

# JURISPRUDENCIA\*

## *JURISPRUDENCE\**

---

\* En esta sección de la Revista, al cuidado de los Profs. BAYOD y SERRANO, se da cuenta de las resoluciones sobre Derecho civil aragonés del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, las Audiencias Provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza (o de otras Audiencias) y los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de Aragón, se extractan sus principales aportaciones, se construye con ellas un índice por materias con los sumarios de las resoluciones referenciadas en cada número de la Revista y, finalmente, se añade el índice acumulado de la jurisprudencia referenciada en los sucesivos números de la Revista.

Solo se publican algunas de las resoluciones referenciadas, las que a juicio de la Redacción presentan mayor interés doctrinal; de estas, las de TSJA se publican íntegras, mientras que las de Audiencia o Juzgado solamente sus fundamentos de derecho.



**A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2017-2018)**

**A) DECISIONS OF THE HIGH COURT  
OF JUSTICE OF ARAGÓN(2017-2018)**

1

**NÚM. 1**

*S. TSJA 1/2017 de 25 de enero de 2017*

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: MODIFICACIÓN: Causas o circunstancias relevantes:** *La posibilidad de modificar las medidas acordadas en sentencia firme (custodia a favor de la madre) tiene base legal en los arts. 775 Lec. y 79.5 CDF.A. Del resultado del conjunto probatorio –cuya valoración corresponde a los Tribunales de instancia– se desprende que no se han producido modificaciones sustanciales o relevantes en las circunstancias personales del actor que fundamenten su pretensión. La medida solo es revisable cuando quede acreditado en el proceso que las circunstancias fácticas que se tuvieron en cuenta para establecer un sistema de guarda y custodia han quedado sustancialmente modificadas (SSTSJA 24/2016, de 14/10, y 37/2014, de 19/11). No puede instarse en estos casos la aplicación del art. 80.2 como si se plantease ex novo la fijación de la forma en que habría de ser establecida la custodia de los hijos menores. Además el padre tiene dificultad de conciliación de la vida profesional con su pretensión de custodia compartida.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Arts. 76 y 80.2 CDF.A.*

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**Primero.-** Resulta acreditado en las instancias procesales que D. Eugenio y D<sup>a</sup> Ruth contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 18 de julio de 2003. De dicho matrimonio nacieron y viven dos hijos llamados: Ignacio, nacido el... de 2007, y Juan, nacido el... de 2009.

En fecha 23 de septiembre de 2014 recayó sentencia en proceso de divorcio de mutuo acuerdo n<sup>o</sup> 601/2014, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 6 de Zaragoza, sentencia que declaró disuelto por divorcio el citado matrimonio y aprobó el pacto de relaciones familiares suscrito entre los cónyuges en fecha 7 de julio de 2014. Conforme a dicho pacto se establecía respecto de los hijos menores un régimen de guarda y custodia de la madre, con ejercicio conjunto de la autoridad fa-

miliar por parte de ambos progenitores y un régimen de visitas a favor del padre que, a falta de acuerdo, consistía en fines de semana alternos así como las tardes de los martes y jueves de cada semana hasta las 20 horas, además de un reparto de los periodos de vacaciones.

El día 17 de junio de 2015 D. Eugenio interpuso demanda de modificación de medidas, por alteración de las circunstancias, que fundaba en lo establecido en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 90 y 91 del Código civil, solicitando del Juzgado que se estableciera la guarda y custodia compartida, en semanas alternas, por ambos progenitores respecto de los hijos Ignacio y Juan, además de un régimen de visitas para el progenitor que no tenga la custodia esa semana, además de una modificación de la contribución a los gastos ordinarios y por alimentos de los hijos. La modificación de medidas se sustentaba, desde un punto de vista fáctico, en que el demandante ha superado en diciembre de 2014 su estado depresivo-ansioso, se encuentra plenamente en condiciones de asumir el ejercicio de la custodia compartida y dispone de un horario de trabajo muy flexible, lo que le permite la atención y cuidado de sus hijos durante el tiempo que le corresponda la custodia.

A dicha demanda se opuso la representación de D<sup>a</sup> Ruth, alegando que no se ha producido un cambio de circunstancias verdadero y relevante, que es un requisito imprescindible para que pueda modificarse el régimen de custodia de los hijos y la prestación económica.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, dictada el 18 de enero de 2016 –aunque en el testimonio remitido consta datada a 18 de enero de 2015, lo que debe entenderse como mero error material– desestima la demanda de modificación de medidas definitivas establecidas en el pro-

cedimiento de divorcio, y lo hace por considerar que no se ha producido un cambio relevante en las circunstancias, indicando que aunque existe una mejora en el estado de salud del demandante, no se estima que sea un motivo trascendente a los efectos considerados, «pues en nada consta que fuera inidóneo el padre al tiempo de divorcio por la afección que padecía siendo prueba de ello el régimen de estancias acordado», además de exponer que «existe una mayor problemática de conciliación en el padre quien además de terminar su jornada a las... horas, consta que desarrolla su actividad profesional también fuera de esta ciudad de Zaragoza en localidades como Calatayud, Utrillas o Huesca, situación ésta que supone una problemática que puede ser incompatible con el ejercicio de una custodia compartida».

Apelada dicha sentencia por la representación del actor, la Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, ha dictado sentencia de 21 de junio de 2016 que confirma la anterior, modificando únicamente la de divorcio en el apartado del régimen de visitas, que se amplían prorrogando las intersemanales hasta las 21 horas y los fines de semana hasta el lunes a la entrada del colegio, pudiéndose ampliar los puentes escolares así como la mitad de los periodos vacacionales. La fundamentación jurídica de la sentencia hace hincapié en lo establecido en los artículos 90, 91 y 100 del Código civil respecto de la alteración de las circunstancias (fundamento de derecho segundo), y en cuanto al régimen de custodia de los hijos menores analiza la prueba pericial psicológica practicada y concluye que «no puede afirmarse, que porque el recurrente haya podido mejorar en su estado de salud, sea aconsejable modificar el régimen de custodia libremente pactado en su momento, así el informe psicológico aconseja el mantenimiento del

mismo con una ligera ampliación» (fundamento de derecho tercero).

#### INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

**Segundo.-** La representación del demandante interpone recurso de casación frente a dicha sentencia, que funda propiamente en dos motivos: 1) Vulneración del artículo 80.2 del CDFa, que establece la preferencia de la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, analizando la prueba practicada al respecto y la concurrencia de los factores a que se refiere el precepto sustantivo, para concluir que en este caso procedía la modificación del sistema establecido y la adopción del régimen preferente de guarda y custodia compartida; 2) Vulneración del artículo 76 del CDFa, que establece los derechos y principios de los progenitores con respecto a sus hijos, especialmente en cuanto a los derechos de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular y al derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones familiares. Aduce también, como tercer motivo de recurso, la existencia de interés casacional, al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la custodia compartida y su preferencia.

Acerca de los motivos de recurso esgrimidos hemos de considerar, de entrada, que el invocado como motivo tercero no constituye estrictamente un motivo de casación, ya que ésta ha de fundarse exclusivamente en la infracción de ley, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que la existencia de interés casacional puede constituir un presupuesto de recurribilidad si se utiliza esta vía. En cuanto a los dos motivos fundados en la infracción de preceptos sustantivos, serán examinados conjuntamente, dado

que es el primero de los preceptos citados el que regula el régimen de custodia de los hijos menores y la preferencia de la custodia compartida, mientras que el artículo 76 establece unos derechos y principios que son desarrollados en los preceptos siguientes del Código Foral .

#### EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

**Tercero.-** Cuestión fundamental para la decisión del recurso es la consideración del proceso en el que se solicitaba el establecimiento de la custodia compartida de los hijos menores.

En el caso de autos se siguió juicio de divorcio en el que recayó la sentencia ya citada, por la que se declaraba disuelto el matrimonio y se adoptaban las medidas resultantes del pacto de relaciones familiares que habían concertado los cónyuges, medidas que establecían la custodia individual a favor de la madre, en los términos expresados. Dicha sentencia era firme.

Se planteó en la demanda que da origen a los presentes autos la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia anterior. La posibilidad de modificar las medidas acordadas en sentencia firme tiene base legal en lo dispuesto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en el Derecho Aragonés, en lo dispuesto en el artículo 79.5 del CDFa, conforme al cual *«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.»*

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia ha negado la concurrencia de los elementos del supuesto de hecho recogido

en las citadas normas y, en consecuencia, declara no haber lugar a la pretensión modificadora, porque no se ha producido ningún cambio relevante en las circunstancias personales del demandante. Así lo razona en los fundamentos jurídicos segundo y tercero.

La sentencia de la Audiencia Provincial, aunque no hace especial consideración sobre la concurrencia de esta alteración de las circunstancias, confirma la decisión del Juzgado, de forma que puede inferirse que en su fundamentación está implícita la subsistencia de las circunstancias inicialmente concurrentes, además de referirse explícitamente a la valoración de la prueba pericial psicológica practicada.

Pues bien, del resultado del conjunto probatorio –cuya valoración corresponde a los Tribunales de instancia– se desprende que no han concurrido en el caso de autos modificaciones sustanciales en las circunstancias personales del actor que fundamenten su pretensión de modificación de las medidas judicialmente adoptadas que, además, correspondían a un pacto de relaciones familiares libremente pactado por ambos progenitores. La sentencia de primera instancia recoge en su fundamentación que la mejora del estado de salud del demandante, si bien siempre es algo positivo, no se estima que sea un motivo que suponga un cambio relevante, pues no consta que fuere inidóneo el padre al tiempo de divorcio por la afección que padecía, siendo prueba de ello el régimen de estancias acordado. Esta argumentación no es contradicha por la sentencia dictada en apelación la cual recuerda, además, que la carga de la prueba de la existencia de dichas modificaciones trascendentes corresponde a la parte que propone la revisión de las medidas, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### EXAMEN DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO

**Cuarto.-** Expuesto lo anterior procede considerar los argumentos de la parte recurrente para el sustento de los motivos de casación que aduce en los apartados 1 y 2 de su escrito de recurso, en cuanto invoca la vulneración del artículo 80.2 y del artículo 76 del CDFa. Dichos motivos han sido apoyados por el Ministerio Fiscal, que centra su argumentación en la concurrencia de los elementos fácticos que integran el supuesto de hecho para la aplicación de la norma contenida en el artículo 80.2 del citado Código y, en consecuencia, avalan la estimación del recurso para reconocer la preferencia de la custodia compartida para los dos hijos comunes.

El art. 76 del Código aragonés fija unos «derechos y principios» en orden a la determinación de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, previniendo el apartado 2 que toda resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos, lo que no es sino una aplicación en el derecho aragonés del principio del superior interés del menor, mantenido en los convenios internacionales de los que España es parte, entre los que destaca la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de la ONU –Sentencia de esta Sala de 1 de diciembre de 2016, n° 27/2016–, además de establecer un derecho a la igualdad en las relaciones familiares, igualdad que no se conculca por el hecho de que en sentencia se adopte, motivadamente y en interés de los hijos menores, un sistema de custodia que no sea igualitario ni constituya custodia compartida.

Partiendo de que en el caso de autos no se ha producido un cambio sustancial o relevante de las circunstancias concurrentes al tiempo de dictarse la sentencia

de divorcio, no procede la revisión de la decisión judicialmente adoptada, que tiene fuerza de cosa juzgada y solo es revisable cuando quede acreditado en el proceso que las circunstancias fácticas que se tuvieron en cuenta para establecer un sistema de guarda y custodia respecto de los hijos menores han quedado sustancialmente modificadas –STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2016, n° 24/2016, que afirma «*la demanda de modificación no superó el escrutinio de si concurren en el caso los elementos necesarios para que las medidas matrimoniales ya adoptadas puedan ser objeto de nuevo estudio y decisión*»–. Como ya ha expuesto esta Sala «*en el proceso de modificación de medidas hemos de partir de las fijadas en la sentencia de divorcio, que fue acatada por ambas partes, y solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor*» –Sentencia de 19 de noviembre de 2014, n° 37/2014.

No puede instarse en estos casos la aplicación del artículo 80.2 como si se plantease *ex novo* la fijación de la forma en que habría de ser establecida la custodia de los hijos menores. De esta forma la argumentación de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal sobre la concurrencia de los elementos que priorizan la custodia compartida sobre la individual no resulta de aplicación al caso.

Finalmente es de señalar que en el caso de autos concurren elementos de hecho para estimar que la decisión adoptada por la sentencia objeto de recurso ha tenido en cuenta el superior interés del menor, cuando decide mantener las medidas inicialmente adoptadas –con ampliación del régimen de visitas–, al considerar que el padre tiene una dificultad de conciliación de la vida profesional con su pretensión de custodia compartida, como lo es el hecho

de que además de terminar su jornada a las veinte horas desarrolle actividad profesional también fuera de esta ciudad de Zaragoza, con desplazamientos a diversas poblaciones de Aragón, según recoge la sentencia de primera instancia en argumentación mantenida por la recurrida y no impugnada a través de motivo de recurso por infracción procesal.

En consecuencia, el recurso de casación ha de ser desestimado, procediendo la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

#### COSTAS

**Quinto.-** Conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede en este caso no hacer imposición de las costas del recurso, habida cuenta que ha podido presentar dudas de derecho, como se desprende de la existencia de fallos diferentes en las dos instancias y del apoyo del Ministerio Fiscal al contenido del recurso.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Vistos, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Eugenio, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 21 de junio de 2016, sentencia que confirmamos.

2. Sin hacer imposición de las costas del recurso.

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

2

## NÚM. 2

S. TSJA 2/2017 de 26 de enero de 2017

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL:**

**MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA:** *El primer motivo de infracción procesal alega falta de motivación de la sentencia. El mandato del art. 218 Lec., en concreta aplicación del art. 24 CE, de que las sentencias sean motivadas expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la solución que proclaman, ha sido perfilado por la jurisprudencia, así la STC 101/2015 señala que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación o es insuficiente, por ser arbitraria o irrazonable; el mismo tribunal se ha ocupado de señalar los límites de la exigencia de motivación en SSTC 13/2001 y 9/2015 (que reitera el criterio de la primera), señalando que es suficiente que contenga los criterios jurídicos esenciales en los que se fundamenta la decisión. El mismo criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 del Convenio de 1950. La jurisprudencia ha acuñado el principio de economía motivadora (STS 290/2014, de 21/3).*

**VALORACIÓN ERRÓNEA DE LA PRUEBA:** *La doctrina jurisprudencial, recogida con detalle en la STSJA 26/2016, ha señalado reiteradamente que el órgano de casación no es una tercera instancia a la que pueda ser sometida libremente la revisión de la valoración de la prueba realizada en la instancia, sino que tan solo puede serlo cuando afecte al derecho de la tutela judicial efectiva amparado en el art. 24 CE por haber sido realizada arbitrariamente o sea contraria a las más elementales reglas de la lógica.*

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: MODIFICACIÓN:** *Causas o circunstancias relevantes: En un procedimiento de modifi-*

*cación de medidas no se trata de decidir por primera vez sobre las medidas a adoptar desde la ruptura, en que el criterio legal de idoneidad de la custodia compartida para satisfacer el interés del menor es el punto de partida, sino de si las adoptadas han de ser modificadas por así exigirlo nuevas circunstancias distintas de las que en el momento de la primera decisión evidenciaron que en el caso concreto, y frente al criterio legal, la individual a favor de la madre era el régimen que mejor respondía a aquel interés (SSTSJA 7/2016). Se trata de contrastar las circunstancias tenidas en consideración al momento de fijar las medidas cuya revisión se pretende con las actualmente existentes para determinar si se ha producido algún cambio que evidencie que las medidas vigentes ya no son adecuadas al interés del menor (STSJA 19/2014).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 218 Lec, 24 CE y 80.2 CDF.A.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** D. Santiago recurre la sentencia que, estimando el recurso de apelación al que da respuesta, rechaza su pretensión de modificación del sistema de custodia individual de su hija, María, nacida el día 19 de septiembre de 2008, que fue atribuida a la madre, D<sup>a</sup> Ana Cristina, en la sentencia de divorcio de fecha 5 de septiembre 2011, y de que se instaurare un sistema de custodia compartida por períodos semanales. El recurso se deduce por motivo de infracción procesal y de casación.

La infracción procesal se basa en dos motivos, ambos por infracción del art. 218.2 LEC. El primero por falta de motiva-



ción de la sentencia. El segundo por error en la valoración la prueba.

El de casación afirma infracción del art. 80.2 CDFA en relación con los arts. 76.3 y 79.5 del mismos cuerpo legal.

**Segundo.-** Por lo que se refiere al primero de los motivos por infracción procesal.

Ciertamente el art. 218 LEC, en concreta aplicación del principio sentado en el art. 24 CE, exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes, y que sean motivadas expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la solución que proclaman, y tal mandato ha sido perfilado por la jurisprudencia.

Así el TC ha señalado en su STC 101/2015, de 25 de mayo de 2015:

“Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril, y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que «la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aun constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)».

Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional se ha ocupado de circunscribir dicha exigencia a los límites en que es exigible en sentencias tales como la nº 13/2001 y la 9/2015, en la primera de las cuales se dice con criterio reiterado en la segunda:

«Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2)».

Igual criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 de Convenio de 1950 en SS tales como Bolea v Rumania, Kuznsov y otros v Rusia, Pronia v Ucrania, Dimitrelos v Grecia, Pérez v Francia, García Ruiz v España, Bwg y otros v Francia, Gorou v Grecia, Kukkonen v Finlandia,

Helle v Finlandia, Tatishvili v Rusia ... en las que se señala que dicha norma incluye la obligación de los tribunales de dar razones suficientes de su decisión, pero que no puede ser entendida en el sentido de que impone una respuesta detallada a cada argumento, ni que requiera que un tribunal de apelación haya de dar razones más detalladas cuanto aplica simplemente una concreta provisión legal para rechazar el recurso, de tal forma que puede ser bastante, en los casos en que la apelación es rechazada, la simple remisión a las razones dada por el tribunal inferior.

Finalmente, la jurisprudencia ha acuñado el *principio de economía motivadora*, con arreglo al cual no se explica lo obvio, pues tan perturbador puede ser en ocasiones la penuria o pobreza motivadora como una acumulación agotadora de argumentos que se van amontonando y pueden llegar a aturdir por su obviedad, dificultando el hallazgo de los puntos clave, los puntos realmente controvertidos (STS 2ª, n.º 290/2014 de 21 de Marzo de 2014).

En el presente caso, la Sala sentenciadora se ha ocupado de dar las razones que la llevaron al pronunciamiento estimatorio del recurso de apelación que se combate cuando dice en su fundamento de derecho segundo, tras afirmar que sí se ha producido un cambio de circunstancias respecto de las existentes en el momento en que fueron adoptadas las medidas de cuya modificación se trata, lo que sigue:

«Se mantienen en cambio las razones que en la sentencia dictada el 13 marzo 2012 en anterior modificación de medidas (rollo de apelación n.º 598/2011) llevaron a esta sección a denegar la petición de custodia individual o subsidiariamente compartida solicitada por el Sr. B. –la falta de asunción realista y convincente de las tareas y responsabilidades que supone el cuidado cotidiano de la misma por el Sr. B., el que sigue residiendo con sus padres

en Zuera, sin disponer de vivienda donde ejercer autónomamente tales cometidos, y sin contribuir a la satisfacción de las obligaciones familiares (alimentos e hipoteca)– consideraciones en las que vuelva a apoyarse la recomendación de la psicóloga de que la menor siga bajo la guarda de la madre, diciendo que de la valoración efectuada se desprende que el Sr. B. plantea una organización de la vida de la niña basada en un proyecto personal que no es definitivo; que muestra una absoluta dependencia económica de sus padres sin plantear alternativas viables en cuanto lugar de residencia y actividad laboral, y que expresa un proyecto educativo un tanto idealizado luego no concretado en el día a día de la menor.»

Se puede discrepar de tales razonamientos tachándolos de erróneos, pero ello es bien distinto de afirmar que la sentencia está falta de motivación, pues tal exigencia –ni el derecho a la tutela judicial efectiva recogido con carácter general en el art. 24 CE– no comprende el acierto de la decisión.

Procede en consecuencia el rechazo del primero de los motivos de infracción procesal.

**Tercero.**– El segundo de los motivos de infracción procesal afirma error en la valoración de la prueba.

El motivo está igualmente destinado al fracaso. La doctrina jurisprudencial ha señalado reiteradamente que el órgano de casación no es una tercera instancia a la que pueda ser sometida libremente la revisión de la valoración de la prueba realizada en la instancia, sino que tan solo puede serlo cuando afecte al derecho de la tutela judicial efectiva amparado en el art. 24 CE por haber sido realizada arbitrariamente o sea contraria a las más elementales reglas de la lógica. Tal doctrina ha sido

recogida con detalle en nuestra Sentencia n° 26/2016, en la que decíamos:

«Una abundante doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4° LEC. Así, en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2015 (Rc. 803/2014), con referencia a otras anteriores, se dice:

“Como recoge la sentencia de 23 marzo 2011, Rc. 2311/2006, las reglas y principios que deben observarse en 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, pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando por ser la valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.

A salvo este supuesto, la valoración de la prueba es función de la instancia (27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, STS 28 de noviembre de 2008, Rc. 1789/03). Si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, no es posible tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer (SSTS de 9 de mayo de 2007, Rc. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005), lo que convertiría el recur-

so en una tercera instancia contraria a su naturaleza y función (STS de 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005)».

En el presente caso, ni se afirma, ni menos se evidencia, una valoración que merezca la calificación que permite su revisión, sino que tan solo se pretende hacer valer la valoración probatoria que sostiene la parte recurrente frente a la realizada por la audiencia.

Por lo demás la discrepancia no recae propiamente sobre el juicio de hecho, sino sobre la valoración de los datos fácticos establecidos a fin de decidir el sistema de guarda que se conviene mejor con el interés de la menor habida en el matrimonio de los litigantes.

El motivo, por tanto, se desestima.

#### **Cuarto.-** Recurso de casación.

El motivo afirma infracción del criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA y de la jurisprudencia de esta Sala por no haber acogido la pretensión de cambio del sistema de guarda individual atribuido a la madre en el proceso de divorcio por sentencia de 5 de septiembre de 2011, confirmada por la de apelación de 13 de marzo de 2013.

En su examen no debemos olvidar que nos hallamos en un procedimiento de modificación de medidas; no se trata pues de decidir por primera vez sobre las medidas a adoptar desde la ruptura, en que el criterio legal de idoneidad de la custodia compartida para satisfacer el interés del menor es el punto de partida, sino de si las adoptadas han de ser modificadas por así exigirlo nuevas circunstancias distintas de las que en el momento de la primera decisión evidenciaron que en el caso concreto, y frente al criterio legal, la individual a favor de la madre era el régimen que mejor respondía a aquel interés.

Así lo hemos señalado en diversas resoluciones de la que es muestra la S n° 7/2016, en la que dijimos:

“Como esta Sala tiene declarado en sentencia n° 37/2014, de 19 de noviembre, en el proceso de modificación de medidas de divorcio lo relevante «no es tanto determinar si se ha producido la infracción del ordenamiento jurídico sustantivo denunciada al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, sino la de considerar que, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante. Dicho de otro modo, en el proceso de modificación de medidas hemos de partir de las fijadas en la sentencia de divorcio, que fue acatada por ambas partes, y solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor, y la sentencia de instancia no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncie”».

Esto es, se trata de contrastar las circunstancias tenidas en consideración al momento de fijar las medidas cuya revisión se pretende con las actualmente existentes para determinar si se ha producido algún cambio que evidencie que las medidas vigentes ya no son adecuadas al interés del menor, tal y como hemos señalado en nuestra sentencia n° 19/2014:

«no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha

de quedar salvaguardado en todo caso, como ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTJA 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”».

**Quinto.-** A fin de llevar a cabo tal examen, parece conveniente reproducir los argumentos empleados en la sentencia de divorcio que condujeron a establecer la custodia individual de la madre y que fueron ratificados en apelación:

«En los presentes autos de divorcio se ha emitido informe pericial por la Sra. Psicóloga del Gabinete adscrito a este Juzgado del que se desprende que la menor se encuentra perfectamente atendida por la Sra. P. quien satisface sus necesidades afectivas y materiales, y si bien es cierto que alude a la existencia de interés y sentimientos afectivos por parte del Sr. B. hacia la menor y una dinámica de interacción con ella que responde de manera adecuada a las necesidades de la niña durante el tiempo que ambos comparten, el informe también pone de relieve que **el demandante carece de un planteamiento de cómo llevar a cabo el ejercicio correcto de la custodia compartida que solicita, ni de cómo organizaría los recursos que tal sistema de custodia requiere**, haciendo afirmaciones vagas al respecto, **quedando en el ámbito de la incertidumbre el hecho de trasladar su residencia a Zaragoza**. Y este último hecho es también una circunstancia que desaconseja el establecimiento de un sistema de custodia compartida, pues no debe olvidarse que el actual arraigo de la menor radica en esta ciudad y que el próximo curso escolar iniciará educación

infantil en un centro escolar de Zaragoza donde la oferta educativa es, además, más amplia que en Zuera, de manera tal que un sistema de custodia compartida supondría que la menor debería trasladarse en ocasiones entre semana de Zuera a Zaragoza, poblaciones distantes a aproximadamente 30 minutos, traslado que, por otro lado, podría suponer un problema si el Sr. B. consigue algún trabajo en una población distinta de las anteriores o en un horario que le impidiese compatibilizar el llevar a la menor al colegio por las mañanas, lo que no sucede con la Sra. P. cuyo actual horario laboral y lugar de trabajo le permiten acompañar a la menor a diario al colegio y recogerla a la salida del mismo.

Por otro lado si bien ello puede no obedecer a causas no imputables a su voluntad, debe también tenerse en cuenta que el Sr. B. **carece de domicilio propio** y actualmente reside con sus padres, lo que supone que no pueda ofrecer a la menor un domicilio propio y en condiciones óptimas. Por último, y con independencia de que, como ya se ha indicado, no existen indicios de conducta delictiva imputable a la Sra. P. por maltrato físico o psíquico, el informe pericial por la Sra. Psicóloga del Gabinete adscrito a este Juzgado refiere **que la hoy demandada proporciona a la menor la estabilidad y seguridad que requiere en su desarrollo**, reuniendo buenas condiciones y recursos personales y familiares para afrontar la crianza y educación de la menor de forma satisfactoria, constituyendo un modelo adecuado de referencia».

Por su parte, la sentencia de apelación razonaba:

«Carece de fundamento el argumento sostenido, pero más la petición de custodia individual y compartida, cuando el informe psicológico practicado (folio 296 y ss. de las actuaciones) informa de la conveniencia del mantenimiento de la menor bajo el cuidado de la madre, por ser lo más

beneficioso para la niña, María, nacida el 19 de Septiembre de 2008, de tres años de edad, ante **la falta de asunción realista y convincente de las tareas y responsabilidades que supone el cuidado cotidiano de la misma por el Sr. B.**, el que **sigue residiendo con sus padres en Zuera, sin disponer de vivienda** donde ejercer autónomamente tales cometidos, y **sin contribuir a la satisfacción de las obligaciones familiares** (alimentos e hipoteca)».

Del examen de tales pronunciamientos se evidencia que las razones por la que se decidió en su día la custodia individual son: el demandante carece de un planteamiento de cómo llevar a cabo el ejercicio correcto de la custodia compartida; que reside Zuera; que carece de un domicilio propio lo que le obliga a residir con sus padres y dependiente; que el informe psicológico concluye que la madre proporciona la estabilidad y la seguridad que requiere el desarrollo de la menor; y que el actor no contribuye a la atención de las obligaciones familiares.

En la demanda de modificación que abre el presente procedimiento se señalan como nuevas circunstancias en relación a la menor: que ha alcanzado la edad de 7 años –6 a la fecha de la demanda– cuando las medidas fueron adoptadas cuando tenía tres años, y que ha evidenciado un profundo deseo de pasar más tiempo con el padre; en relación con éste: que se ha recuperado de la profunda depresión que padecía, que en la actualidad carece de trabajo, que ha solicitado el uso de domicilio en día conyugal, que el padre quiere participar más activamente en las decisiones vitales de su hija; y en relación a la madre: que ha denunciado diversas veces al actor por maltrato familiar, con la consiguiente incoación de diversos procedimientos criminales que terminaron con sentencia absolutoria; y que la madre ha vuelto a casarse y tenido nueva descendencia.

La sentencia de primer grado dio lugar al cambio del régimen de custodia en razón de: la mayor edad de la niña; que el actor ha venido cumpliendo escrupulosamente el régimen de visitas; el firme deseo de este de participar activamente en la vida de la hija común; que ha quedado constatada una estrecha relación entre hija y padre; que éste dispone de un importante apoyo familiar en sus padres; y que el informe emitido a instancia del mismo confirma su capacidad y aptitud para hacerse cargo de la menor: En relación a la madre, constata que se ha divorciado de su segundo marido.

A juicio de la Sala, por el contrario, no concurre ninguna circunstancia distinta a las tenidas en consideración en su día para establecer la custodia individual a favor de la madre, pues si bien da por probado el cambio de circunstancias relativas a la edad de la niña y una mejoría del estado depresivo del padre, cambio que estima *relevante*, razona que *[S]e mantienen en cambio las razones que en la sentencia dictada el 13 marzo 2012 en anterior modificación de medidas (rollo de apelación n.º 598/2011) llevaron a esta sección denegar la petición de custodia individual o subsidiariamente compartida solicitada por el Sr. B. –la falta de asunción realista y convincente de las tareas y responsabilidades que supone el cuidado cotidiano de la misma por el Sr. B., el que sigue residiendo con sus padres en Zuera, sin disponer de vivienda donde ejercer autónomamente tales cometidos, y sin contribuir a la satisfacción de las obligaciones familiares (alimentos e hipoteca).*

Lo que hace la Sala es señalar que siguen igual las concretas circunstancias que determinaron la decisión, y ciertamente así es, pues no se discute que se mantiene el domicilio del actor en la localidad de Zuera, y que la Sala continúa estimando que es de apreciar en el actor una *falta de asunción realista y convincente de las tareas y responsabilidades que supone el cuidado cotidia-*

*no de la misma por el Sr. B.*, y que este continúa sin contribuir a la satisfacción de sus obligaciones familiares.

Y al respecto es de señalar que, contrariamente a lo indicado por el Ministerio Fiscal, la Sala no se limita a recordar lo ya señalado en su sentencia anterior dictada en el procedimiento de divorcio, sino que lleva a cabo una valoración de las pruebas practicadas en el nuevo proceso, en particular el nuevo dictamen psicológico emitido en al que se expresamente remite para concluir como lo hace.

