que la ostenta favorece que los hijos menores sigan ocupando la que venía siendo residencia habitual de la familia, exceptuándose tan solo los supuestos en los que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81 CDFa.

PONENTE: *Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes.*

1. Los cónyuges contrajeron matrimonio en fecha 25 de abril de 1998, del que nacieron dos hijos, Chabier el 20 de diciembre de 2001 y Rosa Marboré el 14 de septiembre de 2003.

2. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha

10 de mayo de 2005, se acordó la separación de mutuo acuerdo del matrimonio.

3. Presentada demanda de divorcio contencioso por D^a María del Mar V. P. contra D. Juan Manuel G. M., recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 2 de marzo de 2015, en la que se declaró disuelto el matrimonio por causa de divorcio.

Se acordaron como efectos del divorcio, en lo que a este recurso interesa, que los hijos comunes continuarán bajo la custodia de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre; que éste abonará la cantidad de 150 euros mensuales en concepto de alimentos para cada uno de los dos hijos comunes (300 euros en total), siendo la contribución a los gastos extraordinarios necesarios por mitad; y que la madre continuará en el uso de la que fuera vivienda familiar, sita en la C... de Zaragoza, cesando dicho uso el último día de diciembre de 2017, lo que conllevará el desalojo de la misma.

4. La sentencia de apelación, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 30 de junio de 2015, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a María del Mar V. P., revocando la sentencia de instancia, únicamente en lo que se refiere al período de uso de la vivienda que fuera domicilio familiar, cuyo plazo temporal se amplía en dos años, de manera que dicho uso cesará el último día de diciembre de 2019.

SEGUNDO.- *Recurso de casación.*

5. Frente a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el recurrente interpone recurso de casación al amparo de los arts. 2.1 y 2, y 3.1 y 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, y art. 477. 1 y 3 LEC, tanto por razón de la cuantía como por presentar la resolución del recurso interés casacional.

TERCERO.- *Atribución temporal del uso de la vivienda familiar.*

6. En el recurso se alega la infracción del art. 81.3 CDFR, que dispone:

«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».

7. Constituye doctrina reiterada de esta Sala, puesta de manifiesto, entre otras, en las sentencias de 2 de octubre de 2015 (r.c. 29/15); 4 de febrero de 2015 (r.c. 50/14); 18 de julio de 2014 (r.c. 1/14) y 11 de julio de 2013 (r.c. 8/13), que la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo, constituye una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. Salvo supuestos de decisión arbitraria o ilógica, no corresponderá el Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia, esto es, al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial que conoce del recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por el órgano unipersonal.

8. En el presente caso, la sentencia de apelación valora las circunstancias concretas que concurren en la familia para decidir sobre el período en que la madre, junto con los hijos comunes, debe continuar con el uso de la vivienda familiar, que le fue atribuido por acuerdo de las partes en el convenio de separación de 1 de marzo de 2005. Así, por una parte tiene en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, que éste dispone de vivienda junto con su actual pareja, y que debe hacer frente al préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. Por otra, que la recurrente no trabaja desde 2009, que la pensión de los

hijos comunes –de 11 y 14 años de edad– se ha reducido a 300 euros mensuales (frente a los 1.091 euros que se fijaron en el convenio regulador en 2005, tal como recoge la sentencia de primera instancia). Ponderando todas estas circunstancias y, muy particularmente, la situación de falta de ocupación laboral de la madre y reducción de la pensión de alimentos de los hijos menores, concluye que debe ampliarse el período de atribución del uso de la vivienda familiar a favor de éstos en dos años más respecto del fijado en la sentencia de primera instancia.

La decisión de la Audiencia Provincial está motivada y es razonable, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la familia afectada por la medida, valorando especialmente el interés de los hijos menores.

CUARTO.- *Alegaciones del recurrente.*

9. El recurrente fundamenta la infracción del precepto legal con diversos argumentos.

En primer lugar, realiza una valoración de las que considera son las circunstancias concretas de la familia que deben ser tenidas en consideración.

Algunas de estas circunstancias ya son valoradas por el juzgador, como el carácter privativo de la vivienda, que el recurrente tiene que abonar el importe de la hipoteca, o que vive en la actualidad de alquiler con su nueva pareja. La mención de otras, como que el uso de la vivienda por la esposa se ha prolongado más de diez años, parece olvidar que, por disposición legal (art. 81.2 CDFR) dicho uso se atribuye al progenitor al que le corresponde la custodia individual de los hijos y, aunque tiene un carácter temporal a fijar por el Juez, no está sujeto en el art. 81.3 CDFR a un plazo concreto de duración. Por último, las referencias a una supuesta simulación de falta de ingresos por la esposa no resultan admisibles en

el ámbito casacional, puesto que, como es doctrina reiterada de esta Sala, entre otras en sentencia de 30 de septiembre de 2013 (r.c. 26/2013) «no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia».

Por lo expuesto, la valoración de las circunstancias concretas de la familia realizada en la sentencia recurrida, motivada y razonadamente, no puede ser sustituida por la que realiza el recurrente.

10. En segundo lugar, se alega en el recurso que la atribución del uso del domicilio no puede tener un contenido expropiatorio respecto del propietario, en beneficio del cónyuge que no lo es.

Al respecto cabe reiterar que el art. 81.3 CDFA se limita a disponer que la atribución del uso de la vivienda familiar es limitada en el tiempo, pero no fija ni un período máximo, ni tampoco mínimo, por lo que el uso de la vivienda por la madre y los hijos menores hasta finales de 2019 –dos años más de los establecidos en la sentencia de primera instancia, cuya confirmación solicita el recurrente– en modo alguno contraviene el precepto legal, ni tiene un contenido expropiatorio del derecho de propiedad del titular de la vivienda, sino que se adecua a las concretas circunstancias de la familia.

11. También debe rechazarse la interpretación que realiza el recurrente del precepto legal que, en modo alguno establece que la atribución del uso de la vivienda familiar solo puede tener lugar para satisfacer necesidades perentorias de alojamiento de los menores. Como ya se ha indicado, el art. 81.2 CDFA dispone que el uso de la vivienda familiar se otorgará al progenitor al que corresponda la custodia individual de los hijos, exceptuándose tan solo los supuestos en los que el mejor interés para las

relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor, circunstancia esta última que no aprecian ninguna de las sentencias dictadas y que ni siquiera se alega en el recurso.