Por lo demás, es de recordar que como hemos dicho en otras ocasiones (S 19/2016 en recurso 13/2016):

«En la ya aludida sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 2015 tras señalar que la decisión sobre custodia pertenece al ámbito discrecional de la instancia, se afirma que en la tomada por los tribunales de instancia “solo podría apreciarse su infracción [la del art. 80.2 CDFA] en el caso de que la misma [decisión] resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor”».

En el caso, la Sala, haciendo una ponderación de las circunstancias nuevas que recoge y de las que a su juicio persisten, concluye que lo más conveniente para el menor es mantener el régimen de guarda acordado en su día, y tal parecer, dado el contenido del informe a que hace mención y los factores a los que ha de atenderse de acuerdo con el art. 80.2 CDFA, no puede tacharse de irracional, ilógico o arbitrario, o claramente atentatorio contra el interés del menor.

En consecuencia, como quiera que no es de apreciar que existan nuevas circunstancias no tenidas en cuenta en la sentencia que adoptó las medidas de cuya modificación se trata que evidencien que las mismas ya no satisfacen el interés del menor, procede la desestimación del motivo.

**Sexto.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la naturaleza de los intereses en disputa aconseja no hacer aplicación del criterio objetivo del vencimiento.

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

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso por motivo de infracción procesal y por motivo de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2016, dictada por la sección 2ª de la AP de Zaragoza en el Rollo de Apelación nº 5/2016.

No hacer imposición de las costas causadas en el recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso.

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

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

#### NÚM. 3

*S. STSJA 3/2017 de 30 de enero de 2017*

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Valoración errónea de la prueba: Se cita la doctrina del TS sobre los supuestos en los que la valoración de la prueba puede acceder al**

*control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4º Lec.: es necesario que se aprecie una valoración de la prueba manifiestamente errónea, arbitraria o ilógica, no siendo suficiente la valoración desacertada de la misma a juicio de la parte recurrente. No puede tildarse de manifiestamente ilógica la valoración de la prueba documental en el informe escolar; tampoco puede calificarse de manifiestamente ilógica o arbitraria la valoración hecha en la sentencia recurrida de la prueba de la exploración del menor; tampoco cabe estimar que la valoración de la prueba pericial adolezca de un vicio de tal magnitud que permita estimar el recurso por infracción procesal, ni se aparta del contexto o expresividad de contenido pericial (como requiere una reiterada doctrina de la Sala Civil del TS, que se resume en el FJ 7). Motivación de la sentencia: En el análisis del primer motivo por infracción procesal, la falta de motivación de la sentencia, se cita la jurisprudencia del TC sobre la exigencia de motivación, que se circunscribe a los propios límites que señala el TC. En el presente caso no hay falta de motivación en la sentencia recurrida.*

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA COMPARTIDA: Definición: La mayoría de la Sala considera como custodia compartida un régimen de convivencia de fines de semana alternos, de viernes a lunes, dos tardes de estancia entre semana (martes y jueves), una de ellas con pernocta, y mitad de los periodos de vacaciones escolares completo. El principal elemento que define el régimen de custodia compartida es la alternancia de los hijos con el padre y la madre, ya que la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el progenitor que ejerce las visitas; alternancia no necesariamente en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado que permite al padre participar de manera efectiva y regular en el**

*desarrollo y educación del hijo como la madre, aunque no tenga igual extensión. Voto particular: lo esencial no es cómo se alterna la convivencia sino el poder compartir ambos padres la vida con el menor de forma continuada. En el caso de autos, la custodia no es compartida porque es la madre la que se hace cargo del menor.*

**CONJUNTA: Voto particular:** *La marginalidad del hecho de cómo se alterna la convivencia frente a lo esencial de poder compartir la vida con el menor lo evidencia todavía más que es también custodia compartida, en su variable de custodia conjunta, incluso el supuesto en el que el menor conviva con uno sólo de los cónyuges, siempre que las circunstancias de proximidad de los progenitores y su permanente relación permita lo principal y esencial: la continuada atención de ambos al niño.*

**PERIODOS DE CUSTODIA: Voto particular:** *Lo que viene siendo habitual en los casos de custodia compartida es una alternancia semanal, quincenal, o incluso mensual (en su caso, con visitas para cada uno en los periodos en que el menor está con el otro). Ahora bien, las estancias pueden organizarse por periodos más breves, como la «residence alternée courte» o 2-2/5-5, fórmula que se preconiza en Francia por ciertos sectores como más conveniente para el interés del menor (sobre todo en edades tempranas), en la idea de que no permanezca demasiado tiempo separado de cada uno de sus progenitores. En la Primera Conferencia Internacional de la residencia alternada (Bonn, julio 2014) se concluyó que tal es la que comprende un mínimo de un tercio del tiempo con cada progenitor incluyendo días entre semana. Pero entre nosotros no se ha consolidado, para los casos de reparto desigual del tiempo, un criterio para determinar si es custodia compartida o individual con régimen de visitas amplio.*

**MODIFICACIÓN: Cambio sustancial de circunstancias:** *El Juzgado y el TSJA entienden, en contra de la Audiencia y los votos particulares, que se ha acreditado tanto el cambio de circunstancias como el carácter sustancial de éstas para modificar el régimen de custodia individual a favor de la madre. El padre ha trasladado su residencia, reúne condiciones para hacerse cargo de su hija, que ha pasado de tener año y 8 meses a casi nueve ahora, y desea pasar más tiempo con su padre. En estas circunstancias, la preferencia legal de la custodia compartida ex art. 80.2 ha sido infringida al no existir factores relevantes para permitir aplicar la excepción por la custodia individual. Votos particulares: no se trata de custodia compartida sino individual con amplio régimen de visitas intersemanales, no se infringe el art. 80.2. La valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida no es objeto de tacha alguna, por lo que el recurso debe ser desestimado.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Arts. 218 Lec., 469.1.4º Lec., 24 CE.*

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### Primero.- ANTECEDENTES RELEVANTES

1. D. Carlos Daniel y D<sup>a</sup> Adriana mantuvieron una relación de la que nació Carla el... de 2008. Producida la ruptura de la pareja, por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 18 de diciembre de 2009, se aprobó el pacto de relaciones familiares suscrito por los progenitores, en el cual se acordaba que la hija común quedaba bajo la custodia de la madre. Se estableció un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos, desde el viernes a la



salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas, con puentes a unir en su caso. Las vacaciones se distribuyeron por mitad, siendo las de verano en quincenas alternas (julio y agosto).

En concepto de pensión por alimentos se fijó una pensión de 600 euros mensuales que debía abonar el padre, contribuyendo ambos progenitores por mitad a los gastos extraordinarios y otros.

2. En fecha 21 de abril de 2015 el padre presentó demanda de modificación de medidas en la que solicitaba la custodia compartida de la hija menor, peticionando un régimen de estancias con la hija de fines de semana alternos, de viernes a lunes, con puentes a unir en su caso y, entre semana, los martes con pernocta y los jueves hasta las 20 horas. Vacaciones escolares por mitad, siendo las de verano en toda su extensión, esto es, no solo julio y agosto, también los días vacacionales de junio y septiembre. En el acto de la vista solicitó que, transcurrido un año desde el comienzo del nuevo régimen, se valorase la posible pernocta del jueves.

En cuanto al régimen de los gastos, cada progenitor atenderá los gastos de la menor en los períodos bajo su custodia, debiéndose proceder a la apertura de una cuenta común con aportaciones mensuales de 175 euros para atender a dichos gastos. En cuanto a los gastos extraordinarios y otros que se acuerden, cada progenitor contribuirá por mitad.

3. Por sentencia de fecha 13 de noviembre de 2015, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza estimó parcialmente la demanda, acordando la custodia compartida de la hija menor. Se acordó un régimen de estancia de ésta con el padre de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio (17 horas en otro caso), hasta el lunes al inicio de las clases (10 horas en otro caso). En caso de poder

unirse al fin de semana un puente festivo escolar se extenderá desde la salida del colegio del día de inicio del puente o, en su caso, tendrá lugar hasta el inicio del colegio el día de su finalización. El padre también estará con su hija el martes desde la salida de clase hasta las 20:30 horas y el jueves, desde la salida de clase hasta el viernes al comienzo de las clases (10 horas en otro caso). Si el martes o jueves fueran festivos laborales (sic) la visita se iniciará a la salida de clase el día anterior; no obstante, siempre tendrá preferencia el fin de semana ampliado a los puentes. En los períodos de vacaciones de junio y septiembre la visita se iniciará a las 17 horas, incluidos los fines de semana. Las vacaciones escolares continuarán conforme a lo acordado en su día.

En concepto de pensión de alimentos de la hija común, el padre abonará la cantidad de 475 euros mensuales, manteniéndose lo ya vigente en relación a los gastos extraordinarios.

4. Ambas partes interpusieron recurso de apelación. El actor interesando que las vacaciones de verano se fijen conforme al calendario escolar, incluyendo junio y septiembre, distribuyéndose por quincenas alternas y que, transcurrido un año de la resolución de primera instancia, se revise la conveniencia de establecer una segunda pernocta intersemanal; así mismo, que cada progenitor contribuya con 175 euros mensuales a los gastos ordinarios o, subsidiariamente, se reduzca a 300 euros mensuales la pensión de alimentos a su cargo.

La demandada solicitó se mantuviese la custodia individual a su favor, añadiéndose dos tardes entre semana –martes y jueves– desde la salida del colegio hasta las 20 horas, iniciándose las visitas en el período vacacional de junio y septiembre a las 17 horas, incluidos los fines de semana, manteniéndose a cargo del padre la pensión

alimenticia fijada en su día en el convenio regulador.

5. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de fecha 21 de junio de 2016 por la que desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre y estima parcialmente la impugnación de la madre. En la sentencia se mantiene el sistema de custodia individual y de visitas de la hija menor establecido en la sentencia de 18 de diciembre de 2009, incrementando las visitas de padre en dos tardes entre semana –martes y jueves– que a falta de acuerdo se iniciarán desde la salida del colegio hasta las 20 horas, y la prolongación hasta el lunes a la entrada del centro escolar de los fines de semana alternos.

La sentencia mantiene el resto de pronunciamientos que no se opongan a los descritos en el párrafo anterior.

6. El demandante interpone recurso por infracción procesal basado en cuatro motivos y recurso de casación, al entender que existe interés casacional por aplicación indebida de la doctrina de esta Sala, estimando infringido el art. 80.2 CDFa.

**Segundo.** RESUMEN DE HECHOS PROBADOS

*Sentencia de primera instancia*

7. La sentencia de primera instancia considera acreditado que las visitas se han llevado a cabo con regularidad y un positivo nivel de colaboración entre los progenitores y que la hija tiene una imagen positiva de ambos, encontrándose satisfecha con el reparto del tiempo vigente, que no desea modificar sustancialmente, si bien le gustaría pasar alguna tarde entre semana más con su padre y pernoctando con él. Al respecto debe indicarse que, si bien la sentencia de 2009 que aprobó el pacto de relaciones familiares no fijaba días entre

semana de visita para el padre, lo cierto es que ambos cónyuges acordaron una visita la tarde de los miércoles. También se considera acreditado que ambos progenitores reúnen buenas condiciones para atender a la hija, sin discrepancias significativas en sus estilos educativos, considerando la psicóloga que se dan las condiciones para que se incrementen las visitas y las pernoctas de la menor con el padre. Y que la propuesta del padre viene respaldada por unas buenas condiciones para atender a la menor, así como por un horario que le permite atender a Carla directamente o con una delegación mínima en terceras personas, de ser necesaria. (FD1º; 1.3. Fondo del asunto).

8. La sentencia considera que el demandante ha acreditado el cambio de circunstancias que alega: su cambio de residencia a... desde febrero de 2015 y el deseo de la menor de pasar más tiempo con él. Concluye la sentencia asumiendo la propuesta del informe pericial, al considerar que la custodia compartida «supone la mejor respuesta en la actualidad a la ruptura producida en su día». Respecto del régimen de custodia compartida explica que no ha de suponer necesariamente un reparto igualitario del tiempo, tal como se establece en la exposición de motivos de la Ley 2/2010. (FD1º; 1.3. Fondo del asunto).

*Sentencia de apelación*

9. La sentencia de apelación valora los diferentes medios de prueba practicados. Así, considera que el informe psicológico pone de manifiesto que la menor se encuentra bien adaptada a su entorno y circunstancias actuales y está muy unida a su madre. Y si bien la menor comenta que no le importaría estar más tiempo con su padre, lo aceptaría siempre que la estabilidad de la vida habitual con su madre no resultase alterada o modificada. (FD 3º).

Respecto de la exploración de la menor, indica que ésta ha expresado su deseo de que sea su madre la que la lleve a natación, no llevar cómodamente los viajes que efectúa con su padre, venir la abuela paterna generalmente a ... cuando le corresponde estar con su padre, y haberse quedado con su madre cuando el padre ha tenido que viajar a ... a recoger a su hermana, manifestando querer seguir viviendo con su madre y estar muy bien con sus hermanas. (FD3°).

Considera que el informe escolar «revela más que la correcta marcha de la que dice custodia compartida implantada, el desasosiego generado en la menor por la iniciación de este proceso, puesto de manifiesto en el informe pericial de anterior referencia». (FD4°).

10. La resolución recurrida estima que la demanda, pese a su redacción y suplico, «entraña, propia y sustancialmente, una petición de ampliación del régimen de visitas y no de custodia compartida», y que «no responde a la finalidad de cubrir reales necesidades ni carencias de la hija menor, ni a concretas peticiones exteriorizadas por ella». (FD4°).

Al hacer referencia a que el padre trabaja en ... y tiene otra hija de corta edad fruto de un matrimonio posterior, respecto de la que tiene concedido un régimen de visitas en sede de medidas provisionales, la sentencia señala que para que coincidieran ambas hermanas, los fines de semana el padre debería recoger a Carla del colegio en ..., trasladarse con ella a ... y volver a ... el viernes, y el domingo, nuevamente, viajar a ... y volver a ... con Carla, salvo que la deje con la madre o con la abuela paterna, lo que implica el no disfrute conjunto de dichas tardes por los implicados. (FD4°).

La resolución termina estableciendo que «las alteraciones que invoca el de-

mandante para fundar la modificación pretendida (traslado a ... y deseos de la menor), carecen de la suficiente entidad para determinar la estimación de sus pretensiones, teniendo en cuenta el superior interés de la hija, que no ha solicitado ningún cambio en su vida, ni lo peticionado por él responde a sus necesidades, ni a su demanda (Art. 80-2 CDFA)». Y concluye que «debe mantenerse la custodia individual materna, con el régimen de visitas estipulado en la anterior sentencia firme, incluyendo dos tardes entre semana, que, a falta de acuerdo, serán martes y jueves, desde la salida del colegio a las 20 horas, prolongándose los fines de semana alternos hasta la entrada el lunes en el centro escolar, o diez horas en su caso, sin necesidad de introducir más estipulaciones (impugnación de la madre) que hasta ahora no han sido precisas para una correcta observancia de las visitas». (FD4°).

11. En lo que se refiere a la pensión alimenticia, estima adecuada la fijada en la primera instancia. (FD5°).

#### **Tercero.- APORTACIÓN DE SENTENCIA POSTERIOR**

12. Por el recurrente, una vez admitido el recurso de casación, se aportó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, resolviendo en apelación el recurso interpuesto contra la de primera instancia, en el proceso por divorcio seguido por el hoy recurrente, al amparo de lo previsto en el art. 271.2 LEC. Tanto la sentencia aportada, como la dictada en primera instancia, lo fueron con posterioridad a la presentación del recurso de casación.

El referido precepto exceptúa de la prohibición de aportación de documentos, instrumentos, medios, informes o dictámenes después de la vista o juicio, cuando se trate de sentencias o resoluciones judicia-

les o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. La norma establece que estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado por diligencia de ordenación a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia, resolviendo el Tribunal sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

En el presente caso, la sentencia aportada debe admitirse, al resultar condicionante, aunque sea de manera relativa, de la decisión que ha de tomarse en este recurso de casación, al menos en lo que se refiere a la fijación de los gastos de asistencia. Y ello porque tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación se hace mención a la pensión de alimentos a favor de la segunda hija, indicando la resolución de primera instancia que el padre abona 500 euros mensuales, mientras que en la segunda se señala que no se acredita el importe de dicha pensión. También el recurrente hace referencia en su recurso a un importe de 500 euros en concepto de pensión de alimentos. Sin embargo, la sentencia aportada acredita que la pensión de alimentos que abona el padre, fijada en primera instancia y confirmada en apelación, es de 350 euros mensuales.

#### **Cuarto.- RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

##### **PRIMER MOTIVO: FALTA DE MOTIVACIÓN**

13. Este motivo denuncia la falta de motivación de la sentencia recurrida, que acuerda suprimir las pernoctas de los jueves sin establecer ningún hecho, ni fun-

damentación jurídica que justifiquen la conveniencia de esta supresión. También, que la resolución valora una serie de factores negativos que guardan relación con la tarde del martes y los fines de semana, como son el deseo de la menor de que su madre la lleve alguna tarde a natación y los inconvenientes de los viajes a ... los fines de semana para recoger y devolver a la otra hermana y, sin embargo, mantiene esas estancias y sustituye la custodia compartida por la individual. Sustenta el motivo en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia: art. 469.1.2º LEC en relación con el art. 218.2 LEC .

14. Ciertamente el art. 218 LEC exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes y que sean motivadas expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la solución que pronuncian.

El TC ha señalado en su sentencia 101/2015, de 25 de mayo de 2015: *«Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril, y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que ‘la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aun constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso*

*deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)».*

El mismo Tribunal Constitucional se ha ocupado de circunscribir dicha exigencia a sus propios límites en sentencias tales como la n° 13/2001 y la 9/2015, en la primera de las cuales se dice con criterio reiterado en la segunda:

«Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2)».

15. En el presente caso, y por lo que se refiere a la supresión de la pernocta entre semana, es cierto que a la argumentación de la sentencia de apelación podría exigírsele una mayor precisión sobre ese punto,

pero no hasta el punto de afirmar falta de motivación, puesto que en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto expresa las razones por las que entiende que el régimen de visitas del demandante solo debe comprender, además de las ya contempladas en la sentencia de 2009, las tardes del martes y jueves y la prolongación de los fines de semana alternos al lunes.

16. Respecto a los mencionados factores negativos tomados en consideración para justificar la custodia individual, es cierto que se refieren, fundamentalmente, a la tarde del martes y al régimen de fines de semana, que se mantienen en la sentencia de apelación, pero también se alegan otros en los fundamentos de derecho, por lo que no cabe estimar el motivo.

**Quinto.-** SEGUNDO MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL: VULNERACIÓN DE LAS REGLAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL INFORME ESCOLAR

17. Conforme al art. 469.1.4° LEC, en relación al art. 326.1 LEC, entiende el recurrente que la valoración que realiza la Audiencia Provincial del informe escolar aportado por el demandante resulta totalmente ilógica.

El contenido del referido informe, fechado el 30 de mayo de 2016, es el siguiente: «Carla es una alumna que ha mejorado mucho desde el primer trimestre hasta la fecha, tanto en la adquisición de conocimientos como en el ámbito social.

Comenzó el curso con bajo rendimiento académico y despistada. Estaba seria y no era participativa.

*En el segundo trimestre cambió totalmente, mejorando mucho tanto a nivel académico como afectivo y social. Tras recoger información de todos los profesores que le imparten algún área hemos constatado que la mejoría*

ha sido general, también en áreas como Educación Física y Música.

*Actualmente es una niña que va bien académicamente y muy aceptada y querida por sus compañeros. En clase se muestra abierta y feliz, atenta y con interés».*

La valoración de dicho documento en la resolución recurrida se recoge en el FD4ª: *«El informe escolar aportado por D. Carlos Daniel en esta alzada, revela más que la correcta marcha de la que dice custodia compartida implantada, el desasosiego generado en la menor por la iniciación de este proceso, puesto de manifiesto en el informe pericial de anterior referencia».*

El recurrente entiende que la interpretación que de dicho documento hace la Audiencia Provincial es ilógica, tanto por su sentido literal, como por el que resulta de su valoración con el resto de medios probatorios. Entre estos, el informe pericial, que recoge el interés de la menor por pasar más tiempo con su padre, en particular alguna tarde más entre semana con pernocta, y el acta de la exploración, que comienza indicando que la menor «está bien así», en clara referencia al nuevo sistema de estancias establecido por la sentencia de primera instancia.

Con arreglo al tenor del informe escolar y a los otros medios de prueba mencionados, el recurrente considera que del documento discutido en modo alguno puede concluirse que revele el desasosiego generado en la menor por el proceso, sino la mejora de la hija como consecuencia del nuevo sistema de custodia fijado por la sentencia de primera instancia, que se ajusta a lo solicitado por la niña, esto es, poder pasar más tiempo con su padre. Esta interpretación se refuerza porque la mejoría coincide con los dos trimestres de mayor convivencia con el padre.

18. La doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha delimitado los supues-

tos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4º LEC. Así, en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2015 (rc. 803/2014), con referencia a otras anteriores, se dice:

*«Como recoge la sentencia de 23 marzo 2011, Rc. 2311/2006, las reglas y principios que deben observarse en 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, pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando por ser la valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE .*

A salvo este supuesto, la valoración de la prueba es función de la instancia (27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, STS 28 de noviembre de 2008, Rc. 1789/03). Si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, no es posible tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer (SSTS de 9 de mayo de 2007, Rc. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005), lo que convertiría el recurso en una tercera instancia contraria a su naturaleza y función (STS de 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005)».

Con arreglo a dicha doctrina, para estimarse el control judicial a través de este recurso extraordinario de infracción procesal es necesario que se aprecie una valo-

ración de la prueba manifiestamente errónea, arbitraria o ilógica, no siendo suficiente la valoración desafortunada de la misma a juicio de la parte recurrente.

Es por ello que, pese al mayor o menor acierto de dicha valoración en relación a la que realiza el recurrente, no puede tildarse la realizada por la Audiencia Provincial como manifiestamente ilógica, puesto que en el referido informe no existen elementos suficientes para concluir de manera indubitada que la mejora del rendimiento escolar de Carla, tanto académico como social, se debe, exclusivamente o en una gran medida, al incremento del régimen de estancias con el padre.

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

**Sexto.- TERCER MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL: VULNERACIÓN DE LAS REGLAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA EXPLORACIÓN DE LA MENOR**

19. El recurrente considera que se han vulnerado en el proceso derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE (art. 469.1.4º LEC) por una valoración ilógica o arbitraria de la prueba de exploración de la menor.

Basa su denuncia en tres afirmaciones recogidas en el acta de exploración que se valoran en la sentencia de manera ilógica o arbitraria al resolver, en opinión del recurrente.

1º. Se dice en la sentencia que la menor «Ha expresado su deseo de que sea su madre la que la lleve a natación». Sin embargo, alega, que lo que realmente se recoge en el acta es que a la menor le gustaría que su madre la llevara «alguna vez» a natación los martes, deseo fácilmente consensuable entre los padres.

2º. Recoge la sentencia, con referencia a la menor, «no llevar adecuadamente los

viajes que efectúa con su padre, ... y haberse quedado con su madre cuando su padre ha tenido que viajar a ... a recoger a su hermana». El recurrente reconoce que lo transcrito se corresponde con el acta de exploración, pero que, en realidad, esa afirmación de la menor coincide con un temor y/o deseo de la madre plasmado en su escrito de contestación a la demanda.

3º. También se plasman en la sentencia las siguientes afirmaciones referidas a la exploración, cuando, en realidad, se recogen en el informe emitido por la psicóloga: «venir la abuela paterna generalmente a ... cuando le corresponde estar con su padre, ... manifestando querer seguir viviendo con su madre y estar muy bien con sus hermanas.»

20. Lo cierto es que en el presente motivo cabe decir lo mismo que en el anterior, que la valoración probatoria de la sentencia recurrida podrá ser más o menos acertada, pero no se puede calificar de manifiestamente ilógica o arbitraria.

Además, y por lo que se refiere a las dos primeras afirmaciones, la valoración que de dichas pruebas hace la sentencia recurrida no influyó en la decisión, puesto que ha mantenido las estancias del padre con la hija tanto los martes como los fines de semana alternos, períodos a los que afectan las afirmaciones negativas contenidas en la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

**Séptimo.- CUARTO MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL: VULNERACIÓN DE LAS REGLAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA DEL INFORME PERICIAL**

21. Al amparo del art. 469.1.4ª LEC, en relación al art. 348 LEC, el recurrente entiende que la sentencia vulnera las reglas

de valoración probatoria del informe pericial, por apartarse del propio contexto o expresividad del contenido pericial.

Afirma que si bien las referencias al informe pericial que se recogen en la resolución son ciertas, se omite gran parte de dicho informe, de tal manera que el proceso deductivo es equivocado, puesto que se acuerda la custodia individual de la madre cuando en el informe la psicóloga recomienda la custodia compartida.

22. Una reiterada doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo venía afirmando la dificultad de someter a casación la valoración pericial, puesto que no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de dicha prueba (por todas, SSTS de 1 febrero y 19 octubre 1982), ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas (por todas, STS 15 abril 2003). Sin embargo, la STS 309/2005, de 29 de abril el Alto Tribunal, pone de manifiesto que, pese a esta dificultad, *«como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) veda el error patente “error de hecho notorio”, la arbitrariedad y la irracionalidad, y como las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico, cabe un control casacional, cuando en las apreciaciones de los peritos, o la valoración judicial, se advierte algún defecto de tal magnitud, pero sin que quepa ir más allá, tratando de sustituir criterios dudosos o equívocos en los que no se da ninguna de dichas circunstancias»*.

Por tanto, si bien la doctrina jurisprudencial admite el control casacional de la valoración de la prueba pericial, ello solo es excepcionalmente cuando dicha valoración adolezca de graves vicios, entre los que pueden señalarse, siguiendo la STS de 30 de enero de 2013 (recurso de casación 1406/2010), los siguientes:

«a) Cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SS. 8 y 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); b) Cuando se extraigan conclu-

siones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SS. 28 junio y 18 diciembre 2001; 8 febrero 2002; 21 febrero y 13 diciembre 2003, 31 marzo y 9 junio 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SS. 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002); c) Cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SS. 20 febrero 1992 ; 28 junio 2001; 19 junio y 19 julio 2002; 21 y 28 febrero 2003; 24 mayo, 13 junio, 19 julio y 30 noviembre 2004); y, d) Cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (S. 3 marzo 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (SS. 24 diciembre 1994 y 18 diciembre 2001)».

23. Pues bien, en el presente caso, la resolución recurrida no adolece de un vicio de tal magnitud que permita estimar el recurso por infracción procesal, ni se aparta del contexto o expresividad del contenido pericial.

La sentencia se refiere a los diversos medios de prueba practicados –incluido el informe pericial–, del que recoge algunas apreciaciones o valoraciones que son tomadas en consideración con el resto de la prueba para resolver. La decisión de revocar la custodia compartida, por tanto, no se fundamenta en afirmaciones o apreciaciones no contenidas en dicho informe, tergiversadas, o interpretadas con manifiesto error –lo que es muy distinto de que la interpretación sea discutible–, de tal manera que se atribuya al informe pericial lo que no dice, y con base a ello se resuelva, supuesto en el que cabe el control casacional. Como no es el caso, el motivo debe ser desestimado.

#### **Octavo.- RECURSO DE CASACIÓN**

24. El recurso denuncia como infringiendo el art. 80.2 CDFA, en relación con el



mandato legal que contiene para que el juez adopte de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, y con la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala al interpretar y aplicar dicho precepto.

En síntesis, en el recurso se combate que la sentencia de apelación considere que las nuevas circunstancias no tienen entidad suficiente para modificar las medidas, a diferencia de lo que establece la sentencia de primera instancia. También discute que el régimen peticionado en la demanda se califique por la sentencia como una ampliación del régimen de visitas y no como custodia compartida. Considera que el informe psicológico propone el régimen de custodia compartida como el más adecuado para la menor, y así se expresó también en la sentencia de primera instancia. También se impugna la interpretación dada en sentencia a la exploración de la menor y al informe escolar. Señala que la sentencia recoge con una valoración negativa los viajes que tiene que hacer el padre los fines de semana para recoger a su otra hija y, sin embargo, esta valoración no tiene reflejo en el fallo al mantener dichos fines de semana alternos. Por último, pone de manifiesto que ambos progenitores tienen una disponibilidad horaria similar y precisan de terceros para que les apoyen en los períodos de vacaciones escolares en los que ellos trabajan, por lo que carecen de fundamento los argumentos utilizados en sentencia para denegar la ampliación de las estancias del padre a los vacaciones escolares en los meses de junio y septiembre.

En consonancia con lo expuesto, el recurrente interesa se amplíen las vacaciones de verano a los períodos de junio y septiembre. Se valore la conveniencia de incrementar otra pernocta una vez transcurrido un año desde que se acuerde este régimen. También que se modifique la

contribución del padre a los gastos de asistencia de la hija, reduciéndola. E, igualmente, debe entenderse que solicita la reintegración de la pernocta del jueves.

Con relación a esta última, en las consideraciones del recurso –que recogen las peticiones del recurrente– no se hace una referencia expresa a esta pernocta, que fue concedida en primera instancia. Sin embargo, de la redacción del recurso no cabe duda de que se peticona y la falta de mención expresa obedece a un mero olvido subsanable por deducirse del propio recurso.

Por una parte, el primer motivo del recurso por infracción procesal se fundamenta en que «La sentencia de la Audiencia Provincial acuerda suprimir las pernoctas del jueves, sin establecer ningún hecho, ni fundamentación jurídica alguna que justifiquen la conveniencia de esta supresión». Si no peticionase dicha pernocta, carecería de lógica fundamentar el recurso en tal circunstancia.

Por otra, se reclama expresamente en las consideraciones finales «la conveniencia de incrementar una pernocta intersemanal transcurrido un año desde que se acuerde este régimen». Resulta evidente que incrementar una pernocta intersemanal solo puede entenderse como disfrutar de una segunda, ya que si solo peticionara una pernocta intersemanal, no se incrementa el número de las mismas, sino que se constituye por primera vez. Pero, además, resultaría absurdo y contrario a toda lógica concluir que el padre, que ha reclamado y obtenido en primera instancia una pernocta entre semana, que ha sido suprimida en apelación, no la reclama en casación y si, por el contrario, el resto de peticiones que no fueron atendidas en primera instancia, incluida la de una segunda pernocta entre semana, una vez transcurra un año desde la aplicación de la custodia compartida.

25. El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso de casación, así como de los motivos de infracción procesal, y que se confirme la sentencia de apelación.

26. La parte recurrida interesa la confirmación de la sentencia de apelación, con desestimación del recurso de casación y de los motivos de infracción procesal.

**Noveno.- RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA**

27. Con carácter previo a entrar a conocer sobre el fondo del asunto, es preciso determinar si el régimen solicitado puede calificarse como tal, puesto que la sentencia recurrida afirma que la demanda del padre entraña, propia y sustancialmente, una ampliación del régimen de visitas y no la custodia compartida.

Entiende el recurrente que el régimen de custodia compartida no exige un reparto igualitario del tiempo entre ambos progenitores y argumenta que el régimen de estancias peticionado debe calificarse como de custodia compartida y no como régimen de visitas, por más que no suponga una atribución igual del tiempo que la hija pasa con cada progenitor. La sentencia de primera instancia, que establece la custodia compartida, también se refiere a la cuestión, al indicar que la exposición de motivos de la Ley 2/2010 ya preveía que este régimen de custodia no ha de suponer necesariamente un reparto igualitario del tiempo.

28. La principal afectación que el régimen de custodia produce en los hijos es la relativa al tiempo de convivencia con cada progenitor, ya que la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el progenitor que ejerce las visitas. La separación de los padres lo único que implica es que los hijos conviven más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación inte-

gral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos. Así lo establece el art. 76 CDFA cuando indica que «La ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar». Por tanto, el principal elemento que define el régimen de custodia compartida es la alternancia de la residencia de los hijos con el padre y la madre.

29. Aunque el CDFA no contiene una definición expresa de qué se entiende por custodia compartida en el articulado, su Preámbulo aporta criterios interpretativos de gran interés para delimitar cuándo un régimen alterno de convivencia merece tal calificativo. Así, refiriéndose a los períodos de residencia, establece textualmente que: «La custodia compartida, tal y como se configura en esta Sección, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida». Como puede verse, el legislador aragonés no exige una distribución igualitaria de los tiempos de residencia con cada progenitor, con la finalidad de permitir al Juez definir el régimen de custodia de la manera más beneficiosa para el buen desarrollo de las relaciones familiares, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

30. Sentado lo anterior, si la finalidad del régimen de custodia compartida, tal como indica el citado Preámbulo, «es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación», el régimen de custodia peticionado en demanda debe ser calificado como tal, al hacer efectiva dicha finalidad. Así, frente al régimen de visitas de fines de semana alternos, de viernes a domingo, y vacaciones por mitad

pactado inicialmente por las partes, en la demanda se interesa un régimen de convivencia de fines de semana alternos, de viernes a lunes, dos tardes de estancia entre semana (martes y jueves), una de ellos con pernocta, y mitad de los períodos de vacaciones escolares completo. Por tanto, el régimen peticionado no solo supone un incremento sustancial del tiempo de convivencia del padre con la hija, sino que le permite participar de manera efectiva y regular en su desarrollo y educación, aunque no sea en términos de total igualdad con la madre. La convivencia de padre e hija se desarrolla tanto en días festivos y vacacionales como laborables, en fines de semana y entre semana, lo que conlleva organizar la alimentación (desayunos, comidas y cenas), la llevanza y recogida del colegio, las tareas escolares, las actividades de ocio, etc. Y ello, como se ha dicho, aunque no sea en las mismas condiciones que la madre, como admite el CDFA, al objeto de adaptar el régimen de custodia compartida a las circunstancias concurrentes.

El régimen peticionado supone, por tanto, una implicación del padre mucho mayor que las visitas estándar, de fines de semana alternos y vacaciones, en los que la relación del progenitor no custodio con los hijos se produce, fundamentalmente, en períodos no lectivos, fuera de las condiciones de vida ordinaria. Por el contrario, en el sistema peticionado en demanda el padre participa en la crianza y educación de su hija con un régimen de convivencia similar al de la madre, aunque no tenga igual extensión, siendo la diferencia meramente de grado, pero no cualitativa.

**Décimo.- PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ACORDADAS JUDICIALMENTE**

31. En el presente caso, el procedimiento seguido ha sido el de modificación de medidas, regulado en el art. 775 LEC y,

en términos similares, en el art. 79.5 CDFA. Este último dispone que «Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes».

En diversas sentencias de esta Sala hemos declarado que en este procedimiento los interesados en la modificación del régimen de custodia deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas –sentencia de 3 de octubre de 2013 (r.c. 22/2013)–, de tal manera que, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, se considere necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante y siempre en interés del menor (sentencia de 19 de noviembre de 2014; r.c. 14/2014).

32. En el caso que nos ocupa, la sentencia de primera instancia ha considerado acreditado tanto el cambio de circunstancias como el carácter sustancial de éstas para modificar el régimen de custodia. Así, considera relevante que el padre se haya trasladado a vivir a ..., con buenas condiciones para atender a la menor, sin que la propuesta que realiza suponga un cambio sustancial en las condiciones de vida de ésta. También valora el deseo de la hija de pasar más tiempo con su padre, lo que revela una buena vinculación afectiva con él. Este cambio de circunstancias conduce, según se expresa en la sentencia, a asumir la propuesta del informe pericial estableciendo un régimen de custodia compartida.

33. Por el contrario, la sentencia de apelación, pese a considerar acreditadas esas mismas circunstancias, no les atribuye entidad suficiente para determinar la estimación de las pretensiones del demandante, teniendo en cuenta, se dice en la sentencia, «el superior interés de la hija, que no ha solicitado ningún cambio en su vida, ni lo peticionado por él responde a sus

necesidades, ni a su demanda (Art. 80-2 CDFA)».

34. En el presente caso, es preciso concluir, tal como hace la sentencia de primera instancia, que concurren nuevas circunstancias, suficientemente relevantes como para posibilitar la modificación del régimen acordado en el pacto de relaciones familiares. Por una parte, el padre ha trasladado su residencia a ..., reuniendo condiciones adecuadas para hacerse cargo de la hija menor. Por otra, la menor cuenta en la actualidad con casi nueve años de edad (siete años y ocho meses cuando se dictó la sentencia de primera instancia) frente al año y ocho meses que tenía cuando se firmó el pacto de relaciones familiares, y ha manifestado su deseo de pasar más tiempo con su padre, en especial, pasar alguna tarde más entre semana con él y poder dormir un día entre semana. Así se recoge en la sentencia de primera instancia sobre la base del informe pericial.

Como dijimos en nuestra sentencia de 7 de septiembre de 2016 (r.c. 16/2016) en relación al incremento de la edad de los hijos: «Este crecimiento vital afecta al desarrollo de su personalidad, a sus hábitos y costumbres, así como a sus posibilidades de relación social, todo lo cual implica un cambio cualitativo a considerar, a los efectos de aplicación de los preceptos citados, por lo que puede plantearse legítimamente un cambio del régimen de custodia, considerando siempre el superior interés de la menor».

#### **Undécimo.- PREFERENCIA LEGAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

35. Como ya se ha puesto de manifiesto, el recurrente entiende infringido el art. 80.2 CDFA, en cuanto impone un mandato legal al Juez para adoptar la custodia compartida de manera preferente a la individual, a salvo de que esta última se conside-

re más conveniente para el interés del menor.

36. Esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la cuestión, estableciendo el carácter preferente de la custodia compartida por ser la que –a priori– mejor satisface el interés del menor, permitiendo, como señala el preámbulo del CDFA, satisfacer el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de estos a la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar.

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 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 (...).

37. Sentado lo anterior, y acreditada la concurrencia de circunstancias relevantes que posibilitan la modificación del régimen de custodia fijado inicialmente, con pleno respeto a los hechos que resultan probados en ambas instancias, debemos comprobar si los juicios de valor que en la sentencia recurrida llevan a la adopción de la custodia individual materna se ajustan a las previsiones legales (art. 80.2 CDFA) que en nuestro ordenamiento civil permiten excepcionar la regla preferente de la custodia compartida (sentencia de 9 de octubre de 2013; r.c. 19/2013).

**Duodécimo.- FACTORES A TENER EN CONSIDERACIÓN PARA FIJAR EL RÉGIMEN DE CUSTODIA**

38. Entrando a conocer sobre los argumentos y criterios recogidos en la sentencia de la Audiencia Provincial para revocar la custodia compartida e instaurar la individual, la resolución entiende que el traslado del padre a ... y los deseos de la hija carecen de la suficiente entidad para estimar la modificación solicitada en demanda. Sin embargo, como ya se ha indicado, ambas circunstancias son muy relevantes para la decisión del caso, con arreglo a los criterios fijados en el art. 80.2 CDFA.

39. En primer lugar, el padre residía en ... cuando se suscribió el pacto de relaciones familiares, pasando después a residir en ... y, desde febrero de 2015, en ... Este cambio de residencia constituye presupuesto esencial para hacer posible la custodia compartida, puesto que la lejanía entre las localidades en que habitan los progenitores hace inviable este sistema de convivencia alterna. Además, pone de manifiesto la voluntad paterna de ampliar sus relaciones con la menor, integrándose en su vida cotidiana. Es cierto que, aunque reside en ..., trabaja en ..., circunstancia que, sin embargo, no supone una dificultad relevante –atendiendo a la escasa distancia y buenas comunicaciones entre ambas ciudades– como pone de manifiesto el amplio régimen de convivencia confirmado en apelación, que comprende fines de semana alternos de viernes a lunes y dos tardes intersemanales, además de las vacaciones. Concurren en la actualidad en el padre, por tanto, los factores d) y e) del art. 80.2 CDFA.

40. En segundo lugar, Carla no alcanzaba los dos años de edad cuando se acordó el régimen de visitas inicial. Actualmente tiene nueve años –superando los siete cuando se presentó la demanda–. Esa diferencia de edad afecta al desarrollo de su personalidad y a su capacidad para expresar sus deseos y sentimientos, y es por ello que cobra plena relevancia su deseo de compartir más tiempo con su padre, especialmente entre semana, incluso con la pernocta de un día.

La opinión de los hijos menores, siempre que tengan suficiente juicio, es un criterio a valorar, previsto expresamente por el legislador (art. 80.2 c) CDFA). Y si bien –como hemos puesto de manifiesto en numerosas sentencias (entre otras en la sentencia de 2 de octubre de 2015 (r.c. 29/2015)– esta opinión «(...) 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, –o niño– 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»,* en este caso, no hay hecho alguno que permita suponer que tal deseo no resulta conveniente a los intereses de la menor, tal como se expresa en la sentencia dictada en primera instancia, asumiendo la propuesta del informe pericial. La propia sentencia recurrida expresamente reconoce que la menor está de acuerdo en mantener las visitas establecidas antes del presente proceso –que incluía también una tarde entre semana por acuerdo de los padres–, con alguna ampliación que no altere su vida. Teniendo en cuenta que la propia menor peticiona una pernocta entre semana, y la resolución de apelación confirma la de primera instancia en cuanto a las estancias con el padre los fines de semana alternos, de viernes a lunes, y dos días entre semana, martes y jueves, no resulta lógico entender que la pernocta del jueves suponga una alteración sustancial en la vida de la menor y, por el contrario, permite cumplir la finalidad perseguida por la custodia compartida de fomentar un reparto efectivo de los derechos y obligaciones de los padres en interés de la menor, tal como se expone en el preámbulo del CDFa al que nos hemos referido.

Por otra parte, como ya dijimos en nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2012 (rc. 32/2012) el punto de partida para la aplicación del art. 80.2 CDFa no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana de la menor, aunque se encuentre plenamente adaptada a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorga-

do al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención de la hija en interés de ésta, mediante la custodia compartida, con la prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios para facilitar la adaptación al cambio.

41. Lo mismo cabe decir de la pretensión de que el régimen de convivencia del padre con la hija menor se haga efectivo sobre la totalidad de las vacaciones escolares de verano, y no sólo sobre los meses de julio y agosto. Considerando que en el momento actual se sujetan a dicho régimen dos meses –julio y agosto–, incluir en el reparto de las vacaciones escolares los meses de junio y septiembre en modo alguno supone alterar la vida de la menor, puesto que su incidencia es pequeña (a título de ejemplo, el calendario escolar 2016/2017 fija el comienzo del curso de primaria el 8 de septiembre y su finalización el 21 de junio), favoreciéndose así la finalidad de la custodia compartida.

42. Por otra parte, no existe justificación razonable para excluir parte de las vacaciones de verano del sistema de estancia compartida. Al respecto, la sentencia de apelación argumenta que «El período vacacional de visitas a disfrutar es el que corresponde a la menor y a la localidad de ..., que no coincide con la localidad de ... en la que trabaja el padre. Los meses de junio y septiembre son laborales para éste, a salvo de las vacaciones reglamentarias. No tiene sentido mantener mayores estancias que las visitas durante esos meses en que trabaja el padre, no constando disponga de apoyos para el cuidado de la menor, sin colegio en esas fechas».

Como se indica, el período vacacional a disfrutar es el que corresponde a la menor que, en principio, viene fijado en el calendario escolar aplicable a todo Aragón y que, evidentemente, no coincide con las vacaciones de los progenitores

en su totalidad, por lo que ambos necesitan organizar esos períodos y disponer de apoyos. No obstante, en la sentencia de primera instancia se considera acreditado que el padre dispone de buenas condiciones para atender a la menor, así como un horario que le permite atender a Carla directamente o con una delegación mínima en terceras personas, de ser necesaria (FD 1º; 1-3); también, como se ha indicado en el fundamento de derecho anterior, que los horarios laborales de ambos son similares, con asistencia al lugar de trabajo fundamentalmente en horario de mañana (FD 1º; 1-3). Es por ello que, aun cuando no coincidan en su totalidad las vacaciones del padre con las escolares de la hija en los meses de junio o septiembre, nada impide que esos días laborables del mes que le corresponda pueda organizarse o disponer de los apoyos necesarios, en particular el de la abuela paterna, para atenderla por las mañanas en un período que no es extenso. En la propia sentencia de apelación ya se pone de manifiesto que la abuela paterna, que reside en ..., se desplaza generalmente a ... cuando le corresponde al padre la estancia con su hija.

43. Por último, ambas sentencias afirman las buenas relaciones de la hija con los dos progenitores, y en la de primera instancia expresamente se reconocen las buenas condiciones de ambos para atender a la menor, sin discrepancias significativas en sus estilos educativos. También los horarios laborales de ambos son similares, con asistencia al lugar de trabajo fundamentalmente en horario de mañana. En definitiva, con arreglo a los criterios d) y e) del art. 80.2 CDFA se pone de manifiesto la aptitud y voluntad de la madre y del padre para asegurar la estabilidad de la hija común y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de ambos, aunque necesitan en ocasiones de apoyos, criterios que

justifican la aplicación preferente del régimen de custodia compartida frente al de custodia individual.

44. De todo lo expuesto se desprende que concurren los requisitos establecidos en el art. 80.2 CDFA para fijar un sistema de guarda y custodia compartida, en los especiales términos fijados, que es el preferente conforme a la norma aragonesa, sin que los posibles obstáculos que se esgrimen para la inaplicación de ésta tengan suficiente relevancia en el caso para permitir aplicar la excepción por la custodia individual, por lo que se entiende infringido el precepto.

Además, la calificación por la sentencia de apelación del régimen de estancias petitionado por el demandante como de visitas y no de custodia compartida, también infringe el art. 80.2 CDFA, puesto que tal conceptualización hace de imposible aplicación el régimen demandado y contemplado en dicho precepto.

#### **Decimotercero.- VALORACIÓN DE UNA SEGUNDA PERNOCTA ENTRE SEMANA AL AÑO DE FUNCIONAMIENTO DEL NUEVO RÉGIMEN**

45. El demandante solicitó en el acto de la vista de este proceso que, pasado un año desde la entrada en funcionamiento del régimen de custodia compartida que propugna, se valorase su revisión, incrementando una segunda pernocta intersemanal, en función de las necesidades y demandas de la menor.

La petición no encontró acogida en ninguna de las instancias.

46. El art. 79.5 CDFA permite modificar las medidas aprobadas judicialmente cuando concurren causas o circunstancias relevantes. En el presente momento, ni concurren dichas circunstancias, ni el propio padre –en interés de la hija menor– considera conveniente fijar una segunda

pernocta entre semana. Por ello, carece de sentido fijar en casación una revisión de futuro en el sentido interesado, sin perjuicio de que el demandante pueda, en el momento temporal que considere conveniente, proponer dicha revisión al amparo del precepto citado.

**Decimocuarto.-** CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE ASISTENCIA

47. El recurrente interesa que, en caso de acordarse la custodia compartida, se reduzca su contribución a los gastos de asistencia a la hija. Alega como argumento principal que si la sentencia de apelación ha mantenido el importe de la pensión en 475 euros mensuales fijando una custodia individual, si se acuerda la custodia compartida deberá reducirse dicha pensión. Junto a este argumento reproduce los argüidos en las otras instancias.

48. La custodia compartida no conlleva, por sí sola, la equiparación de la contribución de ambos progenitores por los gastos de asistencia a los hijos. Estos se regulan en el art. 82 CDFA, cuya infracción no ha sido alegada por el recurrente, lo que conduce, sin más, a la desestimación de este motivo.

En todo caso, esta Sala ha tenido ocasión de decir en diversas sentencias, por todas las de 16 de octubre de 2012 (r.c. 24/2012), que *«el juicio de proporcionalidad para fijar la contribución que corresponde a cada progenitor para atender las necesidades de los hijos que requiere la aplicación de los arts. 82.1 y 2 CDFA no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico y racional»*. En el presente caso no se aprecian motivos que permitan achacar tal irracionalidad a la resolución recurrida.

A mayor abundamiento, y en relación al argumento principal esgrimido por el recurrente, el cambio de régimen de custo-

dia no tiene por qué suponer una reducción de la pensión, sobre todo considerando que se trata de una custodia compartida con distribución desigual del tiempo de estancia con cada progenitor. Además, el incremento de los días de estancia de la hija con el padre, en relación a lo acordado en primera instancia, es poco relevante, pues solo afecta a los últimos días de junio o los primeros de septiembre. Y, por último, la sentencia aportada por el recurrente ha puesto de manifiesto que los gastos del padre en concepto de pensión de alimentos que abona a la hija de su segundo matrimonio son inferiores a los tenidos en consideración en las anteriores instancias, ascendiendo a 350 euros mensuales y no a 500 euros mensuales, cantidad de la que partió la dictada en primera instancia en este proceso para fijar la pensión alimenticia.

**Decimosexto [sic].- COSTAS**

49. Atendiendo a la estimación parcial del recurso de casación, y a la naturaleza de los intereses en disputa, no procede la condena en costas (arts. 394 y 398 LEC).

**FALLAMOS**

**Primero.-** Desestimar los cuatro motivos del recurso por infracción procesal y estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Daniel, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 21 de junio de 2016, en autos de modificación de medidas núm. 378/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

**Segundo.-** Se mantiene el fallo de la sentencia de primera instancia, excepto en lo relativo a las vacaciones escolares de los



meses de junio y septiembre, en los términos que se indican a continuación.

La convivencia de los progenitores con la menor Carla durante los días de vacaciones escolares de los meses de junio y septiembre, tal como vengan fijados en el calendario escolar, se distribuirá equitativamente entre ambos progenitores conforme ambos acuerden; en defecto de acuerdo, corresponderá la convivencia durante los días de junio al progenitor al que le corresponda la primera quincena de julio; y los del mes de septiembre al progenitor que le corresponda la segunda quincena de agosto. En ambos períodos, en los mismos términos en que vienen desarrollándose las vacaciones de verano de los meses de julio y agosto en la actualidad.

**Tercero.-** No hacemos expresa imposición de costas.

**Cuarto.-** Hágase entrega al recurrente del depósito constituido, tanto para interponer recurso de apelación como de casación.

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

Así por esta nuestra Sentencia, anunciando Voto Particular los Magistrados Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch e Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Samanes Ara, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### **VOTO PARTICULAR**

El Magistrado que suscribe Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch formula el siguiente voto particular, sin perjuicio del pleno respeto al criterio mayoritario de la Sala, respecto de la sentencia dictada el día 29 de enero de 2017 en recurso de casación número 45/2016, 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 Fundamentos de Derecho primero a octavo de la resolución. Se discrepa, sin embargo, del contenido de los Fundamentos de Derecho noveno hasta el final en las consideraciones que incluyen relativas a la calificación como compartida de la custodia que se establece, así como en la procedencia de hacer la Sala valoración distinta de la recogida en la sentencia recurrida sobre el efecto de la relevancia que cabe reconocer a la modificación de las circunstancias de hecho concurrentes, hasta establecer que el padre debe tener una noche más de pernocta con la entre semana. Objeto de discrepancia es igualmente el fallo, que entiende quien suscribe que debió ser desestimatorio del recurso de casación.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Primero.-** La sentencia de la que se discrepa centra la definición de custodia compartida o custodia individual focalizando su atención en el tiempo de convivencia que está la menor con cada uno de los progenitores. Entiende que la principal afectación que el régimen de custodia produce en los hijos es la relativa al tiempo de la convivencia con cada progenitor, ya que la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el progenitor que ejerce las visitas. Y afirma que el principal elemento que define el régimen de custodia compartida es la alternancia de la residencia de los hijos con el padre y la madre.

Esta tesis de partida no cabe compartirla. Con carácter previo debe considerarse que, efectivamente, ni un régimen de custodia ni otro afectan, salvo casos excepcionales, a los derechos y deberes propios de las relaciones paternofiliales, que se mantienen incólumes. Pero el régimen que final-

mente se establezca sí afecta de modo directo al ejercicio de los derechos y obligaciones de que son titulares los implicados, pues da lugar a unas importantes diferencias el establecimiento y funcionamiento de un régimen u otro, lo que impone la necesaria matización en su fijación para el respeto esencial de la naturaleza distinta que los define, tanto jurídicamente como en sus efectos en la vida diaria de los menores y sus progenitores.

No recoge la legislación aragonesa ni la nacional una definición directa o indirecta de cuándo debe definirse un régimen de custodia como compartida o individual. Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha acuñado una doctrina que permita concluir cuándo puede realmente hablarse de la presencia de uno u otro modo de cuidado del menor. Cabe sin embargo observar en sentencia del Tribunal Supremo (sentencia de 26 de octubre de 2016, por ejemplo) que la distinción entre la custodia compartida o individual no encuentra su factor esencial en el hecho material de que el hijo tenga la residencia con uno u otro progenitor. También se indicó en sentencia de esta Sala (sentencia de 6 de abril de 2015, Recurso 1/2015) que la norma aragonesa no parte de entender que la coparentalidad se realiza cuando el menor está en compañía de uno de sus progenitores. Lo trascendente de la custodia compartida, sea alterna o conjunta, no es tanto quién tenga la custodia física o cuánto tiempo la tenga en proporción al otro. Lo esencial es, a juicio de quien suscribe, asegurar que ambos progenitores tengan posibilidad continuada de atender al hijo menor, de implicarse en su vida diaria, de decidir de primera mano sobre las cuestiones cotidianas y, en fin, de poder estar cerca del menor cuando éste se desenvuelve en su propio entorno escolar, familiar, social...

Porque, como indicó el Preámbulo de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, que introdujo la custodia compartida en el derecho positivo aragonés, y luego fue integrada en el Código de Derecho Foral de Aragón: «La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres (...) La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos. Las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres (...). Esta misma idea de continuidad y permanencia en el cuidado del menor como base de la definición de la custodia compartida la recogerá igualmente el Preámbulo del Código de Derecho Foral de Aragón, cuando prevé en su apartado 10 que: «La finalidad de la custodia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación.

La custodia compartida, tal y como se configura en esta Sección, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida».

**Segundo.-** Conforme a tales criterios, si se está o no ante una custodia compartida no es cuestión que se definirá por el hecho de que el niño esté más o menos tiempo con sus progenitores, sino por la seguridad de un cuidado continuo, permanente, del

menor por parte de ambos progenitores. Lo esencial no es, así, qué tiempos de compañía física tiene el custodio con el menor, sino si estos tiempos permiten realmente que se materialice una implicación ininterrumpida de cada progenitor en el desarrollo diario de la vida del niño, de forma constante y decisiva. De modo que el hecho secundario de estar mayor o menor tiempo de convivencia cada custodio con el menor lo que debe asegurar es un ciclo de la alternancia que permita dar lugar al verdadero fin que persigue la custodia compartida y que define su naturaleza: la posibilidad de dar por cumplido que ambos progenitores compartan con el menor el día a día, y de forma continuada.

La marginalidad del hecho de cómo se alterna la convivencia frente a lo esencial de poder compartir la vida con el menor lo evidencia todavía más que es también custodia compartida, en su variable de custodia conjunta, incluso el supuesto en el que el menor conviva con uno sólo de los cónyuges, siempre que las circunstancias de proximidad de los progenitores y su permanente relación permitiera lo principal y esencial: la continuada atención de ambos al niño.

Pues bien, en el caso presente, en contra de lo que considera la sentencia de la que se discrepa, no cabrá realmente calificar la custodia como compartida, porque, como resulta de lo que a continuación se expondrá, quien va a hacerse cargo realmente del menor será la madre, quedando la intervención del padre reducida a un régimen de visitas con alternancia de fines de semana e intersemanales como el muchas veces acordado por los interesados y considerado en el sentir social y por esta Sala como custodia individual.

**Tercero.-** La sentencia dictada por la Sala establece el régimen de custodia (a salvo de las vacaciones) que fijó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia

número 5 de Zaragoza, que sólo es modificado en relación con la permanencia de la niña con la madre y el padre en sus días de vacaciones de junio y septiembre.

En lo que se refiere al acontecer diario de la custodia establecida no es modificado el fallo de la sentencia que dictó el Juzgado. En este fallo es ya significativo que nada se dice respecto de los días que la niña estará con la madre, pues parte de que estará con ella todos, salvo aquellos en los que esté con su padre. Para mejor exposición de lo que estará realmente la menor con uno u otro progenitor cabe distinguir según corresponda a la madre o al padre la estancia en fin de semana.

— Cuando corresponda a la madre estar con la menor el fin de semana: ella estará a cargo de la niña desde que comience el colegio el lunes por la mañana hasta el jueves a la salida del colegio. Volverá a hacerse cargo de ella desde que entre en el colegio el viernes hasta que salga del colegio el jueves siguiente. En este periodo el padre está con la niña el jueves desde la salida del colegio hasta su reintegro al centro el viernes por la mañana y, además, tiene derecho de visita el martes por la tarde desde la salida del colegio hasta las 20.30 horas,

— Cuando corresponda al padre estar con la menor el fin de semana: él estará con la niña el martes desde la salida del colegio hasta las 20.30 y desde el jueves a la salida del colegio hasta que se reintegre la niña en el centro escolar el lunes por la mañana. En este periodo la madre está a cargo de la menor desde que entra en el colegio el lunes hasta que sale el martes, y desde las 20.30 horas del martes hasta que la niña deje el centro escolar el jueves por la tarde.

Como se puede observar, no cabe en este caso considerar que el padre pueda realmente desempeñar el papel que la cus-

todia compartida supone para él. La realidad es que es la madre quien de modo constante atiende a la hija, pues, excluida la visita del padre del martes, vive con ella todas las semanas desde el lunes a la tarde del jueves y viernes hasta por la tarde, además de un fin de semana de cada dos. En cambio, la compañía del padre con la menor se ve sumida en una alternancia que imposibilita realmente la comunidad de vida con ella desempeñada con la continuidad que define la naturaleza de la custodia compartida.

Además, a la irregular intermitencia que interrumpe la continuidad se suman las circunstancias de que el padre desarrolla su trabajo en ..., cuando la niña vive en ..., donde trabaja su madre; y que el padre debe atender el cuidado de una menor de cuatro años habida en otro matrimonio y que debe entregar y recoger en fin de semana alternativo en el Punto de Encuentro Familiar de ... Por último no consta que la proximidad de domicilios, o una muy estrecha relación entre los progenitores permita que la comunicación entre el padre y la menor, o las decisiones comunes de padre y madre sobre el diario acontecer de la niña, puedan dar lugar a que haya una implicación del padre en la vida de la niña mayor que la estrictamente derivada del régimen establecido.

Conclusión de lo anterior es, por tanto, que el régimen fijado se aleja de la naturaleza propia de la custodia compartida entendida en la forma antedicha de atención continuada y próxima de los intereses diarios del menor. El régimen establecido, tal y como la sentencia recurrida recoge, es el de custodia individual con amplio régimen de visitas intersemanales. En consecuencia con ello, no cabe la estimación del recurso de casación que el impugnante fundamentó en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés, por venir referido tal precepto a la custodia

compartida que, por lo dicho, no está presente en el caso de autos.

**Cuarto.-** Tras definir la sentencia objeto de discrepancia la calificación de la custodia establecida como compartida, expone que debe ser comprobado «si los juicios de valor que llevan a la sentencia recurrida en apelación a la adopción de la custodia individual materna se ajustan a las previsiones legales (art. 80.2 CDFA) que en nuestro ordenamiento civil permiten excepcionar la regla preferente de la custodia compartida (sentencia de 9 de octubre de 2013; r.c. 19/2013)». Luego, tras exponer diversas consideraciones, en lo que a la custodia diaria se refiere, sobre circunstancias tales como la relevancia de la dificultad que puede suponer el hecho de que el padre trabaje en ...; sobre la opinión manifestada por la menor; y sobre las buenas relaciones de la hija con los dos progenitores y la aptitud y voluntad de ambos para asegurar la estabilidad de la hija común y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, concluye que queda justificada la aplicación del régimen preferente de custodia compartida. Con ello, y también concretado al régimen diario de custodia, la casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y la asunción del fallo de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia conllevará la modificación tan solo de atribuir al padre la pernocta de la menor el jueves desde las 20 horas hasta el lunes a la entrada del colegio.

La valoración de la prueba hecha por la sentencia que es recurrida en casación, incluida la de la exploración de la menor hecha en el trámite del propio recurso de apelación no es objeto de tacha alguna en la sentencia de la que ahora se discrepa, que desestima todos los motivos del recurso fundados en infracción procesal por defectos en la práctica probatoria. A partir de los hechos acreditados que valoró la

Audiencia Provincial, el nivel de relevancia que cabe reconocer en orden a ponderar la intensidad de la importancia y efectos del cambio de circunstancias es cuestión que corresponde al tribunal de instancia, no a la Sala de Casación, salvo en los casos en que la sentencia impugnada haya llegado a conclusiones anómalas, o no haya respetado los criterios que la legislación aragonesa establece al tiempo de poder excluir la preferencia de la custodia compartida.

En el caso actual el propio recurrente no hizo alegación de que las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida en casación pudieran ser tildadas de arbitrariedad, falta notoria de justificación u otra anomalía de importancia, al igual que tampoco expuso que no hubieran sido atendidos los criterios establecidos en el Código de Derecho Foral aragonés al decantarse por uno u otro tipo de custodia. Por otro lado, se observa que la sentencia recurrida recoge a lo largo de sus Fundamentos de Derecho tercero y cuarto principalmente las razones que con la base fáctica observada le llevan a sostener el régimen de custodia individual y, finalmente, a no establecer pernocta de la niña con el padre los jueves. En concreto, la sentencia tiene en cuenta la exploración de la menor hecha por la Magistrada ponente personalmente, el informe psicológico con el resultado de que no quiere ningún cambio en su vida; la situación laboral de los progenitores; la obligación del padre de atender a otra hija que reside en ...; y el alcance del apoyo familiar con que cuenta el padre.