12. Como último argumento, el recurrente rechaza la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre por entender que no se respeta el principio de proporcionalidad en la asistencia de los hijos que, según manifiesta, se hace recaer exclusivamente a su cargo.

Si bien es cierto que la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia a los hijos a cargo comprende los de crianza y educación, dentro de los que se incluye la obligación de proveer a su habitación (art. 65.1.b) CDFA), la atribución del uso de la vivienda familiar –prevista en el art. 81 CDFA– se sujeta a unos requisitos propios y diferentes de los que contempla el art. 82 CDFA para los gastos de asistencia a los hijos.

Así, en la atribución de la vivienda familiar el CDFA distingue entre los supuestos de custodia compartida o individual, disponiendo en estos últimos que la vivienda se atribuya al progenitor que la ostente, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje atribuirla al otro progenitor. Por tanto, no tiene en cuenta criterios de proporcionalidad, como sucede en la contribución a los gastos de asistencia de los hijos, sino que atiende al interés prevalente de los menores (art. 76.2 CDFA) para proveerles de habitación, en función del concreto régimen de guardia y custodia establecido. Y así, cuando se trata de custodia individual, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que la ostenta favorece que los hijos menores sigan ocupando la que venía siendo residencia habitual de la familia.

La sentencia de la Audiencia Provincial atribuye el uso de la vivienda familiar con arreglo a lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA,

fijando su duración temporal en función de las circunstancias concretas de la familia, como exige el art. 81.3 CDFA, mediante una ponderación lógica y razonable.

13. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo y con él del recurso en el que se hace valer.

QUINTO.- *Costas y depósito para recurrir.*

14. Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, con remisión al art. 394 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

41

NÚM. 41

S. TSJA 4/2016 de 3 de febrero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Interés del menor: *En relación con la alegada vulneración del art. 76.2 CDFA al considerar la parte que la custodia compartida acordada no ha sido adoptada en beneficio o interés del menor, se recuerda lo expuesto en la STSJA de 13/1/2016. Además, respecto de la alegada aplicación indebida del art. 80.2 CDFA, se recuerda que la Sala reiteradamente ha señalado que el art. 80.2 del CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor (STSJA 36/2013, de 18/7). La sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerarla –atendidas las circunstancias concurrentes– más adecuada al interés de la menor, en modo alguno vulnera el art. 80.2, pues no hay atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.*

La opinión de los menores: *Poco importa, en fin, en orden a la prosperabilidad del recurso, la alegación de que no se ha te-*

nido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre. El art. 80.2 menciona la opinión de los hijos como uno de los factores que hay que atender a la hora de establecer el régimen de custodia, pero no es vinculante; no se exige la opinión favorable de los hijos para optar por uno u otro régimen. Dado que la menor no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí misma, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés (STSJA 13/1/2016). Además, estas opiniones deben ser tomada con prudencia, pues la mera comodidad a corto plazo de la niña –o el temor indefinido a los cambios– dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

MEDIDAS JUDICIALES: Modificación: *No es cierto que no se haya acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes como alega la parte (aunque sin invocar la infracción del art. 79.5 CDFA), porque la menor tenía 5 años cuando se dictó la sentencia a modificar y cuenta en la actualidad con 11, y así se recoge en la sentencia impugnada. Pues bien, ello constituye en sí un cambio de relevancia para alterar el régimen de custodia, como el propio legislador viene a señalar en el art. 79.5 CDFA. Así lo expresamos en nuestras sentencias de 23/5/2014, 26/5/2014 y 13/3/2013.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 76.2, 79.5 y 80.2 CDFA.

PONENTE: *Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas establecidas en sentencia de 1

de abril de 2009. Concretamente y, en lo que ahora interesa, se pidió la custodia compartida de la hija común, nacida el día 7 de mayo de 2004.

La sentencia de primera instancia, después de referirse a la doctrina de esta Sala –de aplicación al supuesto enjuiciado– y valorar minuciosamente la prueba, desestima la demanda. No aprecia la concurrencia de una modificación relevante de las circunstancias que se tomaron en cuenta en su día, pues considera que el mero transcurso del tiempo no es suficiente para entender producida tal modificación. Expresa además que, «dada la estabilidad de la situación actual de la menor (detallada en la prueba que se ha expuesto) no se ha acreditado tampoco que el cambio del régimen de guarda y custodia sea el que responda de forma más idónea al superior interés de la menor». Ello, pese a que, a propósito de la prueba pericial practicada refiere que, según la psicóloga autora del informe, lo ideal sería un régimen de permanencia de la menor con sus progenitores en períodos equitativos.

La sentencia de apelación revoca la anterior y acuerda la custodia compartida. En su fundamentación, con cita de la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2014, razona así: *Y sucede en el (caso) de autos, en el que la menor no tenía aún 5 años en abril de 2009 y tiene 11 en la actualidad, la pericial psicológica ha dejado acreditado que el régimen de custodia compartida es en este momento el más adecuado al interés del menor en este momento (sic) situación muy diferente a la que la sentencia de 1-4-09 refleja por referencia a los informes social y psicológico de 9 y 18 de marzo 2009 que aconsejaban mantener la custodia para la madre, no habiendo –se decía– prueba alguna indicativa de la necesidad de un cambio de visita ni informe a favor de la custodia compartida.*

Por lo que no cabe entender que no haya mediado la alteración en las circunstancias a que la modificación solicitada se condiciona. Expone a

continuación los criterios establecidos por esta Sala en orden a la aplicación del artículo 80.2 y alude a los hechos acreditados por la prueba practicada, con referencia especial a la pericial psicológica, para concluir que no concurren razones para excluir la custodia compartida, pese a la opinión de la menor que manifestó no desear modificaciones en sus condiciones actuales.