Por tanto, la sentencia impugnada valora los factores relevantes para el caso de entre los que recoge el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés, incluida la exploración directa de la menor. Lo hace sin imputación del recurrente de haber obtenido conclusiones arbitrarias y

sin que sea observable motivo que permita concluir que la valoración es carente de fundamento. Por tanto, no existe razón, conforme a la jurisprudencia antes citada y al objeto que el artículo 477.1 otorga al recurso de casación para proceder a la modificación de las conclusiones obtenidas en la sentencia recurrida con pleno respeto a las normas de aplicación. Por lo que el recurso de casación debe ser desestimado en lo que el recurrente pretendía sustituir la valoración racional y razonada de la sentencia recurrida por la propia suya.

En consecuencia con todo lo anteriormente expuesto, el fallo de la sentencia debió ser desestimatorio, a juicio del Magistrado que suscribe el presente voto particular.

Voto particular que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch en Zaragoza a treinta de enero de dos mil diecisiete.

#### **VOTO PARTICULAR**

Que formula la Ilma. Sra. D. Carmen Samanes Ara a la sentencia de esta Sala dictada el 30 de enero del presente año en el rollo de casación núm. 45 de 2016, procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría y lamentando tener que discrepar de ella, formulo, al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, voto particular, que baso en las razones que a continuación expondré.

**Primero.-** Acepto el encabezamiento, los antecedentes de hecho y los fundamentos primero a décimo de la sentencia de la mayoría. Por el contrario, he de discrepar con lo que después se razona; en esencia,

porque entra a decidir el caso como si se tratara de una nueva instancia.

**Segundo.-** Ciertamente, y como se dice en la sentencia de la mayoría, la custodia compartida no exige un reparto igualitario del tiempo que el menor pasa con cada uno de sus progenitores. La clave, como se deduce de lo expresado en el Preámbulo del CDFA, es que esos períodos de tiempo tengan una duración y secuencia tales que permitan la participación directa y efectiva de cada uno de ellos en su desarrollo y educación. Esto no ocurre cuando lo que hay es un régimen de visitas, donde el esquema típico es aquel en que el progenitor no custodio está con el niño los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones (tal era el que se acordó en la sentencia de 18 de diciembre de 2009 mencionada en el Fundamento Primero de la sentencia de la que disiento). Y no ocurre porque la implicación efectiva en el desarrollo y educación del menor no puede tener lugar cuando el progenitor comparte con él poco más que el ocio; hace falta involucrarse en las rutinas, en el día a día.

**Tercero.-** Lo que viene siendo habitual en los casos en los que se acuerda un régimen de custodia compartida, es una alternancia semanal, quincenal, o incluso mensual (en su caso, con visitas para cada uno en los periodos en que el menor está con el otro). Ahora bien, las estancias pueden organizarse por períodos más breves, como la «résidence alternée courte» o 2- 2/5-5, fórmula que se preconiza en Francia por ciertos sectores como más conveniente para el interés del menor (sobre todo en edades tempranas), en la idea de que no permanezca demasiado tiempo separado de cada uno de sus progenitores.

En la Primera Conferencia Internacional de la *residencia alternada*, celebrada en julio de 2014 en Bonn, se concluyó que tal es la que comprende (además del reparto de la autoridad y de la responsabilidad co-

tidiana) un mínimo de un tercio del tiempo con cada progenitor incluyendo días entre semana. Pero entre nosotros no se ha consolidado, para los casos de reparto desigual del tiempo entre los padres, un criterio o medida para determinar cuándo se está ante un caso de custodia compartida o ante uno de custodia individual con régimen de visitas amplio.

**Cuarto.-** En el caso que nos ocupa, el actor calificó el régimen propuesto en la demanda como de *custodia compartida*, pero lo que solicitó fue un incremento de las estancias del padre con la hija consistentes en la prolongación del fin de semana alterno hasta el lunes, y otra tarde más (ya se había pactado una tras la sentencia firme) entre semana con pernocta. Es decir, no se pidió un reparto del tiempo mensual, quincenal, ni semanal que, como acabo de recordar, es lo habitual en las peticiones de custodia compartida. Ello explica que la sentencia de apelación indicase que se había pedido una ampliación del régimen de visitas existente y no un cambio de régimen de custodia. La sentencia de primera instancia que –excepto el periodo vacacional– acepta el reparto de tiempo del plan, con la salvedad de trasladar la pernocta del martes al jueves, lo etiqueta, como en la demanda, de *custodia compartida* aunque, como pone de relieve, el actor *no pretende un cambio sustancial en las condiciones de vida de Carla*. Lo acordado en esa sentencia supone una diferencia importante respecto del establecido en las medidas cuya modificación se insta, pues se añade la tarde del martes y la del jueves con pernocta y, además, en la semana cuyo fin corresponda al padre, la pernocta del domingo. Y la sentencia de segunda instancia, que únicamente restringe el de la primera en lo tocante a la pernocta del jueves, lo califica de *custodia individual*. Mas, cabe preguntarse si esa pequeña variación, y atendiendo a lo arriba expuesto, comporta el cambio de un régimen de custodia com-

partida a uno de custodia individual. No encuentro razón para contestar afirmativamente a este interrogante.

**Quinto.-** Si se considera que en el caso presente (y pese a que el actor afirmó que lo que pedía era una custodia compartida) lo que se acordó fue una ampliación primero, y una restricción después, del régimen de visitas fijado con anterioridad, no habría lugar a plantearse si ha habido infracción del artículo 80.2 como se alega en el recurso, pues esa norma no sería de aplicación, sino el 80.1.

La sentencia de la mayoría considera, por el contrario, que el régimen fijado en la primera instancia lo fue, en efecto, de custodia compartida, y que la sentencia de apelación instauró uno de custodia individual. Señala que el régimen solicitado en la demanda permite conseguir la finalidad de la custodia compartida, ya que supone una mayor implicación del padre que el régimen de visitas originario, de fines de semana alternos. Estoy de acuerdo con esta afirmación. Sin embargo, no explica por qué al eliminarse la pernocta del jueves deja de cumplirse tal finalidad, resultando el régimen de estancias establecido un supuesto de custodia individual.

Incluso aceptando esa calificación, el recurso tampoco podría, según creo, ser acogido. Se trataría, entonces, de verificar si, como se sostiene en el recurso, la sentencia de apelación infringe o no el artículo 80.2. O lo que es lo mismo, si la solución adoptada lo ha sido con sujeción al principio fundamental del interés superior del menor, que ha de inspirar aquella de conformidad con dicho precepto, y con el más general del artículo 76.2. Esto es lo verdaderamente relevante tanto en caso de que se fije un régimen de custodia individual como uno de custodia compartida, y no deja de serlo en los otros que, como el que me ocupa, están en el límite entre uno y otro régimen.

**Sexto.-** Como expresamos en nuestra sentencia de 30 de junio de 2016 con cita de otras anteriores:

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.

(...).

*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».*

La casación de la sentencia en este caso supone, a mi parecer, la inobservancia del criterio que hemos sentado en otras resoluciones, como en la sentencia de 17 de septiembre de 2015 en la que dijimos:

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.

**Séptimo.-** También, en ocasiones anteriores, hemos dicho que el tribunal de casación no puede actuar como un tribunal de tercera instancia en la revisión de la decisión sobre el sistema de custodia que ha de ser aplicado; así lo hemos resaltado en sentencias como la de 18 de febrero de 2016 que cita de la de 30 de junio de 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.*



Esta misma idea se recoge en la más reciente de la Sala Primera del TS de 26 de octubre de 2016 .

**Octavo.-** La parte denuncia infracción, por aplicación indebida, del art. 80.2 del CDFa, que impone que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores. La Sala de instancia –se dice en el recurso– se aparta del régimen preferente sin haberlo razonado suficientemente, cuando –indica– «no existe ningún impedimento para que en aplicación del artículo 80.2 se determine la custodia compartida en esta alzada». La recurrente disecciona los argumentos base de la decisión, reconsiderando los aspectos que en ellos se mencionan desde su subjetivo punto de vista. Pero no se trata, como se dice en el apartado 37 de la sentencia de la mayoría, de comprobar «si los juicios de valor que en la sentencia recurrida llevan a la adopción de la custodia individual materna se ajustan a las previsiones legales (artículo 80.2 CDFa) que en nuestro ordenamiento civil permiten excepcionar la regla preferente de la custodia compartida». Ni el artículo 80.2 establece requisitos (apartado 44 de la sentencia de la mayoría) cuya concurrencia o no deba examinar el tribunal de casación. El precepto del artículo 80.2 parte de que, en general, la custodia compartida es lo que mejor se adecua al interés del menor. Ese es el principio o punto de partida, pero no es rígido. Ni siquiera los factores a los que ha de atender el Juez y que se relacionan en el precepto son exhaustivos, ya que en la letra f) se alude a cualquier otra circunstancia de especial relevancia. Como en alguna ocasión anterior he apuntado, la función propia de los tribunales de casación consiste en pronunciarse sobre el ajuste a la ley de la resolución recurrida; no, sobre el fondo del asunto. No es el litigio lo que se somete a tales tribunales, sino la decisión tomada por la

Audiencia. Y, en la medida en que la ley le confiere un margen discrecional, y aquélla no actúa con arbitrariedad al moverse dentro de ese margen, no es posible apreciar violación de ley. Considero que si la Sala entra a valorar la trascendencia o el alcance de los datos que han llevado al tribunal de instancia a la fijación del régimen de estancias, desciende a las particularidades del supuesto controvertido y por ende, suplanta la labor de aquel. Aunque el criterio valorativo del tribunal de instancia aparezca (desde la perspectiva, siempre más alejada del caso, del tribunal de casación) como discutible, sólo si es arbitrario debe poder ser sustituido.

**Noveno.-** Pues bien, entiendo que la sentencia de la Audiencia ha razonado ampliamente sobre la solución (que, he de repetir, comporta una mínima variación sobre el régimen fijado por el juez a quo) adoptada por entender que es la que mejor conviene al interés de la menor atendiendo al conjunto de la prueba, especialmente a la pericial y a la exploración de aquella. Así lo aprecia el Ministerio Fiscal y así es. Frente a lo que viene a indicar la sentencia de la mayoría, la que se impugna no ha desconocido los cambios operados en las circunstancias concurrentes y, de hecho, acoge parcialmente la petición de la demanda. La niña expresó su deseo de compartir más tiempo con su padre, y se ha atendido ese deseo.

En consecuencia, y como se desprende de cuanto ha quedado expuesto, creo que el recurso debió ser desestimado.

**Décimo.-** 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.

Vistos, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de junio de 2016, dictada por Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto Particular que firma la Magistrada que suscribe en Zaragoza a treinta de enero de dos mil diecisiete.

4

#### NÚM. 4

S. TSJA 4/2017 de 8 de febrero de 2017

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: RÉGIMEN DE VISITAS: Derecho-deber de padre e hijo a relacionarse entre sí: El derecho de relación entre el padre y su hijo está reconocido en los arts. 79.2.a, en relación con el 60, y en el art. 80 CDFa, así como en los acuerdos y convenios internacionales de los que el Estado español es parte, como son la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 9.3) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.3). Dice la STC de 22/12/2008 que dicha relación constituye un derecho tanto del progenitor como del hijo, como manifestación del vínculo que les une y que ha de**

*contribuir al desarrollo de la personalidad y afectividad del menor, relación que solo puede ser limitada o suspendida cuando concurran graves circunstancias que así lo aconsejen, en interés del menor, o en caso de incumplimiento grave y reiterado de la resolución judicial en que se fije. Se reitera lo dicho en la STSJA 16/2016, de 10 de junio. Excepcionalidad del no establecimiento de un régimen: Los argumentos de las sentencias de instancia para justificar la decisión adoptada de excluir cualquier régimen de visitas con el padre mientras esté preso, ni tampoco cuando tenga un permiso de salida, no son suficientes, y la decisión tomada vulnera el art. 79.2.a, en relación con el 60.1. No existen razones para entender que las visitas del menor al Centro Penitenciario van a ser contraproducentes ni van a afectar a la imagen que menor pueda tener de su padre; las estancias y visitas están reguladas en la legislación penitenciaria (arts. 38 LOGP 1/1978, 17 y 45 de su Reglamento), los Centros reúnen condiciones de habitabilidad, con espacios para las comunicaciones íntimas y familiares, lo que asegura que una visita del menor a su padre en dicho entorno no va a resultar traumática para el menor. Durante el permiso de salida, un régimen de visitas, aunque sea mínimo, puede generar una relación de conocimiento y afecto entre padre e hijo.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 60.1, 79.2 y 80 CDFa.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### ANTECEDENTES RELEVANTES

**Primero.-** La demandante D<sup>a</sup> Dalila M. O. y el demandado D. Sid Alí S. O. mantuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació un hijo, llamado Unai S. M.,

nacido en Zaragoza el 15 de julio de 2013. Dicho menor reside con su madre en esta ciudad.

D<sup>a</sup> Dalila interpuso demanda de guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos frente a D. Sid Alí, en la que solicitó se atribuyera a la actora la guarda y custodia del menor Unai, siendo la autoridad familiar compartida entre ambos progenitores, y que se estableciera un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en fines de semana alternos, los sábados y domingos de 11 a 13 horas con intervención del Punto de Encuentro Familiar (PEF), además de interesar que el demandado abone la cantidad de 100 euros mensuales como contribución a los gastos de asistencia del hijo menor y que se establezca la medida de prohibición de salida del territorio español respecto del mismo.

D. Sid Alí se opuso a la demanda interesando que se dictase sentencia por la que se le atribuyera la guarda y custodia del menor Unai, manteniendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores, con régimen de visitas a favor de la demandante y pensión de alimentos a cargo de ésta. En el acto de la vista del juicio, en atención a la condena por violencia de género que había sido impuesta al demandado y el hecho de estar ingresado en prisión, su representación se mostró conforme con la guarda y custodia a favor de D<sup>a</sup> Dalila, interesando régimen de visitas del padre con el hijo menor.

La sentencia de primera instancia, dictada por el titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n<sup>o</sup> Dos de esta ciudad, acordó que la guarda y custodia del menor Unai fuera atribuida a la madre D<sup>a</sup> Dalila, y no establecer a favor del padre D. Sid Alí ningún régimen de visitas para que pueda ver a su hijo mientras se encuentre cumpliendo condena en el Centro Penitenciario.

Recurrida dicha sentencia en apelación por la representación del demandado, en lo relativo al establecimiento de un régimen de visitas entre padre e hijo, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

Frente a este fallo D. Sid Alí ha interpuesto recurso de casación, que funda en dos motivos: 1/ por infracción procesal invocando vulneración de los artículos 218.2, 348, 316.1 y 2, 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución; 2/ por infracción de norma sustantiva, contenida en los artículos 79 y 80 del CDFFA, solicitando de esta Sala que case y anule la sentencia recurrida, acordando establecer el régimen de visitas interesado por dicha parte, con expresa imposición de costas a la contraria.

#### ADMISIBILIDAD DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

**Segundo.-** La Sala dictó auto de 9 de noviembre de 2016 por el que declaró su competencia para el conocimiento del presente recurso y su admisión a trámite. Sin embargo en los escritos presentados en el trámite conferido el Ministerio Fiscal considera que el primer motivo de casación deber ser desestimado por inadmisibile, al entender que se trata de un recurso extraordinario por infracción procesal al invocarse normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Constitución Española (art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), mientras que la representación de D<sup>a</sup> Dalila entiende que concurre causa de inadmisión del recurso de casación, por manifiesta falta de fundamento en cuanto al primer motivo conforme al artículo 473.2.2<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por oponerse a la valoración de la prueba que se ha efectuado en la sentencia de la Audiencia.

Dado que las partes pueden esgrimir, en el trámite de oposición, las razones por las que a su juicio cualquiera de los motivos de recurso habría de ser inadmitido, debemos resolver en primer lugar sobre las citadas pretensiones.

**Tercero.-** Las causas de inadmisibilidad invocadas no pueden gozar de favorable acogida. La Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular el régimen transitorio de tramitación de los recursos extraordinarios, previene que cuando se interponga recurso de casación ante la Sala de lo Civil de un Tribunal Superior de Justicia la parte recurrente podrá incluir, en el escrito de interposición, motivos de infracción procesal, de modo que este recurso queda integrado en el de casación, constituyendo ésta una norma extraordinaria y transitoria, en tanto no se confiera a estos tribunales la jurisdicción para conocer de los citados recursos extraordinarios por infracción procesal, mediante la oportuna modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y en cuanto a la invocación que formula la representación de D<sup>a</sup> Dalila, la Sala va a examinar el recurso de casación partiendo de los hechos probados en las instancias, dada la función nomofiláctica que conviene a este recurso extraordinario, que no constituye una tercera instancia, para resolver si la decisión adoptada ha vulnerado las normas de derecho sustantivo invocadas por la recurrente. No siendo de aplicación la causa de manifiesta falta de fundamento invocada para instar la inadmisibilidad.

#### ADMISIÓN DE LA PRUEBA APORTADA

**Cuarto.-** En el trámite del recurso de casación la representación de D. Sid Alí ha aportado copia de la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de Familia n<sup>o</sup> Seis de Zaragoza en procedimiento verbal n<sup>o</sup> 229/16, por la

que se acuerda establecer un régimen de visitas a favor de la abuela paterna D<sup>a</sup> Nacera D. con su nieto Unai. Del escrito que la sustenta se ha dado traslado a las partes recurridas mediante diligencia de ordenación, habiendo considerado el Ministerio Fiscal que dicha sentencia debe ser admitida por aportar datos relevantes, mientras que la otra parte recurrida ha efectuado alegaciones acerca del contenido de la sentencia sin referirse expresamente a su admisión.

El artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exceptúa de la prohibición de aportación de documentos, instrumentos, medios, informes o dictámenes después de la vista o juicio, cuando se trate de sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. La norma establece que estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado por diligencia de ordenación a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia, resolviendo el Tribunal sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

En el presente caso, la sentencia aportada debe admitirse, al resultar relevante para la decisión que ha de tomarse en este recurso de casación, en cuanto en ella se establece un régimen de visitas de la abuela paterna con el menor y se mencionan datos acerca de las relaciones entre las dos familias –paterna y materna- que pueden servir para adoptar la decisión en este recurso, siempre contemplando el interés del menor como criterio prioritario.

EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO:  
INFRACCIONES PROCESALES DENUNCIADAS

**Quinto.-** El primer motivo de recurso, por infracción procesal, denuncia la vulneración en la sentencia recurrida de los artículos 218.2, 348, 316.1, 2, 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución, al entender el recurrente que la sentencia incurre en falta de valoración adecuada de las pruebas, vulneración errónea (sic) del dictamen pericial, valoración inadecuada del interrogatorio de parte e infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es de constatar, de inicio, que en un único motivo de recurso se denuncia la infracción de normas diversas, que regulan contenidos normativos diferenciados, y esta reunión de impugnaciones en un solo motivo de recurso afecta a la claridad positiva del escrito de interposición.

El motivo de recurso por infracción procesal ha de ser desestimado. Como es conocido, y la propia parte expresa en su escrito, los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues este motivo está reservado al examen del cumplimiento de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en cuanto afectan al procedimiento para dictarla, su forma y contenido y los requisitos internos de la decisión. La valoración probatoria solo puede tener acceso a la casación al amparo del artículo 469.1.4º de la ley procesal, cuando se funde en la existencia de error patente siempre que pueda demostrarse que, siendo manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración efectuada, no supera el test de razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (STS de 9 de mayo de 2011, nº 333/2011, y las que en ella se citan).

En este caso la argumentación que se expresa en el desarrollo del motivo se centra en valorar los informes del Punto de Encuentro Familiar y las manifestaciones de la madre en el acto de la vista, pero el examen de la sentencia recurrida y su fundamentación no muestra que haya incurrido en arbitrariedad o falta de razonabilidad al analizar y valorar la prueba. Las cuestiones que finalmente plantea el recurrente, en cuanto a su interés en un régimen mínimo de visitas que en nada perjudica al menor sino todo lo contrario, son temas jurídicos que han de ser resueltos al analizar el motivo de casación por infracción de normas sustantivas, lo que se realizará seguidamente.

EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO  
DEL RECURSO DE CASACIÓN

**Sexto.-** Se denuncia en este motivo de casación la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 79 y 80 del CDFA, expresando el recurrente que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial no garantiza la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Interesa que, con estimación del recurso, se permita un encuentro mensual, en sábado y/o domingo, de duración entre una y dos horas, en el que el menor será trasladado al Centro Penitenciario por persona de confianza de la madre o de la familia materna.

Para la decisión del recurso es de considerar lo dispuesto en el artículo 79, especialmente en su apartado 2,a), así como en el artículo 60, preceptos ambos del CDFA. También el artículo 80, cuya infracción se denuncia en el motivo, en cuanto regula la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, y el régimen de comunicación en caso de custodia individual.

**Séptimo.-** El artículo 79 antes citado establece las medidas judiciales de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares, y ordena al Juez determinarlas teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes. Especialmente el apartado 2 a) previene que el Juez dictará las medidas necesarias a fin de garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. Esta norma ha de ponerse en relación con el artículo 60, que regula entre los efectos de la filiación el derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. En este sentido se pronuncia el artículo 21 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

El derecho a la relación entre el padre y su hijo está reconocido en los preceptos mencionados de derecho aragonés, así como en los acuerdos y convenios internacionales de los que el Estado español es parte, como son la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 9.3) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 24.3). Como expresa la STC de 22 de diciembre de 2008, dicha relación constituye un derecho tanto del progenitor no custodio como del hijo, como manifestación del vínculo que les une y que ha de contribuir al desarrollo de la personalidad y afectividad del menor, relación que solo puede ser limitada o suspendida cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen, en interés del menor, o en caso de incumplimiento grave y reiterado de la resolución judicial en que se fije.

Esta Sala en sentencia de 10 de junio de 2016, nº 16/2016, ha mantenido que «Se configura este régimen de comunicación en

*la doble vertiente del derecho de los menores a un contacto directo con los padres de modo regular (artículo 76.3.a), y el derecho de los padres para garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1, en relación –artículo 59 b– con el derecho y obligación de los padres, aunque no vivan con el menor, e incluso cuando no ostenten la autoridad familiar, a visitarlo y relacionarse con él), añadido a las medidas a adoptar por los jueces para garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas (artículo 79.2.a). No se trata de un derecho libremente disponible, tampoco para el menor, que en última instancia (artículo 60) será dotado de eficacia, o suspendido, modificado o denegado por el juez, atendiendo a su interés. Y para solicitar la intervención judicial se legitima a todos los interesados, lo que también indica que no se trata de un derecho exclusivo del menor aunque permanentemente concebido en su interés y dirigido al mismo.*

*En las relaciones entre ascendientes y descendientes (Título II del Libro Primero del CDFa), y dentro de los efectos de la filiación (Capítulo primero), el artículo 60.1 del CDFa configura las relaciones de los hijos con ambos padres, con sus abuelos y otros parientes y allegados, como un derecho de los primeros, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja (el subrayado es nuestro).*

*Así pues, el no establecimiento de un régimen de comunicación, estancias o visitas entre padres e hijos y los demás parientes citados, exige que, excepcionalmente, se justifique por desaconsejarlo el interés del menor.»*

En el caso de autos la sentencia de primera instancia ha rechazado cualquier régimen de visitas a favor de D. Sid Alí con la siguiente justificación:

*«En atención a la situación actual de D. Sid Alí S. M. (sic), ya que se encuentra en prisión hasta mayo de 2019, y a pesar de la petición de*

*la parte demandada de que se establecieran visitas en el Centro Penitenciario, esta Juzgado no considera conveniente ni adecuado para el desarrollo del menor que acuda al Centro Penitenciario a ver a su padre, sin que dicho contacto suponga ningún beneficio para el menor, pudiendo producir el efecto contrario en éste, es decir, de rechazo y animadversión ante la figura paterna por el lugar en el que se encuentra; tampoco debemos olvidar la edad del menor que aconseja que no sea introducido en estos ambientes, sin olvidar que todavía pocos recuerdos va a tener de su padre y no consideramos que los más idóneos sean recordar la figura paterna en un Centro Penitenciario. Por consiguiente no se considera adecuado las visitas del menor al Centro Penitenciario.*

*Igualmente no se considera adecuado que cuando D. Sid Alí S. M. (sic) tenga un permiso de salida, si lo consigue, éste tenga visitas con su hijo, ya que no supondrá un régimen de visitas estable y continuo que permitan una adecuada relación entre padre e hijo, lo que puede redundar en un empeoramiento de sus relaciones de cara a un futuro».*

La Audiencia Provincial ha confirmado dicho pronunciamiento argumentando que *«En el presente caso la decisión del Juez de instancia de postergar el régimen de visitas a favor del padre a la salida estable y no episódica del Centro Penitenciario donde cumple condena, se apoya en sólidas bases: la poca relación del padre con el menor, la escasa de edad de éste (dos años y medio), y la dependencia emocional del mismo con su madre. Todo ello apoyado en los informes periciales practicados que abonan la necesidad de que se vaya fomentando poco a poco una relación paterno filial estable, y a tal fin la resolución impugnada así lo pauta, razonando a nuestro juicio de modo acertado, que las visitas episódicas aprovechando permisos penitenciarios, no permiten la debida continuidad y progreso de la relación paterno-filial, por lo que en consecuencia procede confirmar aquélla, y desestimar el recurso interpuesto.»*

**Octavo.-** Los argumentos expuestos en las sentencias de primera y segunda instancia, en cuanto tratan de justificar la decisión adoptada de excluir cualquier régimen de visitas entre D. Sid Alí y su hijo menor Unai, no son suficientes para sustentar la exclusión, por lo que la decisión que es objeto de recurso vulnera lo prevenido en el artículo 79.2.a) del CDFA, en relación con el artículo 60.1 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a las visitas del menor al Centro Penitenciario, no existen razones para entender que van a ser contraproducentes ni van a afectar a la imagen que el menor Unai pueda tener de su padre. Como expresa acertadamente el Fiscal en su escrito de apoyo al recurso, la legislación penitenciaria no prohíbe las estancias y visitas en los Centros Penitenciarios de los menores de edad sino que las regula, tanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (artículo 38) como en el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (artículos 17 y 45). Los Centros Penitenciarios españoles reúnen condiciones de habitabilidad, especialmente en los espacios destinados a las comunicaciones íntimas y familiares, como para asegurar que una visita del menor a su padre en dicho entorno no va a resultar traumática para el menor, quien podrá de este modo establecer un contacto y relación con su progenitor.

Dado que los informes periciales practicados en el proceso instan que se vaya fomentando poco a poco una relación paterno filial estable, como argumenta la Audiencia Provincial, la decisión adoptada de prohibir todo contacto mientras el recurrente se encuentre interno en Centro Penitenciario no hará posible ese deseado fomento.

En cuanto a la posibilidad de visitas cuando D. Sid Alí obtenga un permiso de

salida, la sentencia del Juzgado considera que no supondrá un régimen de visitas estable y continuo que permita una adecuada relación entre padre e hijo, decisión que ha sido confirmada en apelación. Este pronunciamiento no tiene en cuenta que un régimen de visitas, aunque sea mínimo, es susceptible de generar una relación de conocimiento y afecto entre padre e hijo, la cual resulta totalmente imposibilitada por la decisión recurrida.

Las razones expresadas conducen a la estimación de este segundo motivo de recurso.

#### ALCANCE DE LA DECISIÓN

**Noveno.-** La estimación del recurso de casación conduce a que la Sala, retomando la instancia, deba decidir sobre la pretensión articulada por la parte recurrente, que se concretó en la solicitud deducida al interponer el recurso de apelación –alegaciones tercera y cuarta, a las que se remite el súplico–, de modo que procede establecer un régimen de visitas de Don Sid Alí S. D. con su hijo Unai S. M., consistente en una visita mensual entre padre e hijo, en el Centro Penitenciario en que se encuentra internado el padre, con la asistencia de una persona de la familia de la madre y, de no designarla, por la madre de Don Sid Alí –que ya tiene establecido un régimen de visitas– o por alguna de las hermanas de éste. La visita se realizará ajustándose a las normas y controles establecidos para tales encuentros en el Centro Penitenciario.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de apoyo al recurso, ha solicitado que también se establezca un régimen de visitas en caso de que el recurrente llegue a disfrutar de permisos penitenciarios: «lo mismo deberá ocurrir en caso de permiso de salida y que coincida con el primer sábado del mes, pero en el Punto de Encuentro Familiar».

Esta solicitud, formulada por quien tiene en su Estatuto la función tuitiva de los derechos de los menores, ha de ser igualmente atendida, al coincidir con el interés del menor y resultar consecuencia lógica de la decisión adoptada al estimar el recurso.

#### COSTAS

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

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

**Primero.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sid Alí S. D.

**Segundo.-** Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 22 de julio de 2016, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 236/2016, tan solo en lo relativo al régimen de visitas, extremo en el que establecemos:

A) un régimen de visitas de Don Sid Alí S. D. con su hijo Unai S. M., consistente en una visita mensual entre padre e hijo, en el Centro Penitenciario en que se encuentra internado el padre, con la asistencia de una persona de la familia de la madre y, de no designarla, por la madre de Don Sid Alí o por alguna de las hermanas de éste. La visita se realizará ajustándose a las normas y controles establecidos para tales encuentros en el Centro Penitenciario.

B) el mismo régimen de visitas para el caso de que el Sr. S. disfrute de permiso de salida, supuesto en el que la visita tendrá



lugar en el Punto de Encuentro Familiar que el Juzgado designe.

**Tercero.-** No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

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

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

5

#### NÚM. 5

*S. TSJA 5/2017 de 20 de febrero de 2017*

**76: SUCESIÓN LEGAL: BIENES TRONCALES: No lo es la paridera transformada en vivienda: Lo recibido por D. Miguel de su padre, a título gratuito, fue una paridera. Constante matrimonio y con dinero consorcial, D. Miguel y su esposa transformaron la paridera en vivienda de planta baja y dos alzadas, de modo que lo transmitido a la muerte de D. Miguel es esa vivienda. Se ha producido una modificación sustancial del bien originalmente troncal simple, transformación física y jurídica, similar a la de la STSJA de 3 de marzo de 2015. Lo recibido por D. Miguel de su padre a título gratuito fue la paridera, y la vivienda existente en la actualidad es otra cosa, por lo que la literalidad del 528.1 lleva a entender que no es bien troncal al no haber sido «recibido a título gratuito de ascendientes...».**

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 528 CDF.**

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Como antecedentes de interés, que resultan acreditados en las sentencias de primera instancia y de apelación, y por la documentación obrante en las actuaciones, son de tener en cuenta los siguientes:

1.- D. Félix L. V., fallecido el 31 de enero de 1951, transmitió por título no acreditado a sus hijos Miguel y Máxima L. L., por mitad a cada uno, una paridera en la localidad de Royuela (Teruel).