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso de casación planteado se denuncia infracción por aplicación indebida de los artículos 76.2 y 80.2 del CDFa. En síntesis, la parte apoya su pretensión impugnatoria en las consideraciones siguientes: la sentencia recurrida ha conculcado el principio del *favor filii*; no se hace referencia expresa a los factores indicados como de necesaria valoración en el artículo 80; no se ha acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes, necesario para modificar el régimen de guarda, ni se concreta en la sentencia cual es el cambio que permite la modificación de aquél, y frente a ello no puede prevalecer la recomendación del informe psicológico; no se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre.

TERCERO.- Tal como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, no se trata aquí de examinar la cuestión como si de una tercera instancia se tratara, sino de determinar si la sentencia recurrida infringe los preceptos cuya vulneración se alega.

El artículo 76.2 del CDFa establece que toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

En relación con esta cuestión, debemos recordar lo expuesto en nuestra reciente sentencia de 13 de enero de 2016:

El interés del menor (como el propio recurrente recoge en su escrito) es un con-

cepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades.

El Preámbulo de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo expresa así:

Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

(...).

Pues bien, nos encontramos, una vez más, y como ya ha quedado expuesto, ante una facultad discrecional del Juez que, por eso mismo, no controlable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto. El Tribunal Supremo ha dicho (STS 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa».

CUARTO.- Ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones que el artículo 80.2 del CDFa considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor. Así, se recoge en la STSJA nº 36/2013, de 18 de julio:

«decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), destacando en las sentencias sobre esta materia que el criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFa,

como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

La sentencia de la Sala de 1 de febrero de 2012 (recurso 24/2011), resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el 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 sufi-

ciente 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” (...).

Desde esta perspectiva, la sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerarla –atendidas las circunstancias concurrentes– más adecuada al interés de la menor, en modo alguno vulnera el artículo 80.2, pues no hay atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.

SEXTO.- En relación con la alegación de que no se ha acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes, ni se concreta en la sentencia cuál es el cambio que permite la modificación del régimen de custodia hemos de destacar, ante todo, que la parte no ha invocado como infringido el artículo 79.5. En cualquier caso, no tiene razón. La menor tenía 5 años cuando se dictó la sentencia a modificar, y cuenta en la actualidad con once, y así se recoge en la sentencia impugnada. Pues bien, ello constituye en sí un cambio de relevancia para alterar el régimen, como el propio legislador viene a señalar. Así lo expresamos en nuestras sentencias de 23 de mayo de 2014, 26 de mayo de 2014 y en la de 13 de marzo de 2013.

SÉPTIMO.- Poco aporta, en fin, en orden a la prosperabilidad del recurso, la alegación de que no se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre. El artículo 80.2 menciona la opinión de los hijos como uno de los factores que hay que atender a la hora de establecer el régimen de custodia, pero no es vinculante; no se exige la opinión favorable de los hijos para optar por uno u otro régimen. Como también dijimos en nuestra sentencia del pasado 13 de enero ya citada, dado que la menor no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se

impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión. Y hemos de recordar que como hemos puesto de manifiesto en ocasiones anteriores (así, sentencia de 7 de febrero de 2014) estas opiniones deben ser tomadas con prudencia, pues es lógico que quien se encuentra bien con su madre y con su padre prefiera evitar todo cambio en su régimen vital, pero la misma manifestada en esos términos en un entorno de crisis convivencial, sin que haya más factores para su emisión que la mera comodidad a corto plazo de la niña –o el temor indefinido a los cambios– dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

Procede en consecuencia desestimar el motivo de casación.

OCTAVO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la naturaleza de los intereses en juego 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.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

constituye el jardín del edificio, y que no tiene acceso ni vida independiente del mismo (incluso son una misma finca catastral) puede considerarse un bien de abolorio y ser retraible junto con el edificio del que es un anejo. Aparte de los inmuebles de naturaleza rústica, el art. 589 CDFEA permite el ejercicio del retracto de abolorio sobre los edificios o parte de ellos en tanto que, como dice el Preámbulo, también pueden conservar la impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes respecto a los terceros adquirentes, y sin necesidad de que deban estar destinados a finalidad agrícola. Toda la finca integrada por la casa, la cochera, el corral y el jardín con piscina debe ser considerada como un edificio.

FINALIDAD: Supresión de la facultad moderadora: *Como dice el Preámbulo del CDFEA, en la regulación actual no se exigen otros requisitos que los legalmente establecidos, entre los que no se encuentra la afección del retrayente a los bienes que pretende retraer y, desde luego, no se exige que se pruebe la misma. La supresión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años (art. 596.3). La exigencia de una afección subjetiva del retrayente, al no ser un requisito legalmente exigido para el ejercicio del derecho de abolorio, vulnera lo establecido en el art. 589 CDFEA, por lo que debe ser estimado el recurso y casada la sentencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 589 y 593 CDFEA.

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

NÚM. 42

S. TSJA 5/2016 de 10 de febrero de 2016

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: BIENES DE ABOLORIO: *Edificios o parte de ellos: Se desestima el motivo de infracción procesal. El motivo único de casación se interpone por infracción de los arts. 589 y 593 del CDFEA. Se discute si una finca registral urbana que*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda en los términos que han sido consignados en el anterior antecedente de hecho segundo, dando lugar al retracto de abolorio sobre las dos fincas identificadas en la demanda. Explica en su primer fundamento que, al no haber sido contestada la demanda en plazo, se deduce del informe en el acto del juicio que la oposición de la parte demandada se centraba en que el jardín sobre el que se ejercitaba el retracto no podía ser objeto del mismo por ser un solar y por no haber pertenecido durante dos generaciones a la misma familia. En relación con este elemento objetivo dice la sentencia (fundamento tercero) que *«se discute y se opone por la parte demandada la procedencia familiar de los bienes en el sentido de haber permanecido en la familia durante dos generaciones y ello con respecto al inmueble que forma hoy lo que sería el jardín y que fue adquirido por el suegro y abuelo de las vendedoras y padre de la actora, durante el consorcio matrimonial con su esposa»*. Lo resuelve con arreglo a lo dispuesto en el artículo 589 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFa), considerando que tiene la condición de bien de abolorio aquel inmueble que haya sido incorporado a la familia, al menos, por el abuelo del enajenante y ulteriormente no haya salido de la misma, resultando indiferente el título en virtud del cual haya recibido los bienes el enajenante.