2.- D. Miguel L. L. y D<sup>a</sup> Delfina L. M., casados el 30 de junio de 1951, elevaron su vivienda sobre la mitad de la paridera de él, con dinero común del matrimonio y aprovechando el suelo y paredes de la paridera.

3.- Falleció D. Miguel L. L. el 10 de abril de 2002 en estado de casado con D<sup>a</sup> Delfina, sin haber tenido descendencia y sin haber otorgado disposición testamentaria válida.

4.- Al fallecimiento de D. Miguel, sus parientes más próximos eran los cuatro hijos de su hermano de doble vínculo Bartolomé, llamados Máxima-Concepción, M<sup>a</sup> del Rosario, Trinidad y Delfina L. A., y sus hermanas de vínculo sencillo Máxima y María L. M. Renunciaron a la herencia las sobrinas Máxima-Concepción, María del Rosario y Trinidad L. A., y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 2 de Teruel dictó auto el 11 de enero de 2013, en el procedimiento 308/2012, por el que declaró herederos de los bienes troncales de la línea paterna de D. Miguel L. L. a sus hermanas de vínculo sencillo D<sup>a</sup> Máxima y D<sup>a</sup> María L. M. y a su sobrina D<sup>a</sup> Delfina L. A. por sustitución legal de su padre D. Bartolomé L. L.

5.- Falleció D<sup>a</sup> María L. M. el 19 de noviembre de 2002 y mediante acta de declaración de herederos de 6 de abril de 2004

ante la Notario D<sup>a</sup> Almudena Romero López fueron declarados herederos abintestato sus tres hijos, D<sup>a</sup> Feliciano-Felisa (conocida como Felisa), D. Matías-Rufo y D<sup>a</sup> Prudencia P. L. D<sup>a</sup> Delfina L. A. renunció a la herencia de su tío Miguel L. L. mediante escritura otorgada ante el Notario de Hospitalet de Llobregat D. Daniel Tello Blanco el 15 de septiembre de 2014, e igualmente renunció D<sup>a</sup> Máxima L. M. a la herencia de su hermano Miguel L. L. a favor de sus sobrinos D<sup>a</sup> Prudencia, D<sup>a</sup> Felisa y D. Matías-Rufo P. L. mediante escritura ante el Notario D. Enrique Vililla Graells el 3 de octubre de 2014.

Finalmente, los únicos herederos con derecho a la herencia de D. Miguel L. L. respecto a los bienes troncales de la línea paterna, D<sup>a</sup> Prudencia, D<sup>a</sup> Felisa y D. Matías-Rufo otorgaron escritura de aceptación de herencia de 28 de octubre de 2014 ante el Notario D. Enrique Vililla Graells en la que incluyeron, entre dichos bienes, la finca sita en R. (Teruel), urbana, casa sita en calle C. n<sup>o</sup> 79, de una superficie de suelo de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m<sup>2</sup>) y construida de ciento treinta y dos metros cuadrados (132 m<sup>2</sup>), consta de planta baja, primera y segunda alzada de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m<sup>2</sup>) cada una, ocupando la edificación la totalidad de los metros de la parcela, siendo advertidos en dicho momento por el Sr. Notario de que en escritura de 21 de mayo de 2009 otorgada por él, D<sup>a</sup> Delfina L. M., viuda de D. Miguel L. L., incluyó dicha finca en el avalúo de la herencia de su esposo como bien no troncal, manifestando que dicha finca había sido adquirida por el matrimonio por compraventa a D. Félix L., padre de su esposo, y sobre ella habían realizado obras de mejora y acondicionamiento, y que posteriormente los herederos de D<sup>a</sup> Delfina incluyeron dicha finca en la escritura de su herencia e inscribieron la misma en el Registro de la Propiedad de Albarracín.

6.- Efectivamente, D<sup>a</sup> Delfina L. M., en estado de viuda de D. Miguel L. L., otorgó escritura de aceptación y adjudicación de herencia de su fallecido esposo el 21 de mayo de 2009 ante el notario de Albarracín D. Enrique Vililla Graells, con el n<sup>o</sup> 253 de su protocolo, en la que, previa liquidación de la sociedad conyugal por la que le correspondía la mitad de los bienes inventariados, todos de naturaleza consorcial, fue declarada heredera abintestato del causante respecto de los bienes no troncales, entre ellos la casa en calle C. n<sup>o</sup> 79 de Royuela, y se adjudicó la otra mitad por herencia.

7.- Falleció D<sup>a</sup> Delfina el 8 de enero de 2011 en estado de viuda de D. Miguel L. L., sin descendencia, con testamento otorgado el 16 de febrero de 2010 ante el Notario D. Enrique Vililla en el que instituyó herederas universales, por partes iguales, a sus hermanas D<sup>a</sup> Julia y D<sup>a</sup> Valentina L. M. Fallecida D<sup>a</sup> Valentina el 18 de febrero de 2011, en estado de casada con D. Paulino D. H., sus hijos D. Jesús, y D. José Luis D. L., junto su padre D. Paulino D. H., como nudo propietarios y usufructuario, respectivamente, otorgaron escritura de aceptación de herencia el 19 de abril de 2011 ante el Notario de Albarracín D. Enrique Vililla Graells con el n<sup>o</sup> 217 de su protocolo, junto con D<sup>a</sup> Julia L., adjudicándose los primeros por sus respectivos derechos los bienes correspondientes a D<sup>a</sup> Valentina por su derecho hereditario sobre la herencia de su hermana Delfina, y D<sup>a</sup> Julia L. la mitad, entre otros bienes, de la casa en Royuela, calle C. 79.

**Segundo.-** La demanda origen de estas actuaciones fue interpuesta por los familiares de D. Miguel L. L. como herederos de sus bienes troncales, entre ellos la casa en Royuela, calle C. 79, frente a los herederos de D<sup>a</sup> Delfina L. que habían incluido la casa en la herencia de ésta como bien consorcial, no troncal, del matrimonio con D.

Miguel L., como había afirmado ella al otorgar la escritura de aceptación de herencia de su esposo.

Frente a la acción reivindicatoria, los demandados, a cuyo nombre figura inscrita la finca en el Registro de la Propiedad, negaban que la misma tuviera la condición de bien troncal pues, si bien era errónea la manifestación de que hubiera sido adquirida por el matrimonio al padre de D. Miguel L., bien pudo éste comprarla antes de casarse a su padre, D. Félix L., quien dividió la paridera entre sus dos hijos, Miguel y Máxima. Afirmaban que, en todo caso, la finca de D. Félix L. era una paridera posteriormente transformada por el matrimonio L.-L. en su vivienda aprovechando solo sus paredes por lo que se trata de un bien totalmente distinto y nuevo, por la construcción de la vivienda, que ya no tiene naturaleza troncal sino que tiene una identidad nueva por la inversión y modificación por el matrimonio, habiendo desaparecido la paridera como tal.

**Tercero.-** La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Teruel fijó como hecho incontrovertido la titularidad originaria de la paridera de D. Félix L. V., fallecido el 31 de enero de 1951, que pasó por mitad a sus hijos Miguel y Máxima. Ésta última no hizo modificación alguna sobre su mitad pero Miguel y Delfina L. M., que habían contraído matrimonio el 30 de junio de 1951, aprovechando el suelo y paredes de la paridera, desmontaron la cubierta y elevaron una planta para constituir allí su vivienda.

Ante la falta de prueba sobre el título por el que D. Miguel L. recibió de su padre D. Félix L. la mitad de la paridera, la sentencia declara que fue por sucesión hereditaria pues falleció el padre seis meses antes del matrimonio de su hijo con D<sup>a</sup> Delfina L., y previamente había dividido la paridera entre sus hijos Miguel y Máxima, y fue acondicionada la mitad de la paridera en

vivienda por el matrimonio con dinero consorcial, ya fallecido D. Félix L. De todo ello declara probado por presunción judicial (artículo 386 LEC) la transmisión del inmueble (la mitad) por título gratuito de herencia de D. Félix L. a su hijo Miguel, y la otra mitad a su hija Máxima.

Afirma la sentencia que se trata de un bien troncal simple por haber sido recibido por el causante a título gratuito de ascendiente o colateral hasta el sexto grado (artículo 528.1 CDFÁ), cuya transformación de paridera en vivienda no supone una alteración sustancial del bien, a diferencia de lo resuelto en la sentencia de 3 de marzo de 2015 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recurso 52/2014, sino la ampliación de una construcción de pueblo a mediados del siglo pasado aprovechando su superficie y cerramiento mediante la retirada de la cubierta y el alzado de una planta más para ampliar su uso de paridera a vivienda.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel confirma que la adquisición del bien por parte de D. Miguel L. no pudo ser por compra constante su matrimonio con D<sup>a</sup> Delfina a su padre D. Félix, dado que éste falleció antes de la fecha de ese matrimonio y, a falta de otras pruebas, no puede presumirse que fuera a título oneroso, por no constar contraprestación alguna.

Sin embargo, declara acreditado que D. Félix L. dividió la paridera, en vida o a su muerte, en dos partes, y que la correspondiente a D. Miguel L. fue reedificada con su esposa D<sup>a</sup> Delfina, construyendo hasta tres plantas donde instalaron su vivienda. Tal transformación, de construcción rústica de una sola planta para el estabulamiento (sic) de ganado, a edificio de tres plantas destinado a vivienda con todos sus servicios, es considerado por la sentencia como transformación no solo física sino jurídica que implica modificación sustancial de su identidad real y económica, hasta el punto de que

no puede sostenerse que el bien que permaneció en la familia sea el mismo que hoy se pretende reclamar. Razón por la que estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia.

**Cuarto.-** El motivo único del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 528, en relación con los artículos 526, 527 y 589 del CDFA, por considerar que las obras realizadas por D. Miguel L. y D<sup>a</sup> Delina L. no suponen una alteración sustancial del bien sino, como se dice en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la ampliación de una construcción de pueblo a mediados del siglo XX aprovechando su superficie y cerramiento mediante retirada de la cubierta y el alzado de una planta más, por más que dicha obra se hiciese para adecuar su uso de paridera a vivienda.

Refiere la parte recurrente que en el acta notarial de 28 de octubre de 2014 el Notario Sr. Vililla describe las fotografías que se acompañan al acta, con los pilares exteriores del mismo tipo (que el de la construcción antigua) y las aguas de las edificaciones originales que vertían en la misma altura y dirección, apreciándose claramente la elevación en una de las casas. De esa descripción concluye el recurrente que no se ha producido una reedificación de tres plantas porque si así fuera podríamos encontrarnos –dice– ante una alteración y modificación sustancial que pudiera asemejarse al supuesto contemplado en la sentencia 9/2015, de 3 de marzo de 2015, recurso 52/2014, pero no es el caso pues en éste se trata del mismo edificio, cuya estructura no se ha visto alterada. Defiende que no hay alteración sustancial que origine un bien de naturaleza distinta al existente porque no se trata de una obra nueva que haya perdido su naturaleza troncal. En apoyo de su recurso cita la sentencia de esta Sala n<sup>o</sup> 5/2016, de 10 de febrero de 2016, y la n<sup>o</sup> 4/2002, de 26 de abril de 2002, así como las de la Audiencia

Provincial de Huesca de 27 de marzo de 2000 y de 23 de mayo de 2006.

**Quinto.-** La cuestión fáctica relativa a la entidad de las obras realizadas en la paridera debe despejarse partiendo de que no se ha interpuesto motivo de infracción procesal por errónea valoración de la prueba al amparo del artículo 469.1.4<sup>o</sup> LEC, que permita declarar con precisión el estado de la edificación como consecuencia de su adaptación o transformación de paridera a vivienda.

La sentencia de primera instancia afirma en su primer fundamento que *«los esposos aprovechando el suelo y las paredes de la paridera desmontaron la cubierta y elevaron una planta, con el propósito, que efectivamente materializaron, de constituir en él su vivienda»*. Y la sentencia de apelación dijo que *«la transformación de una paridera, esto es, una construcción rústica de una sola planta, para el estabulamiento de ganado, en un edificio de tres plantas destinado a vivienda con todos sus servicios, supone una transformación no solo física sino jurídica del bien...»*.

Como se ha recogido en el antecedente 5 del fundamento primero de esta sentencia, en la escritura de aceptación de herencia de 28 de octubre de 2014 ante el Notario D. Enrique Vililla Graells se describe la finca como *«urbana, casa sita en calle C. n<sup>o</sup> 79, de una superficie de suelo de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m<sup>2</sup>) y construida de ciento treinta y dos metros cuadrados (132 m<sup>2</sup>), consta de planta baja, primera y segunda alzada de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m<sup>2</sup>) cada una, ocupando la edificación la totalidad de los metros de la parcela»*.

En el acta notarial de 28 de octubre de 2014 ante el Notario Sr. Vililla las fotografías ponen de manifiesto que se trata de una edificación cuya parte delantera y trasera dan a calles situadas a distinto nivel por lo que en la parte delantera la edificación levanta sobre la planta baja (en la que

hay una puerta y una ventana con reja) una sola planta (con una ventana abierta) respecto a la otra mitad de la paridera, no alterada, en tanto que la parte trasera eleva sobre la baja (donde hay una puerta y un ventanuco) dos plantas (la primera con dos ventanas y la segunda con una ventana), respecto a la paridera original. De ahí que en la escritura de 28 de octubre de 2014 se describan la planta baja, la primera y la segunda alzadas, cada una ocupando los 44 m<sup>2</sup> de la parcela.

Por lo tanto, en la actualidad es una finca de planta baja y dos alzadas, de 44 m<sup>2</sup> cuadrados de superficie cada una de ellas, con destino a vivienda.

Sin duda la transformación realizada por el matrimonio L.-L. es sustancial, tanto por la elevación de dos plantas sobre la baja como por el cambio de destino, de paridera a vivienda. Lo recibido por D. Miguel L. de su padre, a título gratuito, pues así lo declaran ambas sentencias y ya no lo combate en este punto la parte recurrente en casación, fue una paridera, y lo que después fue transmitido a los herederos es una vivienda de las características y superficie indicadas.

La propia parte recurrente afirma que si la actuación consistió en una reedificación de tres plantas podríamos encontrarlos en una situación similar a la contemplada en la sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 2015 (recurso 52/2014). En aquel caso se trataba de una construcción nueva de una vivienda sobre un solar de naturaleza troncal, en tanto que aquí se aprovechó una edificación de solo planta baja destinada a paridera para elevar sobre ella dos plantas alzadas con modificación del uso de toda la edificación, ahora destinada a vivienda. En ambos casos se produjo una modificación sustancial del bien, física y jurídica, similar a la de la citada sentencia de 3 de marzo de 2015 en la que declaramos que la naturaleza troncal del

solar sobre el que se asentó la nueva edificación no se comunicaba a lo edificado.

El artículo 528.1 del CDFR no resulta infringido en la sentencia recurrida pues se declara que la paridera era un bien troncal simple dada su adquisición por el causante a título gratuito, pero también declara que lo que se pretende adquirir como bien troncal es algo bien distinto. Como decíamos en la sentencia de 3 de marzo de 2015, 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. Miguel recibió de su padre a título gratuito fue la paridera, y no otra cosa.

No resulta de aplicación la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2016, recurso 52/2015, como alega el recurrente, por tratarse de supuesto distinto en el que se resolvía un retracto de abolorio sobre un edificio con fincas anejas. Ni la de 26 de abril de 2002, n.º 4/2002, referida igualmente al ejercicio de un retracto de abolorio sobre finca segregada que no había perdido su identidad ni su naturaleza troncal. Y las de la Audiencia Provincial de Huesca de 27 de marzo de 2000 y de 23 de mayo de 2006 valoran en cada caso la menor entidad de obras de rehabilitación y mejora, o el mantenimiento de la identidad de una casa aunque de ella se segregara un pajar.

En consecuencia, debe rechazarse el motivo único del recurso, que resulta así desestimado.

**Séptimo** [sic].- Las costas de primera instancia fueron impuestas a la parte actora por la sentencia de apelación que revocó la de primera instancia, 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 sentido de las sentencias de ambas instancias.

En cuanto a las costas del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expresa imposición de las mismas dada la existencia de dudas de derecho, como resulta del diferente signo de las sentencias de primera instancia y de apelación.

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

#### FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Isabel Pérez Fortea, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Felisa P. L. contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2016, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel, que confirmamos, sin imposición de las costas del recurso.

2º.- Devolver las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

3º.- Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

*pago del impuesto de sucesiones no incide sobre la situación de la herencia: El inventario y avalúo de los bienes de la herencia a efectos del pago «a cuenta» del impuesto de sucesiones, en modo alguno supone aceptar la herencia y renunciar a la fiducia. Se trata de una obligación de exclusivos efectos tributarios, que en nada afecta a la aceptación de la herencia ni a la fiducia. Por decirlo en términos sencillos, nada se hereda hasta que el fiduciario ejecute su encargo decidiendo quién hereda y qué hereda, ya sea por medio de escritura pública como acto entre vivos o en su propio testamento.*

**DERECHO FISCAL:** *Es cierto que en el ámbito tributario la fiducia sucesoria resulta problemática, puesto que al ser esta última una institución basada en una transmisión sucesoria diferida en el tiempo, cuadra mal con el hecho de que los herederos presuntos –que nada reciben en ese momento– estén obligados a liquidar el impuesto de sucesiones como si verdaderamente recibiesen los bienes del comitente desde el momento de su muerte.*

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considera competente, sobre la admisibilidad del mismo, según dispone el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional, pues a tenor del artículo 478, núm. 1º, párrafo 2º, de la mentada Ley procesal, corresponde «a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos

de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad», y examinado el escrito de interposición vemos que en él se denuncia infracción de los artículos 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón.

**Segundo.-** Entrando a conocer sobre las causas de inadmisión expuestas en la providencia, debe comenzarse por la tercera de ellas. Tal como se afirmaba en la providencia dictada para oír a las parte, los motivos de casación guardan escasa relación con lo petitionado en demanda y se centran, fundamentalmente, en el inventario y avalúo de bienes efectuado en 2006, a los exclusivos efectos del pago del impuesto de sucesiones, aplicando legislación fiscal.

Las alegaciones presentadas por la parte recurrente vuelven a reiterar los mismos argumentos utilizados en el recurso de casación. Pese a la falta de una razonable claridad expositiva –a la que luego se hará referencia–, que dificulta la correcta comprensión del recurso, en síntesis se afirma que el inventario y avalúo de bienes llevado a cabo en el año 2006 supuso la aceptación de la herencia de la fallecida por su esposo e hijas, así como el reparto de los bienes entre ellos, con clara renuncia a ejercitar la fiducia.

Como se indicó en la providencia de fecha 2 de febrero de 2017, el inventario y avalúo de bienes efectuado en 2006 lo fue a los exclusivos efectos del pago del impuesto de sucesiones, sin que pueda calificarse, en modo alguno, como un acto de aceptación de la herencia y de renuncia a la fiducia. Ese documento solo obedece a exigencias fiscales, y no tienen incidencia alguna en la sucesión hoy discutida.

Es cierto que en el ámbito tributario la fiducia sucesoria resulta problemática, puesto que al ser esta última una institución basada en una transmisión sucesoria diferida en el tiempo, cuadra mal con el hecho de que los herederos presuntos –que nada reciben en ese momento– estén obligados a liquidar el impuesto como si verdaderamente recibiesen los bienes de fideicomitente desde el momento de su muerte. Pero este hecho de pagar el impuesto «a cuenta», en modo alguno supone aceptar la herencia y renunciar a la fiducia. Se trata de una obligación de exclusivos efectos tributarios, que en nada afecta a la aceptación de la herencia ni a la fiducia. Por decirlo en términos sencillos, nada se hereda hasta que el fiduciario ejecute su encargo decidiendo quién hereda y qué hereda, ya sea por medio de escritura pública como acto inter vivos o en su propio testamento.

Es por ello que todos los motivos de casación del recurso carecen manifiestamente de fundamento, con arreglo al art. 483.2.4º LEC.

**Tercero.-** Además de la falta de fundamento del recurso de casación, adolece de los otros vicios expuestos en la providencia de 2 de febrero de 2017 que también determinan su inadmisión.

Por una parte, la falta en el escrito de interposición del recurso de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 LEC) y, por otra, la acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generan la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC).

**Cuarto.-** La inadmisibilidad del recurso de casación determina que los motivos por infracción procesal habrán de ser igual-

mente inadmitidos, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16ª.1, 5ª, de la LEC, y a la jurisprudencia recaída en su aplicación, entre otras en Auto de la Sala Primera del TS de 30 de marzo de 2004, a cuyo tenor la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo primero, de la LEC.

**Quinto.-** En cuanto a las costas, procede su imposición a la parte recurrente, de acuerdo con lo previsto en los artículos 398 y 394 del citado cuerpo procesal civil.

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

**LA SALA ACUERDA:**

1.- No admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña María Pilar T. D., contra la Sentencia dictada el día 14 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Teruel, en el rollo de apelación número 119/2016, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 341/2014, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Alcañiz (Teruel).

2.- Declarar firme la sentencia antes citada.

3.- Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

4.- Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

**NÚM. 7**

*S. TSJA 6/2017 de 10 de marzo de 2017*

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Carga de la prueba: Doctrina jurisprudencial recogida en la STS de 2/12/2014. Las reglas de distribución de la carga de la prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de tal ausencia a la parte a quien, según aquellas, no le incumbía demostrarlos ni, por tanto, soportar las consecuencias de la falta o deficiencia probatoria. No es eso lo que aquí ha ocurrido. A la parte que pidió la modificación de medidas le incumbía probar los hechos constitutivos de su pretensión, y, según se ha valorado en las instancias, no lo ha hecho. La supuesta infracción de la carga de la prueba no permite la revisión de la valoración de la prueba practicada, salvo si se alegara su irracionalidad. De cualquier modo, como dice el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 1ª del TS de 27/1/2017, es incompatible la alegación de error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 Lec., sobre un mismo hecho.**

**6435: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: EL CAMBIO NORMATIVO NO ES CAUSA DE REVISIÓN: Adoptada la medida antes de la vigencia de la Ley 2/2010, no basta el mero cambio normativo para permitir su revisión; si la voluntad del legislador hubiese sido que ello fuera, en sí, causa de revisión de las medidas, lo hubiera expresado así. Pero, sólo para la custodia compartida hay una tal previsión, y sólo durante el plazo de un año (DT 6ª, apartado 2), transcurrido el cual debe estarse también para la custodia compartida al régimen general indicado en el art. 775 Lec. y alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas. En la**



*STSJA de 17/2/2015 no se dijo que la DT 6ª establezca el carácter retroactivo de la norma del art. 81.3.*

**LIBERTAD DE PACTO:** *En el convenio regulador del divorcio se pactó atribuir al esposo por tiempo indefinido el uso de la vivienda, lo que significa que se estimó que el interés de los menores quedaba debidamente protegido con la estipulación de que pasasen a residir con su madre en el domicilio de su abuela. Lo que era domicilio familiar dejó de serlo para pasar a ser el del padre, destino que ambos titulares (ya fuera por entender que el padre estaba más necesitado de protección o por otras razones) convinieron, en uso de su libertad de pacto. Y sin que pueda ésta limitarse por la norma del art. 81.3 que tiene carácter preeminente dispositivo, pues debe prevalecer el acuerdo que sobre el uso de la vivienda hayan alcanzado los cónyuges salvo, claro está, que se entienda perjudicial para los hijos menores, cuyo interés es materia de orden público.*

**NATURALEZA DEL DERECHO DE USO:** *El derecho de uso de la vivienda se concibe, en general, como una medida de protección de los menores, es decir, se atribuye al cónyuge al que se le ha otorgado la custodia (individual o compartida) de los hijos y precisamente por esa razón. El menor requiere alimentos, y entre los alimentos se encuentra la habitación (STS 19/11/2013).*

**MODIFICACIÓN:** *Los presupuestos que deben concurrir para dar lugar a una modificación de medidas los recoge la STSJA de 13/10/2016. La consecuencia de esta doctrina es que, si no concurren las variaciones necesarias para que puedan ser objeto de nuevo estudio y decisión las medidas matrimoniales ya adoptadas, no cabe hablar de infracción del art. 81.3, al no ser aplicable por falta del presupuesto (el cambio de circunstancias) necesario para su aplicación. Al no haberse acreditado los cambios fácti-*

*cos alegados, era de aplicación el art. 79.5 y no el 81.3, al estarse ante un procedimiento de modificación de medidas y no ante uno de divorcio. Aunque la medida fuera anterior a la vigencia de la Ley 2/2010 (el 8/9/2017), para la revisión (y eventual modificación) de la medida hace falta que se haya producido una modificación relevante de las circunstancias (DT 6ª).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Arts. 217 Lec, 79.5, 81.3 CDF.*

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En fecha 21 de octubre de 2009 se dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo entre actora y demandado, y en ella se resolvió, conforme a lo pactado por las partes, atribuir al esposo por tiempo indefinido el uso de la vivienda, dado que la esposa y los hijos del matrimonio fijaron su residencia en la vivienda de la madre de aquella, en ...

En autos de modificación de medidas recayó sentencia de 4 de febrero de 2014 desestimatoria de la pretensión reconvenicional de la Sra. P. que había interesado la extinción del derecho de uso de la vivienda, apreciando la sentencia que no habían variado las circunstancias que determinaron dicha adjudicación, por lo que debían estar las partes a lo pactado. Dicha sentencia fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de 3 de junio de 2014.

En el procedimiento del que trae causa el presente recurso de casación se ha planteado nuevamente la petición de que se declare la extinción del derecho de uso, para lo que se invocó una modificación de circunstancias consistente en que la madre de la Sra. P., que había acogido a su hija y

nietos en su domicilio, le había instado a abandonar el mismo.

La sentencia de primera instancia, después confirmada, desestimó la demanda al no considerar acreditada la modificación de circunstancias alegada como fundamento de la pretensión.

**Segundo.-** En el primero de los motivos de recurso se alega infracción procesal por vulneración del artículo 217 de la LEC si bien, en el desarrollo de aquel, la recurrente manifiesta su disconformidad con la valoración que, de la prueba documental aportada, lleva a cabo la sentencia.

En relación con el precepto que se dice vulnerado, la STS de 2 de diciembre de 2014 expresó:

En cuanto a la carga de la prueba resulta conveniente tener en cuenta que la Sentencia de esta Sala, de fecha 26 de septiembre de 2008, recogiendo la doctrina establecida en la Sentencia de 12 de junio de 2007, resume la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos: 1.- Para que se produzca la infracción del art. 1214 (actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es preciso que concurren los requisitos consistentes en: a) Existencia de un hecho –afirmación fáctica positiva o negativa– precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y d) Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. 2.- No cabe

*aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad –incoherencia– pero ello afecta, a la motivación y no a la carga de la prueba. 3.- El artículo 1214 del Código Civil (actual 217 de la LEY 2000) no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala, dentro de la cual caben citar las sentencias de 26 y 31 de mayo, 1 y 8 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 2 de marzo de 2007.*

Es decir, las reglas de distribución de la carga de la prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de tal ausencia a la parte a quien, según aquellas, no le incumbía demostrarlos ni, por tanto, soportar las consecuencias de la falta o deficiencia probatoria. No es eso lo que ha ocurrido aquí. Ambas instancias, tras la valoración de la prueba, concluyen que no se ha acreditado el cambio de circunstancias, pues consideran de dudosa credibilidad la carta que se acompañó con la demanda como principal sustento probatorio, y lo mismo el resto de documentos que a ese mismo fin se aportó en el acto de la vista. A la parte que pidió la modificación le incumbía probar los hechos constitutivos de su pretensión, y, según se ha valorado en las instancias, no lo ha hecho. No cabe alegar la vulneración citada para mostrar tan sólo, como hace la parte, la disconformidad con la valoración de la prueba realizada pues, como se ha señalado, la supuesta infracción del «onus probandi» no permite la revisión de valoración de la prueba practicada, que solo cabría por la vía de alegar la irracionalidad de aquella, lo que no hace la recurrente en el recurso que se nos somete. De cualquier modo, es oportuno tener en cuenta lo que en el acuerdo sobre criterios de admisión

de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 de la Sala Primera del Tribunal Supremo se precisa: *es incompatible la alegación de error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre un mismo hecho.*

En consecuencia, y de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal y la contraparte, el motivo se desestima.

**Tercero.-** En el motivo de casación se denuncia infracción del artículo 81.3 del CDFa. Previamente al análisis de la pretensión impugnatoria conviene poner de relieve lo que sigue.

La parte expresó en la demanda que, además de la alegada variación de circunstancias, se había producido asimismo un cambio legislativo, pues había entrado en vigor el artículo 83 del CDFa.

Pero en el recurso de apelación, la parte combatió los pronunciamientos de la sentencia así: «...la petición de que se extinga el derecho de uso sobre la vivienda familiar no se ha tratado de justificar por esta parte en un cambio normativo, sino en una alteración de las circunstancias existentes en el momento de la fijación de las medidas. Ciertamente, la postura de mi mandante es sencilla: la atribución al esposo del uso de domicilio familiar se sustentó en el hecho de que mi mandante y los tres hijos comunes se marchaban al domicilio de la madre de mi representada y por eso no se definió el límite de esa atribución al Sr. S. Si mi mandante y los tres hijos ya no están en ese domicilio, la situación ha cambiado y por eso se solicita que se extinga ese derecho de uso. **En ningún momento, por tanto, se ha indicado que la causa por la que se insta la modificación de circunstancias sea la del cambio normativo (...).** Otra cosa es que a la hora de fundamen-

tar la petición, sea necesario justificar el derecho material aplicable (...).»

La sentencia de apelación, como hemos adelantado, y en congruencia con el planteamiento de la parte, confirmó la de primera instancia por no considerar acreditada la alteración de circunstancias, de modo que entendió no aplicable el artículo 81.3 al faltar el presupuesto para ello.

**Cuarto.-** Debemos recordar nuestra doctrina acerca de los presupuestos que deben concurrir para poder dar lugar a una modificación de medidas. En nuestra sentencia de 13 de octubre de 2016 dijimos:

*De acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013, de 3 de octubre y 17/2013, de 13 de marzo o 10/2015, de 2 de marzo) en interpretación de lo dispuesto en el art. 79.5 CDFa y 775.1 LEC, para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial es inexcusable 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.*

*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.*

*Y la razón por la que las sentencias de ambas instancias rechazan la demanda de modificación es precisamente que no consideran que se haya producido el necesario cambio de circunstancias, (...).*

La consecuencia de esta doctrina es que, si no concurren las variaciones necesarias para que puedan ser objeto de nuevo estudio y decisión las medidas matrimoniales ya adoptadas, no cabe hablar de infracción del precepto del artículo 81.3, al no ser aplicable por falta del presupuesto (el cambio) necesario para su aplicación.

**Quinto.-** La recurrente, después de exponer algunas sentencias de esta Sala en relación con el precepto del artículo 81.3, argumenta del modo siguiente.

En primer lugar, considera que la sentencia debería haber fijado el límite que impone el artículo 81.3 del CDFA en cualquier caso, es decir, tanto para el supuesto de considerar probada la alteración sustancial de las circunstancias como en el contrario. Al no haberlo hecho –en tesis de la parte– se vulnera la interpretación jurisprudencial sobre dicha norma. Con cita de la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2015, aduce que la existencia del pacto donde se atribuía al esposo el uso del domicilio con carácter indefinido no impide que ahora se fije un límite, pues en aquel momento no era de aplicación el 81.3, de manera que si ahora es imperativa la limitación temporal, así ha de acordarse.

Este planteamiento, a la vista de lo reseñado en el fundamento tercero, comporta una variación respecto del realizado en

la instancia, lo que está vedado en casación y por ello habría de dar lugar, sin más, a la desestimación del motivo. En cualquier caso, no tiene razón. Como ha quedado ya expuesto, por la falta de acreditación de los cambios fácticos alegados era de aplicación el artículo 79.5 y no el 81.3, al estarse ante un procedimiento de modificación de medidas y no ante uno de divorcio. Esta segunda norma, de acuerdo con lo dispuesto en la DT Sexta del CDFA, es de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y medidas adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, pero para la revisión (y eventual modificación) de esas medidas hace falta –habremos de reiterarlo– que se haya producido una modificación relevante de las circunstancias. Y no basta con el mero cambio normativo; si la voluntad del legislador hubiese sido que ello fuera, en sí, causa de revisión de las medidas, lo hubiera expresado así. Pero, sólo para la custodia compartida hay una tal previsión, y sólo durante el plazo de un año (apartado segundo de la DT Sexta). En relación con esta cuestión, hemos precisado (así, SSTSJA de 14 de septiembre de 2016, 23 de mayo de 2014 y 3 de octubre de 2013) que, una vez transcurrido el plazo indicado de un año no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia de divorcio, sino que debe estarse al régimen general indicado del artículo 775 de la LEC, de modo que los interesados en la modificación del régimen de custodia que fueran establecidas en el momento inicial de regulación de la situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas.

Lo que en la sentencia de 17 de febrero de 2015 (y la de 21 de octubre de 2014 que en ella se cita) vino a señalarse, es que la

alteración de las circunstancias económicas puede incidir en el pacto sobre la atribución del uso. Pero no se dijo en esa ocasión, frente a lo que aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al recurso de casación, que la DT Sexta establezca el carácter retroactivo de la norma del artículo 81.3.

**Sexto.-** Alega también la parte que nada obsta a su pretensión la existencia de un previo proceso de modificación de medidas (en un momento en el que, por cierto, ya había entrado en vigor la Ley 2/2010) al ser diferentes los motivos para interesar el cambio y encontrarnos, además ante un supuesto en el que *concorre el interés de los hijos menores de edad*.

El alegato tampoco puede tener éxito.

El derecho de uso de la vivienda se concibe, en general, como una medida de protección de los menores, es decir, se atribuye al cónyuge al que se le ha otorgado la custodia de los hijos y precisamente por esa razón. Señala la STS de 19 de noviembre de 2013 que *El principio que aparece protegido en esta disposición (art. 96 cc) es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 CC). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección. Como se expresa en el Preámbulo del CDFA, en la custodia compartida, el criterio de atribución es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia. En los casos de custodia individual se atribuye el uso con carácter general a favor del progenitor que ostente la custodia (a menos que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro).*

En el caso presente, sin embargo, nos encontramos ante un acuerdo que se aprobó judicialmente, lo que significa que se estimó que el interés de los menores

quedaba debidamente protegido con la estipulación de que pasasen a residir con su madre en el domicilio de su abuela. Lo que era domicilio familiar dejó de serlo para pasar a ser el del padre, destino que ambos titulares (ya fuera por entender que el padre estaba más necesitado de protección o por otras razones) convinieron, en uso de su libertad de pacto. Y sin que pueda ésta limitarse, frente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, por la norma del artículo 81.3 del CDFA que tiene carácter preeminentemente dispositivo, pues debe prevalecer el acuerdo que sobre el uso de la vivienda hayan alcanzado los cónyuges salvo, claro está, que se entienda perjudicial para los hijos menores, cuyo interés es materia de orden público.

En suma, la sentencia recurrida no ha vulnerado el artículo 81.3, por lo que el recurso se desestima.

**Séptimo.-** 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.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda el día 25 de octubre de 2016 en el rollo de apelación num. 52/2016.

2. No hacer imposición de las costas del recurso

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

8

### NÚM. 8

S. TSJA 8/2017 de 21 de marzo de 2017

**721: DISPOSICIONES GENERALES DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA: FORMA DE LOS TESTAMENTOS: Testamento hecho en país extranjero:** *Desde la reforma del Título Preliminar del Cc. en 1974, el art. 11 venía siendo la norma general sobre las formas y solemnidades de los actos y negocios jurídicos, incluidos los testamentos. La regulación se completa con lo dicho en el art. 732.1 Cc. sobre el testamento especial hecho en país extranjero por un nacional español. Desde la entrada en vigor en el ordenamiento español del Convenio de La Haya de 5/10/1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (BOE de 17/8/1988), ésta es la norma general de Derecho Internacional Privado aplicable en nuestro ordenamiento, en sustitución de las establecidas por el legislador estatal; su art. 1 contempla una serie de reglas alternativas, todas ellas admisibles, siendo la primera la lex loci actus (como en el 732.1 Cc.). Por tanto, el testamento otorgado por el causante aragonés en Inglaterra y con arreglo a la forma inglesa, es válido, sin que exista obligación legal del testador de sujetarse a la forma exigida por la ley aragonesa (cualquiera admitida por la Ley: 409.1).*

**INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: Competencia de los tribunales de instancia:** *Con arreglo a doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 9/10/2003 y 22/6/2010,*

*en entre otras muchas; STSJA de 29/9/2014), «la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada, arbitraria o contraria al buen sentido». No obstante, como sobre la disposición alegada en el recurso de apelación no hay pronunciamiento expreso en las instancias, procede entrar a determinar cuál era la voluntad del testador. En ella el testador se está refiriendo al contenido del testamento y no a su forma.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 405, 407, 409, 412 CDFA, 11, 695, 699, 732 Cc., Convenio de La Haya de 5/10/1961.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA DE APELACIÓN**

1. Joaquín E., nacido en 1930, contrajo matrimonio en 1956 con Isabel N. M., fruto del cual nacieron las tres hijas ahora demandantes.

2. En noviembre de 2007 Joaquín E. interpuso demanda de divorcio frente a su esposa, siguiéndose autos de divorcio con el n° 1295/2007 ante el Juzgado de Primera Instancia n° 16 de esta capital, que dictó sentencia estimatoria en fecha 25 de marzo de 2008.

3. Desde principios de 2008 Joaquín E. convivió con la demandada María Isabel D. C. en el domicilio que ésta tenía en el barrio de Santa Isabel de Zaragoza.

4. Desde tal momento hasta su fallecimiento acaecido en 22 de noviembre de

2009, Joaquín E. estuvo ingresado en diversos períodos y en diferentes hospitales de esta capital por padecimientos cuya etiología no fue diagnosticada.

5. En tal ínterin se sucedieron diversos incidentes que dieron lugar a la formulación de denuncias cruzadas, siguiéndose juicios de faltas. También se siguieron autos de liquidación de la sociedad conyugal del matrimonio ya disuelto.

6. En marzo de 2009 las demandantes instaron la incapacidad de su padre mediante la oportuna demanda siguiéndose procedimiento de incapacidad ante el Juzgado de Primera Instancia n° 13 de esta capital con el n° 509/2009, demanda que fue contestada por el entonces demandado oponiéndose a tal petición y adjuntando un informe pericial médico forense fechado el día 30 de junio de 2009, que concluía que Joaquín E. tenía conservadas sus capacidades cognitivas y volitivas.

7. En fecha 31 de julio de 2009 Joaquín E. y su entonces pareja manifestaron ante la Notaria de esta capital María Luisa Loren su propósito de contraer matrimonio levantándose la oportuna Acta.

8. En agosto de 2009 la pareja viajó a Birmingham (Inglaterra) instalándose en el domicilio de la hija de la demandada que vivía en tal ciudad con su esposo David C.

9. Ingresado nuevamente Joaquín E. en el pabellón 28 del Hospital Heartlands de la citada capital inglesa, el día 31 de agosto de 2009 otorgó testamento ante la Notaria Laura Helen Delacroix, interviniendo como testigos un compañero de David Cashmore, Shane Richard Reidy, y quien actuó de intérprete en tal instrumento, Jorge Alberto Del Mar. En el referido testamento, fechado el día 28 de agosto, escrito en castellano y en inglés, y que fue leído y comentado por D. Joaquín, se instituía heredera a la demandada María Isabel D. C. a salvo «los derechos de legítima que es-

trictamente puedan corresponder a las hijas, con las que no tiene relación personal alguna y desheredaría en caso de existir causa legal para ello, debido a la ingratitud y falta de cariño demostrada hacia su padre y por las falsedades e insultos que las mismas han proferido con respecto al testador y su prometida».

10. El día 2 de septiembre de 2009 Joaquín E. y María Isabel D. contrajeron matrimonio en la ciudad de Birmingham.

11. El día 22 de noviembre de 2009 falleció Joaquín E. en tal ciudad inglesa.

12. El proceso de incapacitación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n° 13 fue archivado por resolución de 2010.

13. En mayo de 2010 las aquí demandantes interpusieron demanda de nulidad del matrimonio anterior frente a la aquí demandada, dictándose sentencia en fecha 15 de noviembre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia n° 16 de esta capital en autos seguidos con el n° 612/2010-C, por la que se desestimaba la demanda, lo que fue confirmado por la Sección II de la Audiencia Provincial en sentencia de 26 de abril de 2016.

#### **Segundo.- RECURSO DE CASACIÓN**

14. Se interpone recurso de casación por razón de la cuantía, al amparo del art. 477.2.2° LEC y, subsidiariamente, por presentar interés casacional, al no existir doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre el otorgamiento de testamento por un nacional extranjero que ordena su sucesión de manera «clara» y «exhaustiva» conforme a la ley de su vecindad civil, con sometimiento de todas sus disposiciones testamentarias al derecho y Tribunales aragoneses, con exclusión expresa a la aplicación de cualquier Derecho Internacional Privado y su alusión a las

normas de conflicto y reenvío, según se recoge en el recurso.

**Tercero.- PRIMER MOTIVO: INFRACCIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR**

15. Como primer motivo del recurso se alega por el recurrente la infracción del art. 90 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (actual art. 405 CDFA). Afirma que se vulneró la voluntad del testador, expresamente manifestada en el testamento, de someter a la ley de su vecindad civil, vigente en la fecha de su fallecimiento, todas las disposiciones y cláusulas, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado y cualesquiera otras normas de conflicto y reenvío.

Basa esta afirmación en el texto literal de una disposición del testamento que transcribe en el recurso: *«III. Hechas las precedentes declaraciones, el testador, otorga su testamento unipersonal, el cual quiere que valga aun en caso de posible preterición, sin que en ningún caso se pueda entender inoficioso por no respetar los derechos a las legítimas conforme al derecho aragonés, y de manera clara y exhaustiva se respete su última voluntad de someter todas las disposiciones y cláusulas que se mencionan a continuación al derecho y Tribunales aragoneses por ser ésta su ley de vecindad civil, excluyéndose en este sentido de forma expresa la aplicación de cualquier norma de Derecho Internacional Privado y su alusión a las normas de conflicto y reenvío, ...».*

16. En cuanto a la interpretación de esta disposición del testamento debe recordarse con carácter previo que, con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 9 de octubre de 2003 y 22 de junio de 2010 entre otras muchas), «la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente ma-

nifiestamente errónea, desorbitada, arbitraria o contraria al buen sentido (STSJA de 29 de septiembre de 2014; recurso de casación 30/2014)». No obstante, en el presente caso, ni el órgano judicial de instancia, ni el de apelación, se han pronunciado expresamente sobre la citada disposición, alegada en el recurso de apelación, por lo que procede entrar a determinar cual era la voluntad del testador.

17. Basta la simple lectura del texto transcrito en el recurso para comprender que el testador se está refiriendo al contenido del testamento y no a su forma. Su voluntad expresa que las disposiciones y cláusulas del testamento que otorga se sujeten al derecho aragonés y, en caso de controversia o necesidad de ejecución, a los tribunales aragoneses. En modo alguno se refiere a la forma del testamento, habiendo sido el propio testador el que voluntariamente optó por otorgarlo fuera del territorio nacional con arreglo a la *lex loci actus*, en este caso la legislación inglesa. Como se recoge en los hechos probados de la sentencia recurrida, el testamento se otorgó ante una notaría inglesa, y fue leído y comentado por el testador, de tal manera que ninguna duda cabe de que era perfectamente conocedor de que se otorgaba en Inglaterra con arreglo a la legislación de ese país, por lo que no resulta admisible conciliar estos hechos con una supuesta voluntad del testador de sujetar el documento a los requisitos formales de la legislación aragonesa. Por otra parte, es contrario a toda lógica pretender anular el testamento con la finalidad última de respetar la voluntad del testador que, precisamente, se manifiesta en dicho documento.

Por tanto, no se infringió la voluntad del testador y, consecuentemente, tampoco el art. 90 Ley 1/1999 (art. 405.1 CDFA), que no se refiere propiamente a la forma en que debe otorgarse el testamento, sino que, con carácter general, atribuye al testa-



dor una gran libertad para ordenar su sucesión, sin más límites que el respeto a la legítima y las generales del principio *standum est chartae*.

18. En este motivo del recurso también se afirma la obligación de respetar en el otorgamiento del testamento la forma exigida por la ley reguladora de su contenido, en aplicación del art. 11.2 CC. Sostiene el recurrente que esta ley es la aragonesa, por ser ésta la vecindad civil del testador.

Al respecto cabe decir que el art. 11 CC venía siendo, desde la reforma del Título Preliminar por el D. 1836/74, la norma general sobre las formas y solemnidades de los actos y negocios jurídicos, incluidos los testamentos, no resultando de aplicación al contenido de estos actos.

El precepto recoge en su número 1 una pluralidad de conexiones alternativas con la finalidad de favorecer la validez del acto en cuanto a su forma, siguiendo el principio del *favor negotii*. Y en su número 2 establece una excepción al número anterior, de manera que si la ley reguladora del contenido del negocio jurídico configura éste como un negocio formal y la forma exigida tiene carácter constitutivo, ésta habrá de ser aplicada siempre y en todo lugar, si bien podrá serlo con arreglo a la legislación de otro ordenamiento.

La regulación se completa con lo establecido por el primer párrafo del art. 732 CC, que contempla como un supuesto de testamento especial el hecho en país extranjero por un nacional español sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se halle, que es el caso que nos ocupa. Se trata de un desarrollo o aclaración a la regla general en materia de forma de los actos y negocios jurídicos prevista en el mencionado art. 11.1 CC, específicamente referida al testamento.

19. A partir de la entrada en vigor en el ordenamiento español del Convenio de La

Haya de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (BOE 17 de agosto de 1988), ésta es la norma general de Derecho Internacional Privado aplicable en nuestro ordenamiento en materia de forma de los testamentos, de manera que las reglas que contiene han sustituido a las establecidas por el legislador estatal.

El citado Convenio de La Haya contempla en su art. 1 una serie de reglas alternativas en cuanto a la forma de los testamentos, todas ellas admisibles, siendo la primera la *lex loci actus*, de manera que una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la Ley interna del lugar en que el testador hizo la disposición, que es también la posibilidad contemplada en el primer párrafo del art. 732 CC.

20. Por tanto, y en aplicación del art. 1 del Convenio de La Haya, el testamento otorgado por el causante en Inglaterra y con arreglo a la forma prevista por la ley inglesa –cuestión pacífica–, es válido, sin que exista obligación legal por parte del testador de sujetarse a la forma exigida por la ley aragonesa que, por otra parte, tan solo dispone en el art. 409.1 CDFa (art. 94.1 Ley 1/1999) que el testamento unipersonal puede revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la Ley.

Lo expuesto conduce a rechazar el primer motivo de casación.

#### **Cuarto.- RESTANTES MOTIVOS DE CASACIÓN**

21. En el segundo motivo de casación, el recurrente vuelve a reiterar que se ha infringido la voluntad del testador, pero en este caso afirmando que se infringe el principio *standum est chartae*, contemplado en el art. 3 CDFa. Al respecto, baste con reproducir lo ya expuesto en el motivo anterior y, en particular, que la voluntad

del testador fue otorgar su testamento en el extranjero, con arreglo a la *lex loci actus*, perfectamente válida por permitirlo así el Convenio de La Haya, resultando intrascendente la mención del principio *standum est chartae* en el presente caso.

22. En cuanto a la infracción del art. 92.2 Ley 1/1999 (art. 407.2 CDFA) que dispone que el testamento es un acto solemne, en cuyo otorgamiento han de observarse las formalidades previstas en la ley, debe rechazarse, puesto que, como ya se ha reiterado, las formalidades que debían cumplirse en el presente caso, atendiendo a la forma elegida por el causante, eran las propias de la legislación inglesa, y éstas se han observado, cuestión no discutida por el recurrente. También se ha cumplido el derecho foral de Aragón en lo que se refiere al contenido del testamento, en cuanto se ha respetado la legítima, tal como declara probado la sentencia recurrida (FD2°).

23. Por lo ya expuesto en los apartados anteriores deben desestimarse los demás motivos de casación, en los que se alega la infracción del art. 97.1 Ley 1/1999 (actual art. 412.1 CDFA) sobre idioma del testamento; así como los arts. 695 y 699 CC, relativos a la forma del testamento, de aplicación supletoria, en su caso, ante la carencia de una regulación específica completa sobre la forma del testamento unipersonal en el CDFA y anterior Ley 1/1999. Estos preceptos no resultan de aplicación, puesto que el testamento se ha otorgado con arreglo a la legislación inglesa.

Así mismo, y por los argumentos que han conducido a rechazar el primer motivo de casación, carece de todo fundamento la referencia en el recurso a la infracción del art. 101.1 Ley 1/1999 (actual art. 416.1 CDFA), según el cual toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, puesto que la disposición a que se refiere el recurrente

nada tiene que ver con la forma del testamento otorgado.

#### Quinto.- COSTAS

24. De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

VISTOS, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

1. Desestimar el presente recurso de casación núm. 63/2016, interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Mercedes, D<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa y D<sup>a</sup> Susana E. N., contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2016 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. Con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

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

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvase 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.

#### NÚM. 9

S. TSJA 9/2017 de 20 de abril de 2017

642: DEBER DE CRIANZA Y AUTORIDAD FAMILIAR: AUTORIDAD FAMI-

**LIAR REHABILITADA: Constitución de la tutela como excepción:** *El legislador aragonés ha optado por un sistema de protección de la persona incapacitada propio y diferente del establecido en el Código civil, fijando como criterio general la rehabilitación de la autoridad familiar, que había quedado extinguida al cumplir 18 años la hija que resultó incapacitada, pero permitiendo como régimen excepcional la constitución de tutela, conforme al art. 43 del CDFA, que ha sido aplicado por el Juez al constituir la tutela a favor de la madre, en decisión confirmada por la Audiencia. Esta posibilidad constituye una facultad discrecional del juzgador de instancia, que ha de ser suficientemente motivada, y cuya revisabilidad en casación tan solo es posible si se acredita que la decisión adoptada vulnera el ordenamiento jurídico y no existe ninguna correlación lógica en pro del superior interés de la persona incapacitada (STS 341/2014, de 1/7, dictada en aplicación de los preceptos de la tutela del Cc., pero con argumentación trasladable a la cuestión aquí controvertida). Esta decisión no vulnera ningún derecho del padre.*

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**Primero.-** Son hechos relevantes para la decisión del recurso de casación:

1.- Doña María C. F. y Don Pascual Ramón Á. D. contrajeron matrimonio el día 2 de diciembre de 1989.

2.- De dicha unión nacieron dos hijos: Don Diego, nacido el 30 de junio de 1990, y Doña María, nacida el 29 de febrero de 1996.

3.- Doña María nació con lesiones físicas y síquicas, que determinaron un retra-

so mental severo de carácter irreversible. Llegada la edad de 18 años, tiene una edad mental de 5 años, con grado de discapacidad de 80%, afectación de la sicomotricidad, y le ha sido reconocida una dependencia en grado II, nivel I.

4.- Al llegar la mayoría de edad de la joven, D<sup>a</sup> María C. F. instó procedimiento sobre su incapacitación, expresando en la demanda las circunstancias concurrentes como causas para declararla y, en atención a la separación de los cónyuges, solicitó la constitución de tutela para la guarda y protección personal y patrimonial de la citada hija, y que fuera la demandante nombrada tutora. Invocó al efecto lo dispuesto en el art. 200 del Código Civil y los arts. 215.1 y 222.2 del mismo cuerpo legal.

5.- D. Pascual Ramón Á. D. compareció en autos y aceptó los hechos en los que se funda la demanda respecto a la incapacitación de la hija común, aunque se opuso a las razones esgrimidas de contrario respecto a la constitución de tutela y nombramiento de tutora a la madre, solicitando por su parte que en aplicación del art. 42 del CDFA se acuerde la rehabilitación de la autoridad familiar, que será ejercida por ambos progenitores.

6.- El magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza, con competencia en materia de incapacidades, dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2015 en la que, valorando la prueba practicada, estimó que Doña María Á. C. padece un trastorno de inicio en la infancia diagnosticado como retraso mental grave, calificado de muy grave en la escala de deterioro global (GDS) y tiene restringidas sus funciones mentales superiores, especialmente la inteligencia y la voluntad –Fundamento de Derecho Segundo–, por lo que procedía declarar su incapacitación. Seguidamente examina las circunstancias concurrentes, entre las que destaca que «*la madre a día de la fecha es la*

*que de la mejor manera posible no solo es la que ha promovido este procedimiento de incapacitación sino es quien gestionara el largo periplo de médicos, logopedas y psicoterapeutas... amén de ser la persona de referencia para esa hija, teniéndola ininterrumpidamente en su compañía en el domicilio familiar, bajo su cuidado y supervisión»* –Fundamento de Derecho Tercero–, aplica lo dispuesto en el art. 43 del CDFA como excepción a la rehabilitación de la autoridad familiar, y concluye decidiendo la incapacidad total y permanente de D<sup>a</sup> María Á. C. para regir su persona y bienes y nombra como tutora legal de la persona incapaz a su madre D<sup>a</sup> María C. F.

7.- La representación procesal de D. Pascual Ramón Á. D. interpuso recurso de apelación frente a dicha sentencia, fundado en diversas alegaciones que, en cuanto a derecho, discrepan de las razones expresadas por el juez de primera instancia para alterar el orden de preferencia establecido en el art. 116.1 del CDFA, y en cuanto a los hechos disiente de la valoración realizada en la sentencia y estima que su petición de que se rehabilite la autoridad familiar no pretende desconocer el superior interés de la incapacitada, sino que las decisiones adoptadas por la madre no han sido convenientes para aquella. En consecuencia solicita la estimación del recurso y que se revoque el pronunciamiento segundo de la sentencia apelada, dejando sin efecto el nombramiento de tutor y acordando en su lugar rehabilitar la autoridad familiar, que será ejercida por ambos progenitores.

8.- Tramitado el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el que tanto la parte demandante como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso, la Sección Segunda de la expresada Audiencia dictó sentencia de 29 de noviembre de 2016 confirmatoria de la recaída en primera instancia. En su fundamentación jurídica mantuvo las apreciaciones de la recurrida en cuanto a la incapacidad de

Doña María, y respecto de la cuestión debatida estimó que *«no parece la solución más adecuada la rehabilitación de la autoridad familiar de ambos progenitores, solución que, mediando como media una escasa pero conflictiva relación que la psicóloga también ha informado, haría imposible la toma de decisiones y en muchos casos obligaría a acudir a los Tribunales para solventar sus diferencias (art. 156.2 del Código Civil), razón por la que, en la tesitura de tener que elegir entre regla general –rehabilitación de la autoridad familiar– y excepción –tutela–, la Sala, en la perspectiva del superior interés de la incapaz, estima que debe estarse a la segunda, la tutela por la madre, que es con quien siempre ha convivido María y con quien dice la psicóloga que ha de sufrir menos su estabilidad y bienestar, entendiéndose igualmente que su desarrollo psicológico no ha de verse perjudicado por razones como las que el recurrente aduce»* –Fundamento de Derecho Segundo–.

9.- Frente a esta sentencia, D. Pascual Ramón Á. D. ha interpuesto ante esta Sala el presente recurso de casación, fundado en dos motivos, que fueron admitidos.

#### EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO DEL RECURSO

**Segundo.**– El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por inaplicación, del art. 42 del CDFA, en relación con la aplicación indebida del art. 43 de dicho código. En el desarrollo del motivo el recurrente se refiere a la excepcionalidad de la constitución de tutela en el derecho aragonés, frente a la regla general de rehabilitación de autoridad familiar por ministerio de la ley, y considera que en el caso de autos los argumentos expresados en la sentencia de que discrepa no son suficientes para aplicar la excepcionalidad. Estima como criterio fundamental que las decisiones importantes sobre las atenciones que necesita la hija no sean tomadas unilateralmente por la madre, porque esto

podría perjudicar a la incapaz, lo que puede evitarse mediante la rehabilitación de la autoridad familiar, sin perjuicio de lo que decida el juzgado de familia en el proceso de divorcio, que se encuentra suspendido por prejudicialidad civil.

**Tercero.-** La regulación de la incapacidad para regir la persona y bienes viene establecida en el art. 200 y ss. del Código civil que, tras establecer las causas para la declaración judicial de incapacidad y la determinación de su alcance, fija las medidas a adoptar para garantizar los derechos de la persona incapaz, medidas que han de tener siempre en consideración la protección y el superior interés de ésta –sentencias del TS de 29 de abril de 2009, núm. 282/2009 y de 11 de octubre de 2012, núm. 617/2012–.

Respecto al sistema de protección de la persona incapaz, el legislador aragonés ha optado por una regulación propia y diferente de la establecida en el Código civil, fijando como criterio general la rehabilitación de la autoridad familiar, que habría quedado extinguida al cumplir 18 años la hija que resultó incapacitada, pero permitiendo como régimen excepcional la constitución de tutela, conforme al art. 43 del CDFa, que ha sido aplicado por el juez de primera instancia, en decisión plenamente confirmada por la Audiencia Provincial.

A tenor del artículo 42, «*Si el hijo soltero mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, a falta de previsiones sobre autotutela, se rehabilitará por ministerio de la ley la autoridad familiar, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad*».

Y conforme al artículo 43, «*El Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada,*

*puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela*».

Se trata de una alternativa que el legislador permite adoptar al juez, atendidas las circunstancias concurrentes que se describen en el citado precepto, cuando considere que en el caso concreto existen razones que justifican la constitución de la tutela frente a la rehabilitación de la autoridad familiar.

Esta posibilidad constituye una facultad discrecional del juzgador de instancia, que ha de ser suficientemente motivada, y cuya revisabilidad en casación tan solo es posible si se acredita que la decisión adoptada vulnera el ordenamiento jurídico y no existe ninguna correlación lógica en pro del superior interés de la persona incapaz –Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2014, n° 341/2014, dictada en aplicación de los preceptos del Código civil reguladores de la tutela, pero con argumentación trasladable a la cuestión aquí controvertida–.

**Cuarto.-** En el caso de autos no concurren razones para entender que la sentencia de la Audiencia Provincial vulnere los arts. 42 y 43 del CDFa, por las siguientes razones:

a) la citada sentencia tiene en cuenta el contenido de dichos preceptos, la consideración de la rehabilitación de la autoridad familiar como regla general y la excepcionalidad de la constitución de tutela;

b) argumenta fundadamente sobre las circunstancias que concurren en los progenitores de Doña María, que se encuentran inmersos en un proceso de separación conyugal, y que se muestran disconformes a la hora de establecer criterios sobre el tratamiento y la educación de su hija;

c) valora la prueba pericial psicológica practicada en autos y concluye, a su vista,

en la dificultad de la toma de decisiones conjuntas sobre tales aspectos; y

d) finalmente, ponderando los intereses en conflicto y el superior de la protección de la incapaz, estima que debe optarse por la tutela a favor de la madre.

De este modo ha hecho uso de la discrecionalidad que el legislador concede al juez para adoptar una opción en beneficio de Doña María, sin que con tal decisión haya infringido el ordenamiento jurídico, que ha sido aplicado en una de las formas posibles que el legislador aragonés establece para supuestos como el de autos.

Es de considerar, finalmente, que la argumentación de la parte recurrente incurre –en alguno de sus apartados– en petición de principio, haciendo «supuesto de la cuestión» –STS de 24 de enero de 2013, nº 16/2013 y de 4 de febrero de 2016, nº 29/2106– al pretender sustituir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal provincial por su propio criterio, cuando afirma que «no existe prueba objetiva que avale la decisión de elegir la previsión excepcional de constituir tutela a favor de la madre, en lugar de rehabilitar la autoridad familiar de ambos progenitores». Esta argumentación pugna con los hechos probados y no es admisible en la defensa de un recurso de casación.

#### EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO

**Quinto.-** El segundo motivo del recurso de casación se formula por vulneración del art. 90.1 del CDFa, en relación con los arts. 44, 63.1, 72 y 136.2 de dicho código. En el desarrollo del motivo la parte recurrente considera que la sustitución de la rehabilitación de la autoridad familiar por la tutela a favor de la madre supone en la práctica la privación de la autoridad familiar al padre, con lo que quedan vulnerados los derechos que a éste corresponden conforme a los preceptos mencionados.

En trámite de oposición el Ministerio Fiscal manifiesta que la pretendida vulneración del art. 90.1 del CDFa se trataría de una cuestión nueva, introducida ahora en el proceso y que no fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la misma parte recurrente contra la sentencia de instancia, y por ello considera este motivo como inadmisibles –art. 483.2, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, inadmisibilidad que en este momento debería llevar a la desestimación del motivo.

En todo caso, se opone al mismo al considerar que los derechos a que se refiere la parte recurrente solo se producen si hubiere acordado la rehabilitación de la autoridad familiar, caso en el que para privar o apartar de su ejercicio a uno de los progenitores deberían concurrir los supuestos del art. 90.1 del CDFa. La parte recurrida también se opone a la estimación de este motivo.