Y concluye respecto a esta cuestión: *«Pues bien, en el caso que nos ocupa, siendo los bienes que son objeto de la acción promovida, de naturaleza inmobiliaria, estar en Aragón y procedencia familiar de, al menos, dos generaciones, la acción promovida también cumple con el requisito de los elementos objetivos.»*

En el fundamento cuarto hace referencia al criterio moderador en los casos de retracto de abolorio, que permitiría no estimarlo si no se consigue la finalidad última

de mantener la integridad del patrimonio, exigiéndose al retrayente una afección de los bienes que pretende retraer, *«... que no se aprecia cuando haya, por ejemplo, un interés especulativo sujeto, por ejemplo también, a un proyecto urbanístico, pero es lo cierto que en el caso que nos ocupa este posible interés, o bien en sentido contrario, esa falta de desafección (sic) no se ha acreditado»*. Así lo aprecia por la manifestación de la actora de que los inmuebles que pretende retraer son aquellos en los que ha vivido y en los que se ha criado hasta que contrajo matrimonio...» y *no hay prueba en contra que determine que deba ser interpretado restrictivamente el derecho que ejercita»*.

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada alegaba vulneración del artículo 589 porque la finca llamada «jardín con piscina», finca registral independiente, tiene naturaleza urbana y por ello no susceptible de la acción ejercitada, habiendo omitido la sentencia recurrida toda referencia a dicha finca independiente y a su carácter urbano. También alegaba vulneración del requisito de permanencia en la familia de procedencia durante dos generaciones y, finalmente, que la acción ejercitada no tenía la finalidad de mantener la integridad del patrimonio familiar sobre la base de la afección del retrayente sobre el mismo.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estima el recurso de apelación, resuelve lo relativo al tiempo de permanencia de la finca en la familia afirmando (fundamento segundo) que fue así admitido por la representación de la demandada en el acto de la audiencia previa, por lo que no puede ser objeto de nuevo debate. En el fundamento tercero confirma el ejercicio del retracto dentro de plazo, y en los fundamentos cuarto y quinto desarrolla los antecedentes de la regulación actual y los fundamentos de la misma en la forma en que aparecen recogidos en la Exposición de Motivos del CDFa.

El fundamento sexto de la sentencia estudia el concepto de los bienes de abolorio del artículo 589 del CDFA, limitado, además de los edificios o parte de ellos, a los inmuebles de naturaleza rústica que, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, se reconocen por su situación, por el aprovechamiento o destino, y por la preponderancia de uno de estos elementos si ambos concurren en un mismo predio, o por relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro. Afirma, por referencia al supuesto examinado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1991, que *«la prueba ha puesto de relieve –con independencia de otras circunstancias de menor entidad– que la finca retraída no está destinada al cultivo por lo que mal puede conseguirse la finalidad pretendida por el legislador en una finca de tal naturaleza»*.

El fundamento séptimo analiza lo relativo a la finalidad pretendida con el ejercicio del retracto distinguiendo un elemento subjetivo, la afección sentimental hacia los bienes, y otro objetivo, el mantenimiento y engrandecimiento del patrimonio familiar.

En el fundamento octavo, refiriéndose a las circunstancias del caso, deja constancia de que las fincas sobre las que se ejercita el retracto son las registrales (casa con cochera y corral), y la (piscina con vestuarios y barba-coa) inscrita como finca urbana procedente por segregación de la Y. ambas constituyendo una única finca catastral identificada con el número (por error se cita como registral en la sentencia). Continúa diciendo que se encuentran en el Barrio de M., zona de claro crecimiento urbanístico de esta ciudad y que: *«La urbana está excluida de la posibilidad del ejercicio del derecho ejercitado de adquisición preferente, según ha sido ampliamente estudiado, y la segunda debe tener la misma consideración resultando que –tal como aparece descrita– no puede entenderse como finca rústica, recordándose aquella Jurisprudencia citada sobre que las caracte-*

terísticas de las fincas sobre las que pretenda ejercitarse el derecho son las que resulten del pleito, conforme a la concreta prueba practicada, siendo cuestión de hecho que no puede entenderse pre-determinada por lo que se haya hecho figurar en cierto documento, cuando se demuestre que el uso de la finca de que se trate no es precisamente para su utilización, ni lo ha sido ni lo es, como suelo de naturaleza rústica».

El fundamento noveno comienza diciendo: *«Otro tanto cabe sostener apreciando el interés que se pretenda conseguir con la adquisición de la finca, en general bien señalado por la Ley –la conservación en el seno familiar de una finca rústica poseída por tiempo de dos generaciones, evitando se transmita su propiedad a terceras personas–, pero la cuestión debe ser objeto de mayor matización en atención a las circunstancias del caso concreto, como se ha expuesto en el trabajo doctrinal antes citado. Que la actora pudiera haber nacido en la casa es hecho que no justifica sin más el uso del derecho, ni ese exigible interés en la conservación de la casa, cuando también ha quedado demostrado que no tiene su residencia, ni la ha tenido en tiempos más o menos recientes en la misma, e incluso que pasa largas temporadas en el extranjero, careciendo de cualquier relación actual, de cualquier clase, con la misma, pudiendo existir un cierto interés especulativo dada la situación de las fincas, que no puede admitirse en modo alguno»*.

Se hace a continuación una referencia al retracto de colindantes, al que se asocia un interés general de evitar una excesiva fragmentación de la propiedad, aclarando que ese interés general no se puede predicar de la misma manera en el retracto de abolorio pues ya la Exposición de Motivos de la ley aragonesa expresa que los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo...» y *debe defenderse una interpretación estricta en su ejercicio, más cuando los pueblos han quedado abandonados y aquellas viviendas solo se usan en general como segundas residencias, pudiendo implicar una considerable merma*

económica en la transmisión, salvo que se demuestre, claro, que el fin deseado es coincidente con el que se recoge en la Ley, en los términos antes dichos, que no es el caso. Por lo demás, el hecho de que las fincas descritas puedan ser dependientes entre sí, en cuanto que el paso a una solo se consigue por la otra, no permite el ejercicio conjunto del derecho, al no reunir las condiciones exigidas, ni puede concederse el derecho respecto de una de ellas, que es posibilidad que la mayor parte de la doctrina rechaza».