**Sexto.-** Este motivo del recurso de casación incurre en causa de inadmisibilidad, tal como ha sido denunciada por el Ministerio Fiscal en el trámite conferido y al amparo de lo dispuesto en el art. 483.2, apartado 4º y 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la parte recurrente plantea una cuestión jurídica nueva en casación, que no ha sido objeto de debate procesal en las instancias. La imposibilidad de este planteamiento, en cuanto ha impedido la decisión jurídica en aquellas, con el consiguiente debate contradictorio, es criterio constante mantenido por el TS, en sentencias de 17 de noviembre de 2012, num. 718/2012 y de 16 de octubre de 2014, num. 381/2014, entre muchas otras.

Dicha inadmisibilidad se constituye ahora en causa de desestimación del motivo, desestimación que en todo caso concurriría si se entrase a resolver sobre el fondo, pues la privación de la autoridad familiar a que se refiere el art. 90 del CDFa solo puede producirse cuando dicha auto-

ridad haya sido rehabilitada en los supuestos contemplados en el art. 42 del mismo cuerpo legal, lo que no ha sucedido en el caso de autos, en el que la sentencia recurrida acude a la excepción permitida por el art. 43. En consecuencia, no rehabilitada la autoridad familiar, ningún derecho o status jurídico comprendidos en los preceptos que cita el recurrente son vulnerados por la sentencia objeto de recurso.

#### COSTAS

**Septimo.-** Conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede en este caso no hacer imposición de las costas del recurso, habida cuenta que ha podido presentar dudas de derecho, a la vista de los intereses en conflicto en esta clase de procesos y de la regulación contenida en los preceptos a que se contrae el primer motivo del recurso.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Vistos, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pascual Ramón Á. D., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29 de noviembre de 2016, sentencia que confirmamos.

2. Sin hacer 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 alguno.

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

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

#### NÚM. 10

*A. TSJA de 21 de abril de 2017*

**6436: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: LA MAYOR CANTIDAD PAGADA POR EL PADRE ANTES DEL PROCESO NO VINCULA:** *La decisión de pago que antes del proceso judicial pudiera adoptar el padre deriva de su decisión subjetiva y personal y cuando no sabe si llegará a abrirse procedimiento judicial ni, por tanto, en qué términos se planteará el debate. Por ello, ni por el momento temporal en que se producen, ni por la causa de la decisión coinciden las razones por las que se fija el importe de la pensión judicial y la prejudicial, pues son de naturaleza distinta la decisión preprocesal tomada por el padre y el acuerdo jurisdiccional tomado en la resolución que pone fin a un procedimiento judicial. La mayor cantidad pagada por el padre con anterioridad no supone un acto propio que le vincule.*

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Los factores a valorar al tiempo de establecer el régimen de visitas de los hijos menores de edad en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores son expuestos en doctrina tanto del Tribunal Supremo como de esta Sala, tal y

como indica la parte recurrente en su escrito de alegaciones. Ahora bien, la presencia o no de tales factores y la específica delimitación de cada uno de los que puedan estar presentes en el caso concreto es cuestión conectada inmediatamente con la concreción de los hechos que se plantean en la litis y que se consideran finalmente probados en la sentencia de instancia.

En el caso presente, como indicó la providencia dictada el día 10 de marzo de 2017, el fundamento del recurso de casación presentado no es, realmente, si se observaron los factores legal o jurisprudencialmente establecidos como valorables, sino la concreción del alcance de cada factor y la interrelación entre ellos que resulta de la prueba practicada y de la valoración que de ella ha hecho, en el ámbito de discrecionalidad que le es propio, la sentencia impugnada. Porque, según resulta de lo razonado en la resolución judicial recurrida y, por su referencia, en la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, han sido considerados parámetros tales como el informe psicosocial, la edad de la niña, el lugar de residencia familiar, el cambio de lugar de residencia de padre y madre, la distancia entre los domicilios de uno y otro, los lugares de trabajo de ambos, las limitaciones que puedan derivarse del tipo de trabajo desarrollado por los progenitores, el medio de desplazamiento a utilizar o, en fin, el hecho de que el padre tiene una hija menor nacida de otra relación.

No cabe, por tanto, aceptar la alegación de la parte recurrente sobre la inobservancia en la sentencia recurrida de los factores concurrentes en el caso de que se trata, pues sí fueron valorados, sin que quepa en vía de recurso de casación proceder a reconsiderar el alcance probatorio y la decisión discrecional directamente vinculada a él tomada por el tribunal de instancia, conforme al objeto que para este

recurso extraordinario fija el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Segundo.-** Por lo que se refiere al segundo motivo de recurso de casación, según expone el recurrente en su escrito de alegaciones, la desproporcionalidad e irracionalidad que invoca respecto del importe de la pensión que fue señalada por alimentos de la hija menor se fundamenta en la que considera inmotivada variación respecto de la que en su momento fue establecida en el auto de medidas provisionales, ya que las circunstancias presentes cuando se dictó el auto no han cambiado. Este argumento reconduce así, realmente, no a determinar si existe irracionalidad o desproporcionalidad en la fijación del importe de la pensión, sino a la comparación de los datos de hecho presentes cuando aquel auto se dictó y los concurrentes cuando tiene lugar el pronunciamiento de la sentencia recurrida. Cuestión, en definitiva, de mera valoración probatoria, excluida de poder ser reestudiada en el recurso de casación, en aplicación del citado artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Tercero.-** El tercer motivo de recurso de casación combate el importe fijado como pensión de alimentos con base en que el padre pagaba más cantidad en el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia, lo que, en entender de la parte recurrente, supone un acto propio que le vincula.

La decisión judicial recurrida se adopta en el seno de un procedimiento judicial y por aplicación de las previsiones legales para los casos de ruptura de la convivencia familiar, mientras que la decisión de pago que antes del proceso judicial pudiera adoptar el particular deriva de su decisión subjetiva y personal y cuando no sabe si llegará a abrirse procedimiento judicial ni, por tanto, en qué términos se planteará el debate. Por ello, como indicó la providen-



cia recurrida, ni por el momento temporal en que producen, ni por la causa de la decisión coinciden las razones por las que se fija el importe de la pensión, pues son de naturaleza distinta la decisión preprocesal tomada por el padre y el acuerdo jurisdiccional tomado en la resolución que pone fin a un procedimiento judicial. Por ello carece absolutamente de fundamento la razón base de este motivo de recurso, lo que conlleva su inadmisión por aplicación de lo previsto en el artículo 483 punto 2, apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Cuarto.-** La inadmisión de los motivos del recurso de casación conlleva la inadmisión de los sustentados como motivos de infracción procesal, así como la imposición a la parte recurrente del pago de las costas causadas, según resulta de la disposición 16ª, apartado 5º y artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### ACUERDA

1.- No admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Mónica A. R., contra la sentencia dictada el día 28 de noviembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Huesca en el rollo de apelación nº 320/16.

2.- Declarar firme la sentencia antes citada.

3.- Imponer las costas de este recurso a la parte recurrente.

4.- Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 11

*S. TSJA 11/2017 de 25 de mayo de 2017*

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Valoración errónea de la prueba:** *En la exploración ambos menores expresaron que quieren continuar en el régimen de custodia compartida vigente desde la sentencia de primera instancia y, por ello, resulta ilógico que en el razonamiento de la sentencia impugnada se ignore ese deseo. Tampoco cabe deducir del informe pericial –como hace la sentencia objeto del recurso– la mayor disponibilidad de la madre para el cuidado de los hijos, que es lo que, a la postre, sustenta la decisión de la sentencia de la Audiencia de conceder la custodia individual a la madre. Más lógica sería una deducción en sentido contrario. En consecuencia, se estima el motivo de infracción procesal y se dicta nueva sentencia, lo que se efectúa pronunciando un fallo en los mismos términos que el recaído en primera instancia (custodia compartida).*

**6434. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA INDIVIDUAL: Falta de fundamento:** *El examen detenido de las actuaciones revela que no existe óbice alguno para que se acuerde el régimen legal preferente (custodia compartida): los menores han manifestado su satisfacción con este régimen y su deseo de continuar en él; el informe pericial no pone de relieve ninguna circunstancia que conduzca a considerar que conviene más a los menores la custodia individual. La edad de los hijos (13 y 15 años) no lo es. Los domicilios de los padres, al vivir en una pequeña localidad, son próximos. No hay dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres que obstaculicen la custodia compartida, pese a que en alguna ocasión uno y otro puedan precisar algún apoyo de terceros.*

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En la demanda de la que trae causa el presente recurso de casación, el actor solicitó la custodia compartida de sus dos hijos: Asier, nacido el 2 de marzo de 2002, e Ylenia, nacida el 27 de junio de 2004. La esposa se opuso y solicitó –en lo que ahora interesa– la custodia individual para ella.

La sentencia de primera instancia, valorando las circunstancias concurrentes y especialmente, la aptitud y disponibilidad de los progenitores y la voluntad y deseos de los hijos, acordó un régimen de custodia compartida.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial –que ahora se recurre– estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada otorgándole la custodia individual de sus hijos, para lo que razonó así:

«Reitera la demandada la falta de capacidad del padre para asumir responsablemente el cuidado diario de los menores, por su amplio horario laboral, porque desconoce sus requerimientos habituales de todo orden, al no haberse hecho cargo nunca del mismo y haber delegado en ella su crianza desde su nacimiento, en especial las obligaciones académicas, y mantener determinados hábitos que podrían incidir negativamente en los menores (consumo de sustancias tóxicas).

El actor ha reconocido dicha delegación en la madre, hasta la ruptura conyugal.

El informe psicológico practicado en el proceso constata la escasa disponibilidad del padre por sus horarios laborales, lo que le obligaría a delegar habitualmente sus cometidos de cuidador en terceros, llevando a modificar con ello las rutinas habituales de los menores (f. 142 de las actuaciones). Por otro lado, pese a que la Sentencia rechaza de plano las alegaciones sobre comportamiento inadecuados del padre,

lo mismo que la perito, solo reseñar que consta aportada en la Pieza de Medidas una resolución administrativa sancionadora por alteración del orden, de 26-3-2014 y, en esta alzada, otra sanción por conducción con una tasa de alcohol entre 0,26 y 0,50 mg y el 28-3-15 y por circular a velocidad superior a la permitida el 31-5-2014.

(...).

Los menores alegaron en la exploración practicada en esta alzada, haber sido traídos a la misma por su padre, desear que cese la conflictividad entre sus padres, señalando, especialmente Asier, que quiere que estos sepan que ellos están bien con lo que se acuerde con el juzgado y que no deben preocuparse, especialmente su madre, por su estado, porque si ellos dos están bien, él también estará bien, con lo que se haga finalmente.

Han alegado que su padre no ha dejado de trabajar, ni ha variado su horario laboral, pese a lo que paradójicamente manifiestan que él hace todas las tareas de la casa, llevándose bien con ambos.

(...).

La Sra. Psicóloga aconseja que los hijos permanezcan con la madre con un amplio régimen de visitas (f.143) con el padre. Esta sala, **pese a los buenos deseos de conciliación de los hijos, que solo pretenden evitar conflictos entre sus progenitores**, intentando contentar a uno y a otro, expresando lo que cada uno quiere oír, valorando los deseos del padre de pasar mayor tiempo con los menores, cuya mayor presencia echan estos en falta, en interés de los mismos, y para procurar su correcto desarrollo y estabilidad, **considera más conveniente la custodia individual materna, por gozar de mayor disponibilidad la madre para asumir su cuidado cotidiano y afrontar todos los requerimientos que el mismo exige, situación en la que estaban**

**perfectamente adaptados**, social, familiar y académicamente (art. 80 CDFa)».

(El resalte es nuestro).

**Segundo.-** El motivo de infracción procesal se formula con amparo en el artículo 469.1 4º LEC, por vulneración del artículo 24 de la CE. Considera la parte que la Sala ha incurrido en una valoración irracional y manifiestamente errónea de la prueba practicada. Indica, después de transcribir algunos párrafos del informe pericial, que éste ha sido valorado arbitrariamente. En cuanto a la exploración de los menores, señala que ninguna de las afirmaciones que se recogen en la sentencia como realizadas por aquéllos, coincide con lo que realmente expresaron, de acuerdo con lo reflejado en las actas correspondientes.

El resultado de la prueba de exploración de los menores aparece recogido en las actas obrantes a los folios 35 y 36 de los autos. Ahí consta que Ylenia dijo:

«Que las casas de sus padres están muy cerca, este mes están con su padre, que a su madre la ven siempre que quieren, que cuando vuelven del colegio su padre ya tiene la comida preparada y les ayuda con los deberes, que está a gusto con este sistema, un mes con cada uno de sus padres, que a los abuelos también los ven, que no necesita ningún cambio, que está bien así, que están contentos y quieren seguir así».

Y Asier dijo:

«Que este mes están con su padre en A., que van al Instituto en autobús y cuando vuelven a las 3 del Instituto su padre tiene la comida preparada, que está a gusto con este sistema de estar un mes con cada uno de sus padres, que se lleva bien con su madre pero mejor con su padre, con su hermana se lleva bien, que está bien así y no quiere ninguna modificación».

Resulta evidente que lo esencial, y en lo que coinciden ambos menores, es que quieren continuar en el régimen de custodia compartida vigente desde la sentencia de primera instancia. Y por ello, resulta ilógico que en el razonamiento de la sentencia se ignore ese deseo, claramente manifestado, y se sustituya por una referencia a la voluntad de los menores de evitar conflictos entre sus padres que, ni parece que sea lo único que pretenden, ni se recoge en el acta de la exploración. Esta consideración, por sí sola, permite la estimación del motivo de infracción procesal. Pues, en efecto, queda comprometido el derecho de la parte a la tutela judicial efectiva.

Y a parecida conclusión se llega tras la comparación entre lo que del informe pericial extracta la sentencia, que hemos de tomar *cum grano salis*, y la lectura completa del mismo que obra a los folios 139 y ss. de los autos. La experta dedica la primera parte del informe a recoger las manifestaciones de cada uno de los cuatro miembros de la familia. De esta parte hemos de destacar, por lo que luego diremos, lo que se indica a propósito del Sr. V.:

«Reside en A. (Zaragoza) en una vivienda propiedad de sus padres. Trabaja como autónomo para una empresa aseguradora, de lunes a viernes. Refiere que no tiene horario establecido, trabaja en función de los siniestros y él organiza su horario teniendo en cuenta el de sus hijos. Cuenta con el apoyo de su madre y de sus hermanos en el cuidado de los menores».

Y por lo que concierne a la Sra. L., se dice:

«Vive en el domicilio familiar de A. (Zaragoza) con sus hijos. Ha empezado a trabajar para el Ayuntamiento de A., durante 4 meses, en turnos de tres días, de 9 a 13 horas el primero, de 16 a 21 horas el día siguiente y descanso el siguiente.

Cuenta con el apoyo de su familia que reside en A.».

A continuación se expresa en dicho informe pericial:

«De la valoración de la situación familiar se extrae que los menores muestran una adecuada vinculación afectiva con cada uno de los progenitores y no aprecian diferencias en el trato recibido de ellos.

Para los menores es positivo y necesario poder crecer contando con la presencia continuada de su madre y su padre, participando ambos de las tareas de crianza y del seguimiento de todas sus rutinas.

Ambos progenitores poseen recursos personales para afrontar el cuidado de los menores, lo que hace que puedan cubrir las necesidades afectivas y de desarrollo de los mismos. Igualmente no se aprecian en ellos problemas psicológicos que puedan limitar el mantenimiento de una relación extensa con sus hijos.

Igualmente, ambos necesitan apoyos para compaginar su vida familiar y laboral, disponiendo ambos de apoyos familiares.

Por todo ello, considero que los progenitores podrían hacer un uso compartido de la custodia de sus hijos.

Aunque el progenitor ha adaptado sus horarios laborales a las necesidades de los menores en los períodos que comparten, de la valoración de su relato y rutinas, se extrae que su disponibilidad real sea a partir de las 17 horas. Por ello establecer períodos alternos de custodia supondría que el uso de apoyos familiares sería necesario de manera continuada en los períodos anteriores a esa hora, llegando a convertirse en cuidadores principales, además de introducir modificaciones en sus rutinas cuando la progenitora tiene disponibilidad en ese período.

Por ello, considero que Asier e Ylenia podrían beneficiarse de un sistema de custodia en el que uno de los progenitores fuese el apoyo del otro en el cuidado de los menores haciendo uso de los apoyos en momentos puntuales.

Teniendo en cuenta además que el entorno en el que viven facilita el contacto de los menores con el progenitor no custodio en todo momento».

Pues bien, en absoluto cabe deducir del informe pericial -que atiende a lo expuesto por los propios progenitores- y pese a que así se afirme en aquél, la mayor disponibilidad de la madre para el cuidado de los hijos, que es lo que, a la postre, sustenta la decisión de la sentencia. Más lógica sería una deducción en sentido contrario. La madre, según se desprende de sus propias manifestaciones, no estará disponible para sus hijos hasta las 21 horas el día que le toque turno de tarde, en tanto que el padre (no cuestionándose que trabaje como autónomo) puede organizarse para acomodar su horario al de sus hijos; así lo dijo y es verosímil, y además coincide con lo que los hijos afirmaron en la exploración.

En consecuencia con lo expuesto, se estima el motivo de infracción procesal.

**Tercero.-** La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7ª de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

En el motivo de casación la parte aduce infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 y la doctrina de esta Sala que lo interpreta.

El tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente. El examen detenido de las actuaciones revela que no existe óbice alguno para que se acuerde el régimen legal preferente.

Como ha quedado ya expuesto, los menores han manifestado su satisfacción con el régimen de custodia compartida recién instaurado y su deseo de continuar así. El informe pericial no pone de relieve circunstancia (real) alguna que conduzca a considerar que conviene más a los menores la custodia individual. La edad de los hijos (13 y 15 años) no lo es. Los domicilios de los padres, al vivir en una pequeña localidad, son próximos. No hay dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres que obstaculicen la custodia compartida, pese a que en alguna ocasión uno y otro puedan precisar algún apoyo de terceros. Frente a lo que se afirma en la sentencia recurrida, no se constata en el informe pericial «la escasa disponibilidad del padre por sus horarios laborales»; meramente se dice (sin mucho fundamento) que su disponibilidad real sería a partir de las 17 horas. Aunque fuera así, y dada la edad de los hijos y que salen del colegio a las 15 horas, eso tampoco representaría un inconveniente para acordar el régimen de custodia compartida.

**Cuarto.-** La estimación del recurso conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas; y tampoco en cuanto a las causadas en las instancias.

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

#### FALLO

**Primero.-** Estimar el recurso de casación por el motivo de infracción procesal formulado por la representación legal de D. Jesús Ángel V. V. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 2 de

diciembre de 2016 recaída en el rollo de apelación número 538/16, que casamos y anulamos.

**Segundo.-** Dictar nueva sentencia, lo que se efectúa pronunciando un fallo en los mismos términos que el recaído en primera instancia.

**Tercero.-** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en las instancias y en el presente recurso.

**Cuarto.-** Se hará entrega al recurrente del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

#### NÚM. 12

*S. TSJA 12/2017 de 1 de junio de 2017*

**6434. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA COMPARTIDA: Arraigo familiar del hijo: *La sentencia recurrida considera un hecho contrario a la custodia compartida que la madre se haya encargado de la hija desde su nacimiento. Entiende el TSJA, en cambio, que tal hecho, que es una obviedad, no justifica que por tal motivo se deba privar a la niña de tres años de una relación con ambos progenitores en términos de igualdad.***

**Conciliación de la vida familiar y laboral: *En la sentencia recurrida se contraponen la mayor disponibilidad de la madre por su situación de desempleo frente a la de***

*un padre que trabaja a turnos. Contraponer ambas situaciones puede suponer un prejuicio respecto a quien está en situación de actividad laboral, que no justifica que se le aparte de la custodia compartida. No se explica la razón por la que el padre que trabaja a turnos no va a poder guardar y custodiar adecuadamente a su hija (dispone del apoyo de la abuela paterna). Por lo demás, en una pareja joven y trabajando habitualmente ambos, la situación de desempleo de uno de ellos debe ser entendida como situación coyuntural y no se puede adoptar la decisión de privar por ello de la custodia compartida, adoptando una decisión igualmente coyuntural que dejará de tener vigencia en el momento en que ambos trabajen.*

**Preferencia legal:** *Si en la ley aragonesa el punto de partida es que el interés del menor se satisface mejor con el sistema de custodia compartida (art. 80.2, Preámbulo 10 CDFA, doctrina jurisprudencial: SSTSJA 16/2015, 11/2015, 1/2014, entre otras), significa que en los casos de ruptura así queda identificado, legalmente, el interés del menor y se prefiere que continúe la relación de los menores con ambos progenitores en términos que garanticen a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad (art. 80.1.2 CDFA). Por ello, solo si el examen de los criterios señalados en el art. 80.2 CDFA permite acreditar, con una motivación reforzada, que, a pesar de la preferencia legal, el interés del menor exige el régimen de custodia individual, será éste el adoptado. No basta a tal fin la motivación de mera oportunidad.*

**Falta de fundamento de la custodia individual:** *Las decisiones para obviar al régimen legal preferente no se pueden tratar como opciones de oportunidad mediante apreciaciones genéricas sobre si la mayor disponibilidad o la situación laboral de cada uno de los progenitores pueden parecer*

*mejores o peores para los menores pues, en términos generales y legales, ha de partirse de que el mejor régimen es el de custodia compartida. Y el de custodia individual requerirá una justificación concreta de que en ese caso los datos de hecho exigen tal régimen, y tal justificación es la que no existe en el presente caso (niña de tres años que acude a guardería, más disponibilidad de la madre en situación de desempleo frente a un padre que trabaja a turnos, madre que desde el nacimiento se ha encargado de la niña). Voto particular.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80 CDFA.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben tenerse en cuenta los siguientes:

1.- De la relación entre actor y demandada nació una niña, Guadalupe, el ... de 2013.

2.- Por denuncia de D<sup>a</sup> Alejandra el Juzgado de Violencia nº 2 de Zaragoza instruyó Diligencias Urgentes/Juicio Rápido 136/2015 recayendo auto de 27 de abril de 2015 en el que se acordaron medidas de protección de carácter civil consistentes en atribuir la custodia de la menor a la madre, fijar un régimen de visitas para el padre de fines de semana alternos desde las 17 horas del viernes a las 20 horas del domingo, y pensión de alimentos para la hija de 250 euros mensuales. La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza de 30 de junio de 2015 absolvió a D. Gonzalo del delito de amenazas de carácter leve en el ámbito familiar.

3.- El 28 de mayo de 2015 presentó el padre la demanda sobre guarda y custodia de la menor de la que deriva el presente procedimiento solicitando, en lo esencial, el régimen de guarda y custodia compartida de la hija común.

**Segundo.-** La sentencia de 15 de abril de 2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 desestimó la demanda y confirmó la custodia individual atribuida a la madre, con ampliación del régimen de comunicación y visitas entre padre e hija, en fines de semana alternos desde el viernes a la salida de la guardería/colegio hasta el domingo a las 20 horas, y dos tardes intersemanales, martes y jueves, desde la salida de la guardería/colegio o, caso de no ser lectivo, desde las 17 horas hasta las 20 horas. Y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.

Respecto al padre, afirma la sentencia: *«No se discute ni se cuestiona la capacidad e idoneidad del Sr. Gonzalo para el ejercicio de la guarda y custodia de la hija común, esto es, de sus habilidades para satisfacer las necesidades ordinarias y diarias de la menor».*

Respecto a la edad de la menor dice la sentencia: *«La circunstancia de la corta edad del menor, que se encuentra en la primera infancia, no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, habida cuenta que la niña no requiere una especial atención por parte de la madre y que asiste a una guardería desde septiembre de 2015, según manifestaron las letradas de ambas partes en fase de conclusiones en el acto de la vista».*

En cuanto al factor legal de la conciliación de la vida familiar y laboral, constata la sentencia que la madre figura como demandante de empleo desde 4 de mayo de 2015 y tiene reconocida una prestación de desempleo por importe de 426 euros entre el 5 de mayo de 2015 y el 4 de abril de 2016. Y que el padre trabaja con contrato

indefinido a tiempo completo desde el 5 de junio de 2015 en tres turnos de mañana, tarde y noche y disponibilidad los sábados, contando, según su defensa, con ayuda de su madre (abuela paterna).

A la vista de tales datos advierte la sentencia la dificultad del padre de conciliar la vida familiar y laboral por razón de su jornada laboral, aun cuando pueda disponer de la ayuda de su familia extensa, en tanto que la madre tiene plena disponibilidad en este momento, *«al no desempeñar ninguna actividad laboral desde hace casi un año, así como la especial atención y dedicación que demanda o precisa la menor, dada su corta edad, y la relevancia de mantener unos hábitos y rutinas en su vida cotidiana que garanticen su estabilidad y su adecuado desarrollo evolutivo».*

Por tal motivo, la sentencia considera más adecuado al interés de la menor mantener el régimen actual de custodia exclusiva a favor de la madre y, al mismo tiempo, no aprecia ningún impedimento, falta de actitud o capacidad, para que el padre tenga contacto más frecuente y fluido con la niña, por lo que señala, con el fin de fomentar la relación paternofamiliar, un sistema de visitas amplio, de fines de semana alternos, de viernes a domingo, y dos tardes entre semana, más mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

**Tercero.-** Interpuso recurso de apelación el actor y la sentencia de 11 de noviembre de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza lo estimó parcialmente en el sentido de, manteniendo la custodia individual materna, añadir en la medida primera del fallo que, una vez la menor cumpla los 5 años de edad, podrá plantearse la posibilidad de fijar la guarda y custodia compartida previos los informes de los profesionales que se estimen pertinentes.

Se expresan así las razones para mantener la custodia materna:

*«En el presente supuesto se trata de una menor, Guadalupe, de tres años de edad, la menor desde su nacimiento ha estado al cuidado de la madre, ésta no trabaja en la actualidad, teniendo amplia disponibilidad para el cuidado de su hija, el recurrente dispone de un empleo estable, trabajando a turnos (mañanas, tardes y noches) en los que se incluyen los sábados en ocasiones, según se refleja en las nóminas aportadas... aun cuando dispone de ayuda familiar, tampoco se cuestiona la capacidad de ambos progenitores para el cuidado de la menor, en todo caso en la situación actual, atendiendo a la edad de la menor, la disponibilidad de ambos progenitores y que la madre ha sido la encargada del cuidado de la menor desde su nacimiento, lo más adecuado en beneficio de la menor es mantener la custodia individual materna, sin perjuicio de que una vez la niña alcance la edad de cinco años pueda plantearse la posibilidad de fijar una custodia compartida, previo los informes de los profesionales que se estimen pertinentes, procediéndose en suma a la estimación parcial del recurso».*

**Cuarto.-** El recurso de casación articula un primer motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 80.2 del CDFA. El segundo, como se dijo en trámite de admisión en el auto de 16 de marzo de 2017, no cumpliría por sí solo el requisito de estar fundado en infracción de norma sustantiva aplicable y solo cabía ser considerado como justificación auxiliar del primero, para su estudio conjunto. Alega el recurrente que el factor de la edad de la niña no es determinante para fijar la custodia individual, como apreció la sentencia del juzgado al declararlo así expresamente, porque acude a guardería desde septiembre de 2015 y no precisa especial atención de la madre.

El Ministerio Fiscal, tras cita de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la preferencia legal de la custodia comparti-

da, establecida como presunción legal que no permite al órgano judicial fijar discrecionalmente una u otra, destaca igualmente que las sentencias de esta Sala priorizan la aptitud y actitud de los progenitores para el cuidado de los hijos como criterio para atribuir la custodia compartida como preferente. Afirma que en el caso concreto las sentencias de primera instancia y de apelación reconocen la aptitud y actitud del padre para el cuidado de la niña, y considera que la edad de ésta no parece determinante, como lo recoge la sentencia de primera instancia, porque acude a una guardería, y cita en ese sentido las sentencias de esta Sala 30/2012, de 28 de septiembre (recurso 14/2012) y la 29/2012, de 25 de septiembre (recurso 15/2012).

Pone énfasis el Ministerio Fiscal en el criterio de la difícil conciliación de la vida familiar y laboral del padre por su trabajo a turnos, frente a la mayor disponibilidad de la madre por estar en situación de desempleo. Muestra su discrepancia con la preferencia para otorgar la custodia individual a quien no trabaje, en cuanto pueda sugerir a los progenitores no esforzarse en conseguir trabajo, cuando lo que debe potenciarse es la armonización del trabajo efectivo de los padres con la educación integral de los hijos haciendo uso, en su caso, de la ayuda de la familia extensa. Concluye que se debe estimar el recurso de casación y otorgar la custodia compartida.

La representación de la madre muestra su conformidad con los criterios señalados en la sentencia recurrida para fijar la custodia individual a su favor, especialmente el de la edad de la niña (4 años en ... de 2017), y el hecho de haberse ocupado de ella desde su nacimiento.

**Quinto.-** Debe partirse de que la mejor realización del beneficio e interés de los menores exige (Preámbulo, 10, del CDFA) que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa tras la ruptura y



que la nueva situación les requiere un mayor grado de diligencia en ejercicio de sus deberes con los hijos, por lo que se configura la custodia compartida frente a la individual como norma preferente, con lo que se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

Así lo ha declarado esta Sala, como sistema que mejor atiende al interés del menor (Sentencias, entre otras muchas, de 6 de junio de 2012 nº 22/2012), de 10 de enero de 2014 (nº 1/2014), y 6 de abril de 2015 (nº 11/2015).

Para juzgar si el tribunal de apelación ha aplicado correctamente el criterio preferente, hemos dicho en reiteradas sentencias (por todas la nº 16/2015, de 27 de mayo, recurso de casación 8/2015):

*«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 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 CDFIA: «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 rele-*

*vancia 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.»*

Y también el Tribunal Supremo, sin norma que establezca preferencia por un concreto sistema de guarda, considera que el examen del principio de necesaria observancia del interés del menor permite comprobar si es aplicado correctamente para, en otro caso, modificar el de custodia individual, y se pronuncia ya reiteradamente en la misma línea de considerar que este principio se consigue por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, lo que determina en dichos supuestos la adopción del régimen de custodia compartida por salvaguardar mejor el interés de los menores. Lo expresa así su sentencia nº 495/2013, de 19 de julio de 2013, recurso 2964/2012, interpretando el artículo 92.8 del Código civil:

*«La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC, art. 5 EDL 1889/1, art. 6 EDL 1889/1, art. 7 EDL 1889/1, art. 92 EDL 1889/1, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores*

*una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.*

*Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel».*

Si en la ley aragonesa el punto de partida es que el interés del menor se satisface mejor con el sistema de custodia compartida, significa que en los casos de ruptura así queda identificado, legalmente, el interés del menor y se prefiere que continúe la relación de los menores con ambos progenitores en términos «que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad» (artículo 80.1, segundo párrafo, CDFA). Y solo salvo que la custodia individual sea más conveniente podrá ser éste el sistema de guarda que se adopte, lo que sin duda exige una motivación reforzada que justifique la razón por la que se excepciona el régimen legal. La otra opción, que es la de analizar en términos de igualdad (o no preferencia) el sistema de custodia compartida y el de custodia individual, supone desconocer el criterio legal de preferencia. Y la motiva-

ción de mera oportunidad no bastará para justificar la decisión entre una opción u otra.