TERCERO.- Debe examinarse en primer lugar el motivo quinto de infracción procesal, único de los admitidos por este cauce, interpuesto al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del artículo 24 de la Constitución española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, al incurrir en error patente, ostensible o notorio y haber extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas, y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de la valoración de la prueba, todo ello, en parte, como consecuencia de haber presumido, sin base ni prueba alguna, que había finalidad especulativa en el ejercicio del retracto.

En este motivo la recurrente centra sus alegaciones en la falta de prueba sobre la supuesta finalidad especulativa, que nunca habría formado parte del debate entre las partes por no haber sido invocado por la parte demandada y que, por el contrario, otras pruebas acreditarían la afección negada por la sentencia recurrida.

Como ya planteó la Sala en la providencia de 8 de octubre de 2015 al poner de manifiesto las posibles causas de inadmisibilidad de todos los motivos de infracción procesal, lo relativo a la afección del retrayente respecto a los bienes objeto del retracto fue objeto de expreso razonamiento

en el fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia, y negado por la parte demandada en la alegación tercera de su recurso de apelación, por lo que no puede afirmarse que no hubiera sido objeto de debate. La sentencia de apelación, según hemos visto, examina ampliamente la cuestión en los fundamentos séptimo y noveno, poniendo en duda en este último el contacto de la retrayente con las fincas y sugiriendo, en términos hipotéticos, un posible interés especulativo: «...*pudiendo existir un cierto interés especulativo*».

En su escrito de alegaciones a la providencia, la parte recurrida afirma en la cuarta de ellas: «La sentencia que se impugna de contrario no afirma como hecho probado que la acción ejercitada tuviera finalidad especulativa, sino que considera, y ello sobre la base del resultado de la prueba practicada (...), puesto en relación con la situación de las fincas en una zona de claro crecimiento urbanístico, que no existe afección sobre los bienes objeto de retracto y que podría existir un cierto interés económico en el ejercicio de la acción. La alusión a la finalidad especulativa, por lo tanto, no es una declaración de hecho que se considere probado por medio del método de presunciones, como señala la providencia dictada por la Sala, de lo que se deriva la concurrencia de la causa de inadmisibilidad puesta de manifiesto...».

En el auto de 5 de noviembre de 2015 fue admitido el motivo pero no dando por acreditado en la sentencia, según la redacción de la misma, tal interés especulativo, por lo que no se habría producido la denunciada errónea valoración de la prueba. Ahora, tras ser expuestos de forma sistemática los razonamientos de la sentencia recurrida, debemos confirmar que en la misma no se incurre en la infracción denunciada porque, de una parte, no se afirma tal interés especulativo y, de otra, porque no se toma tal posible finalidad especulativa co-

mo base única de la falta de afección sobre los bienes, sino como un elemento más de los tenidos en cuenta para justificar que no se cumpliría la finalidad que la ley atribuye al retracto de abolorio (la conservación de los bienes en el seno familiar).

Por ello, se desestima el motivo de infracción procesal, sin perjuicio de que este aspecto de la cuestión haya de ser examinado al enjuiciar el motivo de casación, entre los requisitos exigidos para el ejercicio del retracto.

CUARTO.- El motivo único de casación, interpuesto por infracción de los artículos 589 y 593 del CDFa, lo centra la parte recurrente en «discutir y determinar si una finca urbana que constituye el jardín del edificio, y que no tiene acceso ni vida independiente del mismo (incluso son una misma finca catastral) puede considerarse un bien de abolorio y ser retraíble».

Sostiene la parte recurrente que, ya desde la audiencia previa, su posición era que, «constituyendo ambas fincas una unidad física (de hecho forman una única finca catastral) y siendo un hecho indubitado que la finca-jardín solo da servicio a la casa o edificio, debía tener la consideración de parte de ellos (de los edificios) a que se refiere el artículo 589 del CDFa...». Por su parte, de contrario se sostenía la aplicación estricta y literal de la citada norma legal, argumentando que su naturaleza de finca urbana (jardín) le impedía ser objeto de retracto, y ello aunque existiera esa unidad física con el edificio y que no pudiera ser objeto de una utilización independiente».

En su escrito de oposición al recurso de casación alega la parte recurrente que «por más que el recurrente se ampare en la relación que contiene el artículo 589 del CDFa, la razón de la denegación del retracto sobre el edificio radica en la falta de afección de la retrayente sobre las fincas objeto de su acción.»

Deben examinarse, pues, los dos elementos que resultan determinantes en la solución adoptada por la sentencia recurrida, como son el objeto sobre el que recae el retracto y la finalidad perseguida con su ejercicio.

El elemento objetivo: En la nueva regulación del retracto de abolorio dada por la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, integrada como Título III del Libro Cuarto del CDFa, se justifica el mantenimiento de la institución (apartado 42 de su Preámbulo) en intereses y concepciones familiares dignos de protección, para evitar que, en ciertos casos, un inmueble salga de la familia por disposición de su actual titular.

El Preámbulo del CDFa explica la limitación de la posibilidad del ejercicio del derecho a los inmuebles rústicos y a los edificios, por considerar que sólo éstos, aparte de los rústicos, son los que conservan una impronta familiar que justifica la preferencia de los parientes.

El fundamento octavo de la sentencia recurrida, antes transcrito en lo que ahora interesa, después de dejar constancia de que ambas fincas registrales constituyen una sola finca catastral, describe la registral 4.663 (piscina con vestuarios y barbacoa) inscrita como urbana, y la 2.227 (casa con cochera y corral) y afirma que la finca urbana está excluida del ejercicio del derecho de retracto «según ha sido ampliamente estudiado», y la segunda también («debe tener la misma consideración») porque no puede entenderse como finca rústica según la jurisprudencia citada cuando se demuestre que el uso de la finca no es para su utilización como suelo de naturaleza rústica.

La jurisprudencia citada en el fundamento sexto que justifica el anterior razonamiento, en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1991 (recurso 2539/1989, ponente Martín-

Granizo Fernández), no resulta de aplicación a este caso pues se refiere específicamente al retracto de colindantes (artículo 1523 Cc.), que únicamente es reconocido a los propietarios de tierras colindantes en la venta de finca rústica de cabida inferior a una hectárea. En dicha sentencia no se acogía dicho retracto en un supuesto en el que el colindante pretendía retraer una finca que lindaba con los edificios de la periferia de Benidorm, erial, en la que se encontraba una edificación que servía de vivienda, no destinada al cultivo agrícola. En definitiva, para el Tribunal Supremo no se trataba propiamente de tierras ni de finca rústica, que es el presupuesto básico del retracto de colindantes.

En el caso que nos ocupa las fincas objeto de retracto no son rústicas sino urbanas, pero el fundamento de la acción no era la naturaleza rústica de la denominada urbana (jardín con piscina, vestuarios y barbacoa) sino su condición de anejo de la casa que, a su vez, viene descrita como casa con cochera y corral. Si se siguiera el razonamiento de la sentencia recurrida tampoco la cochera y el corral podrían ser objeto de retracto ni junta ni separadamente porque no son suelo de naturaleza rústica, pero indudablemente en un retracto dirigido a la casa (edificio que conserva la impronta familiar) la cochera y el corral que forman parte de la misma finca estarían incluidos con el edificio.

Aparte de los inmuebles de naturaleza rústica, el artículo 589 del CDFa permite el ejercicio del retracto de abolorio sobre los edificios o parte de ellos en tanto que (Preámbulo del CDFa) también pueden conservar la impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes respecto a los terceros adquirentes, y sin necesidad de que deban estar destinados a finalidad agrícola.

En la demanda el retracto se dirigía a dos fincas registrales porque así aparecen

identificadas en el Registro de la Propiedad pero, como afirma la recurrente, el objeto era la finca como unidad física (una sola finca catastral, urbana) formada por la casa con cochera y corral junto con el jardín que contiene la piscina, vestuarios y barbacoa, que no tiene acceso independiente sino a través de la anterior. En el último inciso del fundamento noveno que ha sido transcrito antes, la sentencia recurrida rechaza el retracto sobre esas fincas dependientes entre sí *«al no reunir las condiciones exigidas»*, refiriéndose al requisito de finca rústica. Decía el párrafo completo: *«Por lo demás, el hecho de que las fincas descritas puedan ser dependientes entre sí, en cuanto que el paso a una solo se consigne por la otra, no permite el ejercicio conjunto del derecho, al no reunir las condiciones exigidas, ni puede concederse el derecho respecto de una de ellas, que es posibilidad que la mayor parte de la doctrina rechaza»*.

En la escritura de de 2014 (protocolo del Notario D. Eloy Jiménez), de venta a los demandados de las fincas objeto de retracto por las vendedoras (sobrina y cuñada de la retrayente), que eran nudo propietaria y usufructuaria, respectivamente, de ambas fincas, tras la descripción de la registral (jardín con piscina) el notario hace constar: *«Manifiestan que según catastro está señalada con el número del Paseo»*. (Corresponde dicho número a la otra finca, la casa con cochera y corral).

Y en la reseña del título se dice que procede de una segregación *«realizada en la escritura otorgada ante el Notario Don Francisco de Asís Sánchez Ventura Ferrer el día de de dos mil cinco, número de protocolo»*. Se reitera a continuación que las fincas tienen un solo número de referencia catastral *«ya que forman una sola finca, que es la que consta en la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por medios telemáticos que uno a esta matriz. Manifiestan los comparecientes a mi instancia que los datos recogidos en dicha certificación se corresponden con la realidad física de las refe-*

ridas fincas» (el subrayado es nuestro). Y continúa la descripción: «*Tal y como se ha dicho las descritas fincas forman una sola en el catastro, con una superficie total de... correspondiendo a la primera ochocientos cuarenta y cinco metros... y en el interior de esta existe una edificación de dos plantas, con una superficie construida total de...*». Las dos fincas «*con todo cuanto les sea accesorio e inherente a las mismas»*, se venden por un precio conjunto de 100.000 euros.

Como se dice en la anterior escritura, la denominada finca urbana (jardín con piscina, vestuarios y barbacoa), registral, que forma en la realidad una sola finca con la casa familiar, procede de una segregación de la finca matriz, la, anteriormente la, según lo recoge el fundamento octavo de la sentencia recurrida. Según la certificación registral aportada como documento nº 3 con la demanda, esta registral fue segregada (escritura de de de 2005, protocolo del notario D. Francisco de Asís Sánchez-Ventura Ferrer) por la sobrina de la actora y su madre (las vendedoras), correspondiendo a la primera por herencia (y la segunda usufructuaria) de su padre D. José L. M., hermano de la actora, quien a su vez la había recibido como legatario de sus padres D. José L. D. y D^a. Pilar M. A., que la habían comprado en escritura de de de 1941 al padre del primero, D. Cesáreo L. L. Según la inscripción 3^a de la registral, que era la que quedaba tras la segregación anterior, esta última finca era vendida a C. T., de forma que la otra finca, la, aun registralmente independiente, era vendida junto con la (casa con corral y cochera), como una sola, a los demandados por un único precio.

Por lo tanto, las vendedoras, tras la segregación realizada por ellas en 2005 para independizar la que venderían a C. T., S.A., vendieron a los demandados, hoy recurridos, una sola finca (física y catastralmente) constituida por la casa familiar con su cochera y corral y por la finca-jardín con pisci-

na, vestuario y barbacoa, y así la adquirirían los compradores. No parece que dichos compradores aceptaran que, dado que se trata de dos fincas registrales distintas, pudiera ser ejercitado el retracto sobre la primera y no sobre la segunda, o viceversa.

En definitiva, las propias vendedoras incorporaron la finca registral (jardín-piscina), física y catastralmente, a la casa familiar, como un anejo, como ya lo era la cochera y el corral, y así lo vendieron en su conjunto. El artículo 334 del Código civil incluye como inmueble a todo aquello que esté unido al suelo (construcciones, árboles, plantas, estatuas, etc.), de manera fija o incorporado por su dueño. En este caso la cochera y el corral ya aparecían así en la descripción conjunta con la casa, y sus dueñas incorporaron otro anejo, el jardín con la piscina, vestuario y barbacoa, y así lo vendieron.

La finca destinada a jardín con piscina y demás elementos, calificada como urbana, podría no permitir ser retraída aisladamente, pero no era la pretensión de la parte demandante, que la incluía en su demanda como un elemento anejo e inseparable de la casa. En ese sentido, se produce la infracción del artículo 589 del CDFR, pues toda ella debe ser considerada como edificio, pero no hay infracción de lo dispuesto en el artículo 593 que prevé la situación inversa, en la que solo se pretende retraer uno solo de los inmuebles que se enajenan, siempre que reúna los requisitos para ellos y tenga la condición de bien de abolorio.

La finalidad perseguida: La sentencia de primera instancia se refiere a la facultad moderadora de los tribunales que llevaría a la desestimación del retracto de abolorio en los casos en que, aun concurriendo los requisitos para ello, no se consiga la finalidad última de mantener la integridad del patrimonio familiar, «*exigiéndose al retrayente una afición de los bienes que pretende retraer, cuestión que no se aprecia cuando haya, por*

ejemplo, un interés especulativo sujeto, por ejemplo también, a un proyecto urbanístico, pero es lo cierto que en el caso que nos ocupa este posible interés, o bien en sentido contrario, esa falta de desafección no se ha acreditado».

La sentencia de apelación se refiere también (fundamento noveno) al interés por «*la conservación en el seno familiar de una finca rústica poseída por el tiempo de dos generaciones...*». Del hecho de haber nacido la actora en la casa afirma que no justifica sin más el uso del derecho dado que no tiene allí su residencia y carece de relación actual, mencionando el posible interés especulativo. Con cita de la jurisprudencia sobre el retracto de colindantes afirma que debe defenderse una interpretación estricta en el ejercicio del retracto de abolorio, «*más cuando los pueblos han quedado abandonados y aquellas viviendas solo se usan por lo general como segundas residencias, pudiendo implicar una considerable merma económica en la transmisión, salvo que se demuestre, claro, que el fin deseado es coincidente con el que se recoge en la Ley, en los términos antes dichos, que no es el caso*».

El Preámbulo del CDFa explica la reforma afirmando que «*los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo, pues responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección. En cualquier caso, el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece, por lo que se prescinde de la referencia a la «moderación equitativa» por los tribunales que la Compilación introdujo*».

En el texto articulado los requisitos subjetivos se cumplen cuando el derecho lo ejerciten los parientes colaterales dentro del cuarto grado, además de la permanencia de los bienes en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores. Ambos requisitos se tienen por cumplidos tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación. Por lo que se refiere al interés de la retrayente, la sentencia del Juz-

gado afirma que no se ha probado la falta de afección, y la de la Audiencia no aprecia la afección porque la actora no tiene su residencia en la localidad ni la ha tenido en tiempos recientes, pasa largas temporadas en el extranjero y carece de relación actual.

Como se ha dicho, en la regulación actual no se exigen otros requisitos que los legalmente establecidos, entre los que no se encuentra la afección y, desde luego, no se exige que se pruebe la misma, habiéndole bastado a la sentencia de primera instancia que no se hubiera probado su falta.

La supresión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años (artículo 596.3).

En definitiva, la afección subjetiva del retrayente no es requisito legalmente exigido para el ejercicio del derecho de retracto por lo que su exigencia (pretendiendo además la prueba de la afección a la parte actora), vulnera lo establecido en el artículo 589 del CDFa, por lo que debe ser estimado el recurso y casada la sentencia.

Como consecuencia de la casación, se revoca la sentencia dictada por la Audiencia y se confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia.

QUINTO.- Las costas de primera instancia no fueron impuestas en la sentencia que puso fin a la misma, por las circunstancias que el Juzgado consideró concurrentes, y así se confirma.

No hubo imposición de costas del recurso de apelación, por la estimación del mismo, y así se mantiene dado el distinto signo de las sentencias de ambas instancias.

No cabe condena en costas del recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

43

NÚM. 43

S. TSJA 6/2016 de 11 de febrero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: *Custodia compartida no uniforme: La custodia compartida por periodos semanales se modifica y se dispone por la Audiencia que, en periodo lectivo, entre semana, de lunes a viernes, los menores comerán siempre en casa de su madre; por ello se aumenta en 80 euros la cantidad a abonar por el padre por cada uno de los periodos de alternancia semanal a él correspondientes, en los que tengan lugar las comidas en casa de la madre. El padre, que sólo impugna la comida del viernes, alega que el acuerdo tomado no le garantiza el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. Entiende la Sala que el acuerdo tomado no trata de modo desigual a uno y otro progenitor, porque lo que hace es distribuir las concretas responsabilidades de padre y madre conforme a un criterio perfectamente lógico y ajustado a las necesidades de los hijos. Cuando el trato no uniforme o la asimetría en la relación de los padres con los hijos deriva de las necesidades de éstos, ello no significa un trato discriminatorio de un padre respecto del otro.*

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: *Custodia compartida no uniforme: Como el nuevo régimen de comidas acordado por la Audiencia supone un mayor desembolso para la madre al aumentar el número de comidas que los menores hacen con ella, debe igualmente mantenerse como medida económica compensatoria el aumento periódico en 80 euros de la contribución del padre a los gastos de los menores. Esta elevación es plenamente ajustada a derecho como*

medio de equilibrar el costo económico que a cada progenitor supone atender la custodia de los menores, ya que entra dentro de la previsión del art. 82.1 del CDFa.

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 80 y 82 CDFa.*

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 10 de noviembre de 2014 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 3 de junio de 2000 y en el que habían tenido dos hijos, Lucas, nacido el día 26 de diciembre de 2003, y Julia, nacida el día 2 de agosto de 2010.

La sentencia estableció las medidas reguladoras de los efectos de divorcio, entre las cuales, a los efectos de este recurso de casación, deben destacarse dos: 1.- acordó la custodia compartida por periodos semanales respecto de los hijos, con dos visitas entre semana a favor del progenitor no custodio; y 2.- fijó que el padre debería abonar en concepto de gastos por sostenimiento de los menores la suma de 400 € mensuales, y la madre la de 100 €.

La madre, ahora parte recurrida, presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que fue resuelto por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza por la sentencia objeto del presente recurso de casación, dictada el día 28 de julio de 2015. En ella, en lo que ahora interesa, revocó en parte la sentencia recurrida, modificando lo acordado respecto del modo desarrollarse la custodia compartida y de la cuantía con la que el padre contribuiría al sostenimiento de los hijos. En concreto, por lo que hace a

cómo definirse la custodia compartida, dispuso que en periodo lectivo, entre semana, de lunes a viernes, los menores comerían siempre en casa de la madre, siendo ésta quien les acompañaría a las actividades extraescolares que pudieran efectuarse a mediodía. En lo relativo a la cantidad a abonar por el padre, la aumentó en 80 € por cada uno de los periodos de alternancia semanal a él correspondiente, en los que tuvieran lugar las comidas en casa de la madre.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por el padre el presente recurso de casación, en el que interesa que se mantengan en su integridad las medidas adoptadas por el Juzgado de Primera Instancia.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso de casación considera infringido por la sentencia recurrida el artículo 80.1 y 2 en relación al artículo 76.3 b), ambos del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), ya que, en resumen de las consideraciones del recurrente, el acuerdo tomado en la sentencia de la Audiencia Provincial respecto de que los menores coman en casa de la madre en el periodo en que la custodia corresponde al padre no garantiza a tal progenitor el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

Aunque la solicitud contenida en el recurso pretende que se mantenga en su totalidad el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, lo único recogido en el fundamento de la impugnación se refiere a la comida del viernes. Así, la razón que se expone de la infracción que se entiende cometida por la sentencia recurrida deriva, según el recurrente, de que «como consecuencia de tal modificación, el padre desde el viernes por la mañana que deja los hijos en el colegio hasta el martes por la tarde de la semana siguiente, en la que tiene la custodia la madre, no tiene ningún contacto directo y personal con los hijos, es decir, cada dos semanas duran-

te casi cinco días (es decir diez días al mes en total) no hay contacto personal entre el padre y los hijos.»

Al respecto cabe aclarar, en primer lugar, que el sistema establecido en la sentencia recurrida supone que el padre no tenga contacto directo con los hijos desde la mañana del viernes hasta la tarde del martes, lo que no alcanza los casi cinco días a que se refiere. Y asimismo cabe también señalar que con el sistema establecido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que el recurrente pretende sea repuesta, y en lo que al viernes se refiere, el padre dejaba de ver a los hijos desde el propio viernes después de comer hasta el martes siguiente por la tarde.

Dado que no se contiene argumento alguno base del recurso sobre el resto de los días de la semana, debe así concluirse que lo planteado en este recurso es realmente si es conforme a derecho que la comida del viernes la hagan con su padre o con la madre.

TERCERO.- La sentencia recurrida razonó con claridad que el motivo del cambio que introdujo viene determinado por razones de mejor conciliación de las obligaciones del padre con la atención de los hijos a la hora de comer, y por dar el informe psicológico especial importancia a la mejor alimentación de los hijos. Y asimismo consideró que desde que se estableció en sistema de custodia compartida, desde mayo de 2014, los menores no han comido en casa del padre cuando le correspondía la custodia, sino que lo han hecho en casa de los abuelos paternos.

Partiendo de tales consideraciones basadas en los hechos acreditados que no hay razón para modificar, no existe motivo alguno para considerar, como sostiene el recurrente, que el acuerdo tomado trate de modo desigual a uno y otro progenitor, porque lo que hace es distribuir las concretas responsabilidades del padre y madre conforme

a un criterio perfectamente lógico y ajustado a las necesidades de los hijos. Si esta atención al interés de los menores comporta un trato no uniforme de los momentos en que cada progenitor pueda tener la compañía directa de los hijos, ello no significa desigualdad de trato, pues la asimetría en la relación deriva de las necesidades de los hijos, no de que se haya estudiado y resuelto una situación de cada progenitor de modo discriminatorio respecto del otro.

Además, no cabe sino considerar que, en todo caso y como ya se ha expuesto, la diferencia de medidas que sostiene el recurrente se concreta realmente en una sola comida, lo cual supone una variación tan escasa respecto de lo que acordó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que en modo alguno permite considerar que haya derivado de un trato desigual de uno u otro progenitor.

En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del primer motivo de recurso.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso tiene por objeto la supresión del aumento periódico en 80 € de la contribución del padre a los gastos de los menores. Esta elevación, como se deduce de la sentencia recurrida, entronca con el aumento del número de comidas que los menores hacen con la madre, lo cual es plenamente ajustado a derecho como medio para equilibrar el costo económico que a cada progenitor supone atender la custodia de los menores, ya que entra dentro de la previsión del artículo 82.1 del CDFA. Por ello, mantenido ahora, en esta resolución, el nuevo régimen de comidas que supone mayor desembolso para la madre, debe igualmente mantenerse la medida económica compensatoria impugnada.

Por tanto, procede igualmente la desestimación del segundo motivo de recurso de casación.

QUINTO.- Como se deduce de lo hasta ahora expuesto, el caso enjuiciado presenta una especial situación de hecho que tiene como consecuencia el ser una cuestión que puede suscitar dudas en la correcta aplicación del derecho, como lo evidencia el que sean divergentes las dos sentencias dictadas en la instancia. Tales consideraciones conducen a no hacer expresa imposición de las costas causadas en el recurso de casación tramitado, en atención a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 44

A. TSJA de 15 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de técnica casacional: *La Sala se considera competente para conocer del recurso de casación interpuesto ya que puede entenderse que se refiere a la vulneración de Derecho civil aragonés (art. 478.1.2º Lec.), pero la Sala acuerda su inadmisión a trámite. El recurso de casación tiene naturaleza de recurso extraordinario, tendente a revisar si la sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial ha infringido el ordenamiento jurídico aplicable al caso. El recurso ha de fundarse en la infracción de norma sustantiva. En el caso de autos no se menciona norma alguna como motivo del recurso de casación. El recurso incurre así en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2º Lec., en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 477.1, 478.1, 481.1 y 483.2 Lec.*

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