Por ello, solo si el examen de los criterios señalados en el artículo 80.2 CDFA permite acreditar que, a pesar de la preferencia legal, el interés del menor exige el régimen de custodia individual, será éste el adoptado.

**Sexto.-** En el presente caso la sentencia de apelación, siguiendo a la de primera instancia, parte de que no se discute la capacidad e idoneidad del padre para el ejercicio de la guarda y custodia de la hija común, esto es, de sus habilidades para satisfacer las necesidades ordinarias y diarias de la menor.

Respecto a la edad de la menor, no se modifica la apreciación de la sentencia de primera instancia de que no es determinante para rechazar la custodia compartida ya que asiste a la guardería y no precisa especial atención de la madre, pero da relevancia al hecho de que la niña ha estado al cuidado de la madre desde su nacimiento y que ésta tiene mayor disponibilidad ya que no trabaja.

Como destaca el representante del Ministerio Fiscal, ya en las sentencias de esta Sala nº 29/2012, de 25 de septiembre, recurso 15/2012, y nº 30/2012, de 28 de septiembre, recurso 14/2012, en ambos casos relativas a niños de tres años de edad que acudían a guardería, se declara que esa edad no resulta, por sí sola, determinante para rechazar la custodia compartida sin otros factores adicionales que impongan una especial atención de la madre. La sentencia recurrida no fija ningún hecho del que, en la misma situación que examinábamos en dichas sentencias, resulte contrario al interés del menor la custodia compartida, salvo que la madre tiene más disponibilidad porque no trabaja y que desde el nacimiento se ha encargado

de ella, lo que es una obviedad que no justifica que por tal motivo se deba privar a la niña de una relación con ambos progenitores en términos de igualdad. De hecho, la sentencia de apelación prevé tal posibilidad cuando transcurran dos años más, sin expresar motivos que abonen que la custodia individual será menos conveniente entonces, o que la custodia compartida será más conveniente.

Ya hemos dicho en otras ocasiones que la ruptura de las relaciones de los progenitores necesariamente ha de significar un cambio en la vida y rutina de los menores, pero no justifica la sentencia recurrida la razón por la que el mantenimiento de la rutina de la menor sea preferible a la custodia compartida, como sistema que legalmente salvaguarda su preferente interés, que garantiza además la relación con ambos progenitores en términos de igualdad. Ningún dato se aporta de que en el caso concreto el mantenimiento del estado anterior y de la rutina vaya a resultar más beneficioso o, dicho de otra forma, que el cambio de rutina perturbe a la niña de tal forma que exija privarle de la custodia por ambos progenitores.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2013, nº 761/2013, recurso 774/2012, ante la afirmación de la sentencia de apelación de que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con un generoso régimen de visitas, dice en apoyo del régimen de custodia compartida:

*Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de los parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegu-*

*rar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarle al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos».*

Ciertamente, en la sentencia recurrida se liga lo anterior con la mayor disponibilidad de la madre por su situación de desempleo frente a un padre que trabaja a turnos. Como expone el Ministerio Fiscal, contraponer ambas situaciones puede suponer un prejuicio respecto a quien está en situación de actividad laboral, que no justifica que se le aparte de la custodia compartida. Por lo demás, en una pareja joven y trabajando habitualmente ambos, la situación de desempleo de uno de ellos debe ser entendida como situación coyuntural y no se puede adoptar la decisión de privar por ello de la custodia compartida, adoptando una decisión igualmente coyuntural que dejará de tener vigencia en el momento en que ambos trabajen. El régimen de custodia compartida exige también una situación de estabilidad que no debe ser modificada en función de que alguno de los progenitores se encuentre en desempleo, salvo que se acredite que ello (las sucesivas modificaciones) resulta más conveniente para el menor.

El trabajo del padre a turnos, que en la sentencia de primera instancia presuponia dificultad en la conciliación de la vida laboral y familiar a pesar de disponer apoyo de la abuela paterna, no adquiere tal relevancia en la sentencia recurrida que, como hemos visto, aprecia en mayor medida la amplia disponibilidad de la madre por su situación de desempleo. No se explica la razón por la que aquellas personas que

trabajen a turnos (cadenas de producción, servicios de vigilancia, cuerpos de seguridad, hospitales, etc.) no vayan a poder guardar y custodiar adecuadamente a sus hijos menores, volviendo a incidir en una situación de perjuicio que exige que en cada caso se justifique la concreta razón por la que no podrá cumplir tal tarea dicho trabajador.

En definitiva, las decisiones para obviar al régimen legal preferente no se pueden tratar como opciones de oportunidad mediante apreciaciones genéricas sobre si la mayor disponibilidad o la situación laboral de cada uno de los progenitores pueden parecer mejores o peores para los menores pues, en términos generales y legales, ha de partirse de que el mejor régimen es el de custodia compartida. Y el de custodia individual requerirá una justificación concreta de que en ese caso los datos de hecho exigen tal régimen, y tal justificación es la que no existe en el presente caso por lo que la sentencia recurrida se aparta, injustificadamente, del criterio legal y, por ello, infringe el artículo 80.2 CDF.

**Séptimo.-** Consecuencia de lo expuesto en los precedentes fundamentos ha de ser la estimación del recurso de casación, lo que da lugar a casar y anular la sentencia recurrida. Esta Sala, asumiendo la instancia y como consecuencia de establecer el régimen de custodia compartida de la menor, debe señalar algunas medidas que han de acompañar al mismo.

Para adecuar de la mejor forma posible el régimen de estancias de la menor con sus padres, podrán las partes acordar lo que estimen procedente en su beneficio, y en su defecto regirán las reglas que, con carácter de mínimos y solo a los efectos de guarda y custodia y régimen de estancias y visitas y gastos, a continuación se expondrán, que podrán ser modificadas de mutuo acuerdo por las partes, con su homologación en ejecución de sentencia.

La parte actora pidió un plan de relaciones familiares en el que la custodia co-respondería a cada progenitor por meses alternos. Considera la Sala, por antecedentes de otros recursos, que, dada la edad de la menor, de cuatro años en este momento, parece más adecuado establecer la guarda y custodia por semanas alternas para facilitar el contacto más frecuente con ambos progenitores y con un día de visita entre semana, o lo que acuerden las partes. Las medidas, con carácter de mínimas, serán las siguientes:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar de la menor corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2.- La guarda y custodia de la hija será compartida por ambos progenitores.

3.- Se establece un régimen de estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida de la guardería o del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada a dichos centros.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio, en las semanas en que no le corresponda la guarda, de un día a la semana, los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro. Cuando el padre trabaje en turno de tardes no podrá disfrutar de esta visita salvo que pueda modificar el turno para ese día, o cualquier otra solución que puedan acordar las partes.

5.- Régimen de vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

6.- En concepto de gastos de asistencia a la menor la sentencia de primera instancia, atendiendo a las circunstancias económicas de ambos progenitores, fijó la cantidad de 250 euros mensuales a satisfacer

por el padre a la madre. En la situación de custodia compartida cada progenitor se hace cargo de los gastos de manutención y alojamiento, pero en este caso, dado que la menor asiste a la guardería, a cargo de ambos progenitores, en la que previsiblemente se le proporcionará la comida, el aumento del gasto de alimentación para el padre será menos relevante. Por otra parte, aquella sentencia tuvo en cuenta la capacidad económica de ambos, escasa en el caso de la madre al percibir solo una prestación de desempleo que puede haber finalizado, por lo que, atendiendo a las nuevas circunstancias, se estima adecuada la cantidad de 200 euros mensuales a satisfacer por el padre por este concepto. Si la guardería no incluyera la comida de la menor o si la capacidad económica de la madre fuera distinta a la de entonces, todo ello habrá de ser valorado y decidido en ejecución de sentencia, sin perjuicio en todo caso de los acuerdos entre las partes.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 70% por el padre y al 30% por la madre, como fue acordado en primera instancia, y al 50% por cada uno en el caso de que la madre desempeñe actividad laboral.

**Octavo.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

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

#### **FALLAMOS**

**Primero.-** Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gonzalo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segun-

da, de fecha 11 de noviembre de 2016, que casamos y dejamos sin efecto.

**Segundo.-** Se establece el régimen de guarda y custodia compartida de la menor con arreglo a las siguientes reglas:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar de la menor corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2.- La guarda y custodia de la hija será compartida por ambos progenitores.

3.- Se establece un régimen de estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida del centro escolar/guardería hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar/guardería.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio en las semanas en que no le corresponda la guarda, de un día a la semana, los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro. Cuando el padre trabaje en turno de tardes no podrá disfrutar de esta visita salvo que pueda modificar el turno para ese día, o cualquier otra solución que puedan acordar las partes.

5.- Régimen de vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

6.- En concepto de gastos de asistencia a la menor se fija la cantidad de 200 euros mensuales a satisfacer por el padre por este concepto. Si la guardería no incluyera la comida de la menor o si la capacidad económica de la madre fuera distinta a la de entonces, todo ello habrá de ser valorado y decidido en ejecución de sentencia, sin perjuicio en todo caso de los acuerdos entre las partes.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 70% por el padre y al 30% por

la madre, y al 50% por cada uno en el caso de que la madre desempeñe actividad laboral.

**Tercero.-** No se hace condena en costas de este recurso a ninguna de las partes.

**Cuarto.-** Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

**Quinto.-** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso. Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando voto particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, de la que se llevará testimonio al rollo, 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 ya expuestas en otros anteriores, como el emitido en los RRC 5/2016 o 44/2016, a los que me remito, y que se resumen en señalar que la Sala, nuevamente en contradicción con el criterio sustentado en las dos instancias con apoyo del Ministerio Fiscal, corrige la decisión adoptada en la instancia y se comporta como tribunal de tercera instancia, a fin de sustituir el criterio discrecional del tribunal de apelación, por el suyo propio en la valoración sobre si las concretas circunstancias del caso, y en atención a los factores a ponderar establecidos en el art.

80.2 CDFA, la custodia individual es o no más conveniente el menor.

En el presente caso, la Sala de apelación, partiendo como impone el art. 80.2 CDFA de que en general es la compartida la forma de custodia que mejor atiende al interés del menor, acude a los criterios establecidos la norma para determinar si ello es así en el caso concreto, como son la mayor disponibilidad de la madre y la escasa edad de la menor, y los valora en el sentido correcto, esto es, a mayor disponibilidad de uno de los cónyuges sobre otro mayor razón para establecer la custodia individual de quien la tiene, en este caso la madre, como ha sido declarado probado; y cuanto menor es la edad del hijo más adecuada es la custodia materna. Sin embargo, como en otras ocasiones, la opinión mayoritaria es aplicar el criterio general establecido en la ley, obviando la justificada decisión adoptada por la AP en atención a las concretas circunstancias del caso, con estricta observancia del precepto que la opinión mayoritaria entiende infringido, que impone con igual fuerza la custodia individual cuando el juez entienda que es lo más conveniente al interés del menor.

Por otra parte, la casación de la sentencia en este caso supone, a mi parecer, la inobservancia del criterio que hemos sentado en otras resoluciones, como en la S n° 21/2015, RC 17/2015 en la que dijimos.

«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».

En consecuencia, entiendo que el fallo de la sentencia debería haber sido:

#### FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación formulado contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2016 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 451/2016 .

2. No hacer imposición de las costas del recurso.

3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firma el Magistrado disidente a uno de junio de dos mil diecisiete.

*la ruptura de la convivencia conyugal) como el entorno fáctico (la obligada atención a las dos hijas menores del matrimonio que quedan bajo la custodia de la madre). En este caso la regulación especial, de preferente aplicación a la general del consorcio disuelto y de la copropiedad, viene dada por el art. 81 CDFa, que atribuye en exclusiva al Juez la decisión de atribución del uso en atención a lo en él establecido, en unos casos a la vista de la propuesta de las partes en el convenio regulador y en otros sin ella. En todo caso, la decisión final, en aras al aseguramiento del interés del menor, corresponde sólo al Juez, con audiencia preceptiva del Ministerio Fiscal.*

**La decisión judicial es el único título del derecho de uso:** *El título por el que uno de los progenitores tiene derecho de uso del bien es únicamente la decisión judicial (no la copropiedad, cuando exista), que fijará las condiciones del uso, los gastos de la utilización que deban abonarse y, en fin, el plazo por el que se atribuye a uno u otro progenitor, teniendo en cuenta las previsiones imperativas de los apartados 1, 2 y 3 del art. 81 CDFa.*

**LIMITACIÓN TEMPORAL:** *El fin del plazo judicialmente fijado supone el desalojo de la vivienda: Si el fin del plazo judicialmente fijado como término del derecho de uso (de la madre, en el caso) no supone el desalojo de la vivienda (obligación de dejarla vacua, libre y expedita), tal pronunciamiento pierde la precisión y eficacia que la norma impone. Porque, en lugar de quedar libre la vivienda y a disposición de ambos copropietarios en régimen de igualdad a partir del día indicado, se mantiene la situación de supremacía de la ocupante, aun ya carente del título judicial que en su momento la habilitó como usuaria, frente al otro coposeedor, que si quiere disponer de los efectos de la copropiedad tendrá, primero, que accionar (ante juzgado*

#### NÚM. 13

*S. TSJA 13/2017 de 2 de junio de 2017*

**6435. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: LA DECISIÓN FINAL CORRESPONDE SÓLO AL JUEZ:** *Aplicación preferente de la regulación especial del art. 81: Sobre el pacto de los cónyuges copropietarios de atribución del uso de la vivienda familiar incide tanto el entorno jurídico en que se tomó (el propio de*

*distinto del que atribuyó en su momento el derecho de uso) para desalojar al copropietario carente de título (vid. SS TSJA de 4/1/2013 y de 14/10/2016).*

**VENTA DE LA VIVIENDA POR LOS COPROPIETARIOS:** *Los razonamientos de la sentencia recurrida condujeron a concluir que no es necesario para unas adecuadas relaciones familiares la orden judicial de venta del bien. Lo cual no obsta, claro está, a la posibilidad de que las partes decidan al respecto lo que estimen oportuno o a que, caso de desacuerdo en esta cuestión, acudan al auxilio judicial previsto para los casos de disconformidad de los copropietarios de un bien sobre el mantenimiento de la indivisión o forma de utilizar la cosa, una vez que la situación jurídica y de hecho es realmente de copropiedad (los cónyuges acordaron en el convenio regulador la liquidación de la sociedad conyugal con establecimiento de condominio por partes iguales sobre el que fue domicilio conyugal).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 81.3 CDFA.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El matrimonio de los litigantes, doña María Teresa y don Vicente fue disuelto por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada el día 9 de diciembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, cuando las dos hijas del matrimonio eran menores de edad, pues Paula había nacido el día 3 de enero de 1995 y Lucía el 15 de marzo de 1998.

La sentencia de divorcio aprobó el convenio regulador presentado por los progenitores en el que, en lo referente a la cuestión hoy debatida, acordaron la liqui-

dación de la sociedad conyugal con establecimiento de condominio por partes iguales de ambos cónyuges sobre el que fue domicilio familiar. Su uso se adjudicaba a la esposa, a quien también se atribuía la guarda y custodia de las hijas.

La demanda rectora del presente procedimiento fue presentada el día 26 de octubre de 2015 por don Vicente, en solicitud de modificación de las medidas acordadas en 2008 exclusivamente en el acuerdo relativo al uso de la vivienda familiar. En concreto solicitó respecto de tal bien que se acordara «limitar temporalmente el derecho de uso del domicilio familiar que tiene la demandada, fijándolo hasta el día 15 de marzo del año 2016, en cuya fecha deberá desalojarlo y dejarlo libre, poniéndolo en ese momento a la venta por el precio que acuerden o, en defecto de acuerdo, por el precio que fije quien en ese momento sea Presidente del Colegio de API de Zaragoza».

El Juzgado de Primera Instancia número 6 dictó sentencia sobre las antedichas peticiones el día 6 de abril de 2016, en la que estimó que habían cambiado las circunstancias tenidas en cuenta cuando fue dictada la sentencia de 9 de diciembre de 2008 y estimó íntegramente las peticiones del demandante acordando, en consecuencia: limitar hasta el 30 de septiembre de 2017 la atribución de uso de la vivienda familiar a la demandada doña M<sup>a</sup> Teresa; ordenar el desalojo de la vivienda a tal fecha, dejándola libre, vacua y expedita; y establecer que la vivienda se venderá por el precio que determinen las partes de común acuerdo o el que fije un Agente de la Propiedad Inmobiliaria elegido por ellas, o en su defecto por el precio medio de los determinados por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria designado libremente por cada una de las partes.

**Segundo.-** La anterior sentencia fue recurrida en apelación por doña María



Teresa, sin que en la impugnación pusiera en cuestión que se habían producido modificaciones de las circunstancias concurrentes para fijar las medidas reguladoras de la situación de divorcio.

La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) dictó el día 2 de diciembre de 2016 la sentencia ahora recurrida, en la que estimó en parte el recurso de apelación y revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 en «el único extremo relativo a la venta forzosa de la vivienda y condiciones de la misma que quedan sin efecto, matizando lo que debe entenderse por desalojo de la vivienda familiar, en los términos expuestos por la presente resolución». La falta de literosuficiencia del fallo obliga a reproducir que los «términos expuestos» a que se refiere son los contenidos en el Fundamento de Derecho cuarto de la propia sentencia, en el que se recoge que «el desalojo del que habla la sentencia de instancia que se aduce debe de entenderse en términos de extinción del derecho de uso, y en consecuencia, retorno del régimen normal de comunidad».

Es decir, la sentencia excluye la obligación señalada en la resolución del Juzgado de desalojar la vivienda una vez llegue el día 30 de septiembre de 2017.

**Tercero.-** La sentencia dictada en segunda instancia ha sido recurrida en casación ante esta Sala por don Vicente. El recurso se sustenta en un único motivo, la infracción del artículo 81.3 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante), y tiene como objeto principal que se deje sin efecto la exclusión de la obligación de desalojo acordada en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, ya que considera la parte recurrente que con tal acuerdo de dejar sin efecto la obligación de desalojo del inmueble no ha sido establecido con precisión un momento cierto en que termine el derecho de uso de la vi-

vienda. A ello añade el recurso la petición de mantenimiento del acuerdo de venta de la vivienda contenido en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La parte recurrida en casación, tras formular con carácter previo la concurrencia de motivo procesal de inadmisión del recurso de casación, se opone a la pretensión del recurrente con apoyo en lo acordado en sentencias previas de la Audiencia Provincial de Zaragoza (especialmente la de 29 de abril de 2015) y por considerar que obligar a que la aplicación del artículo 81.3 del CDFa conlleve siempre un apercibimiento de desalojo excede de las facultades del juez, pues infringiría los derechos dominicales de cualquiera de los copropietarios.

**Cuarto.-** Con carácter previo a resolver la cuestión sustancial objeto del recurso es metodológicamente obligado hacer mención a la causa de inadmisibilidad que la parte recurrida formuló en su escrito de oposición al recurso de casación. Abstracción hecha de las consideraciones que contiene sobre la cuestión sustantiva de la cuestión, la causa procesal de inadmisión se funda en que el escrito de impugnación no cita en qué infringe la sentencia recurrida el Derecho Foral o la doctrina de esta Sala de Casación, y en que el recurso se limita a citar una sentencia que versa sobre supuesto distinto al que ahora es objeto de la impugnación. La comprobación del contenido del escrito presentado por la parte recurrente permite observar, en cambio, que el artículo que se cita como infringido es el 81.3 del CDFa. Y que la cita de la sentencia que transcribe parcialmente se hace como comprensiva de la interpretación establecida por el Tribunal Superior de Justicia también en sentencia anterior, y tuvo por objeto determinar si era correcta la fijación del plazo para uso del domicilio conyugal, lo que sí tiene relación con la cuestión planteada ahora y que

ha sido expuesta en el Fundamento de Derecho anterior.

Por tanto carece de justificación la alegada causa de no ser admisible a trámite el recurso de casación.

**Quinto.-** Las consideraciones expuestas en la sentencia recurrida que llevan a excluir que deba procederse al desalojo de la vivienda familiar una vez llegue el día 30 de septiembre de 2017 señalado como fin de atribución del uso del inmueble a la madre y las hijas, hoy mayores de edad, vienen recogidas en el Fundamento de Derecho cuarto de la resolución en los siguientes términos literales:

«Se recurre igualmente el desalojo acordado. Esta Sala también de modo reiterado, y en el recurso se citan varias de las resoluciones acordadas en ese sentido, ha expuesto que los Juzgados de familia al tratar este tema, sólo se pronuncian sobre la duración del derecho de uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFA). Al término del mismo, que es lo que debe entenderse se acuerda en la sentencia, en los supuestos de condominio o de copropiedad, como el presente, lo que concurre a continuación es un derecho de cada comunero o copropietario a usar de la cosa común conforme a su destino de modo que no impida el uso del otro copropietario, tal y como al efecto prevé el genérico art. 394 CC (*Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho*).

Por consiguiente tratándose de un comunero o copartícipe la recurrente y de otro comunero o copartícipe el recurrido, no hay propiamente un derecho de lanzamiento o desalojo del bien común, pues ello conduciría al sinsentido de que ninguno de los comuneros puede utilizar la cosa común conforme al destino que le es

propio. Lo que no cabrá es por el antiguo usuario impedir el derecho del otro copartícipe a usar la cosa conforme a su destino si así lo solicitare.

Por consiguiente el desalojo del que habla la sentencia de instancia que se aduce debe entenderse en términos de extinción del derecho de uso, y en consecuencia, retorno del régimen normal de comunidad.»

Como se desprende de lo antes transcrito, la argumentación del Tribunal de Apelación parte de entender que cuando los litigantes acordaron en el año 2008 la atribución del que había sido domicilio conyugal lo hicieron como titulares de una comunidad proindiviso ordinaria, de modo que una vez finado el plazo en que los condueños acuerdan el uso exclusivo de la madre e hijas, se retorna al régimen de copropiedad. Esta posición de partida que tiene en cuenta tan solo la existencia de una comunidad de bienes proindiviso como causa inicial de atribución del uso de la vivienda conyugal no tiene en cuenta primero, que el entorno jurídico en que se tomó el acuerdo de atribución de posesión entre los condóminos era el propio de la ruptura de la relación de convivencia conyugal. Y, segundo, que dentro de tal situación de fin de la relación convivencial, estaba además presente un factor añadido de relevancia esencial al tiempo de fijar el derecho de uso de la vivienda, muy superior a la mera atribución de titularidad del bien, como lo era la obligada atención a las dos hijas menores del matrimonio cuyo domicilio había sido el inmueble de propiedad indivisa de los progenitores, y que quedaban bajo la guarda y custodia de la madre.

La incidencia de tales entornos jurídico y fáctico en el momento de decidir sobre la atribución de uso del domicilio familiar excluye, por las razones que a continuación se expondrán, la apreciación

hecha en la sentencia recurrida de que fue la comunidad ordinaria de bienes la determinante del uso del domicilio conyugal, y la consecuencia en ella obtenida de que, terminado el tiempo de uso establecido, se volverá al régimen ordinario de comunidad.

**Sexto.-** Dentro del régimen propio del conjunto de bienes que en su momento integraron el consorcio conyugal y que luego, con la liquidación de éste, pasan a ser adjudicados a cada uno de los cónyuges recibe un especial tratamiento legal todo lo referente a normas de uso, administración y disposición de la vivienda familiar cuando, como ocurre en el presente caso, existían descendientes menores necesitados de protección. En tal supuesto las normas a observar no serán las generales propias del consorcio disuelto y pendiente de liquidación, y ni siquiera las propias reguladoras del resultado de la liquidación y correlativa adjudicación de bienes o derechos a cada uno de los cónyuges. Porque en tal caso de presencia de menores la regulación especial viene dada por el artículo 81 del CDFA. Este precepto atribuye en exclusiva al Juez que conoce del procedimiento de familia la decisión de atribución del uso, según se esté ante la custodia compartida o la individual, y en atención a cuestiones tales como mayor dificultad de acceso a la vivienda o mejor interés para las relaciones familiares.

La resolución de la autoridad judicial se hará en algunos supuestos a la vista de la propuesta de convenio regulador que puedan presentar los interesados, y en otros sin la previa propuesta de las partes. Pero, en todo caso, la decisión final, en aras al aseguramiento del interés de los menores como más necesitado de protección, corresponde sólo al Juez, con audiencia preceptiva del Ministerio Fiscal.

Consecuencia de lo anterior es que el título por el que uno de los progenitores

tiene derecho de uso del bien es la decisión judicial. Y no es el de ser o no ser copropietario de él. Incluso puede no tener el designado como usuario ninguna titularidad sobre el inmueble o tenerla por parte inferior a la mitad. Es más, cabe que el inmueble sea propiedad de un tercero y que en la relación interna entre los progenitores se atribuya el uso a uno de ellos.

Es así sólo la decisión judicial la que se configura como razón atributiva de la posesión del bien y de su derecho de uso. El derecho demanial queda por tanto así excluido como título justificativo de la posesión. Y siendo el único título legalmente previsto la decisión judicial, es este mismo título el que determinará las condiciones en que el uso deba hacerse, en que los gastos derivados de la utilización deban abonarse y, en fin, el que fijará el plazo por el que la posesión del bien se otorga a uno u otro progenitor. O, dicho en otras palabras, y como indica el criterio fijado por el Tribunal Supremo, plenamente asumible también ante la regulación del artículo 81 del CDFA (sentencia de 18 de enero de 2010 (rec 1994/2005): «(...) Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. (...)».

**Séptimo.-** Las anteriores conclusiones son, por otra parte, las que permitirán hacer realidad la previsión imperativa recogida en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 81 del CDFA, cuando ordenan que el Juez debe establecer la atribución del uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta, bien el acuerdo de los interesados, bien las circunstancias concretas de cada familia, y con limitación temporal. Si, como acuerda

la sentencia recurrida, el fin del plazo judicialmente fijado como término del derecho de uso de la madre no supone el desalojo de la vivienda, tal pronunciamiento pierde la precisión y eficacia que la norma impone. Porque, en lugar de quedar libre la vivienda y a disposición de ambos copropietarios en régimen de igualdad a partir del día indicado, se mantiene una situación de supremacía de la ocupante, aun ya carente del título judicial que en su momento la habilitó como usuaria, frente al otro coposeedor, que si quiere disponer de los efectos de la copropiedad tendrá, primero, que accionar para desalojar al copropietario carente de título.

En definitiva, el cumplimiento de lo acordado en la sentencia recurrida conllevaría aparentemente sostener el título judicial habilitante de uso a la madre sólo hasta el día 30 de septiembre de 2017 pero luego, sin embargo, y contradictoriamente, mantenerla de facto poseyendo, y a expensas, no ya de la ejecución del auto que en el procedimiento de familia habilitó para poseer, sino de la interposición de nueva demanda por el actor ante Juzgado distinto del que dio en su momento el título ya extinguido a la usuaria. Todo lo cual contradice tanto el artículo 81.3 CDFA como la línea jurisprudencial seguida por esta Sala en su interpretación, de la que cabe destacar la sentencia de 4 de enero de 2013 que casó el pronunciamiento que abocaba a las partes a que, por indebida aplicación del artículo 394 del Código Civil, instaran demanda de modificación de medidas una vez finado el plazo de uso de la vivienda señalado; o la sentencia de 14 de octubre de 2016, que casó la sentencia en lo que daba posibilidad de mantener el uso más allá del plazo fijado y hasta la venta de la vivienda.

**Octavo.-** Conclusión de lo expuesto es la estimación del recurso en lo que interesaba la casación del pronunciamiento de la sen-

tencia recurrida sobre no obligación de desalojo de la vivienda una vez llegado el día 30 de septiembre. En lugar de ello se estará a lo acordado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia el día 6 de abril de 2016, esto es, a la obligación de la recurrida de dejar la vivienda vacua, libre y expedita en la fecha indicada.

**Noveno.-** La parte recurrente interesa igualmente en el suplico de su recurso que sea casada la sentencia en cuanto deniega la procedencia de que se proceda a la venta de la que fue vivienda familiar. La fundamentación del escrito de impugnación no contiene al respecto la exposición de razón alguna que abone tal petición. Ante ello no cabe estimar esta solicitud, ya que no consta motivo alguno que justifique modificar en este extremo los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida y que condujeron a concluir que no es necesario para unas adecuadas relaciones familiares la orden judicial de venta del bien. Lo cual no obsta, claro está, a la posibilidad de que las partes decidan al respecto lo que estimen oportuno o a que, caso de desacuerdo en esta cuestión, acudan al auxilio judicial previsto para los casos de disconformidad de los copropietarios de un bien sobre el mantenimiento de la indivisión o forma de utilizar la cosa, una vez que la situación jurídica y de hecho es realmente la de copropiedad.

**Décimo.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser parcialmente estimado el recurso de casación presentado no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en su tramitación. Respecto de las causadas en la instancia no se hace tampoco expresa imposición, por considerar que la naturaleza de la cuestión planteada plantea cuestiones fácticas dudosas, al estar imbricada en un procedimiento matrimonial cuyo objeto es la vivienda familiar, con implicación en su

momento de menores de edad, y luego dependientes de los progenitores a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad y mayores de edad.

Vistos los preceptos citados,

#### FALLAMOS

**Primero.-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Vicente R. G. contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 2 de diciembre de 2016 en Recurso de Apelación nº 558/2016, que casamos en el extremo en que dejaba sin efecto la obligación de desalojo de la vivienda que fue familiar

**Segundo.-** En lugar de lo acordado en la sentencia casada respecto del desalojo, se estará al fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza el día 6 de abril de 2016 en autos de Modificación de Medidas de Divorcio nº 990/2015-3, esto es, el día 30 de septiembre de 2017 doña María Teresa M. H. y las hijas que con ella convivan deberán haber desalojado la vivienda sita en la capital de Zaragoza, C/..., dejándola libre, vacua y expedita.

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

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

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

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

#### NÚM. 14

*S. TSJA 15/2017 de 4 de julio de 2017*

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: RÉGIMEN SUPLETORIO: Adición o complemento a la liquidación contractual: En la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo se acordó la liquidación del consorcio conyugal (art. 259.1 CDFa). Cuatro años después la mujer solicita la ampliación del inventario en su día aprobado. La Audiencia niega la posibilidad de adicionar bienes en el inventario de una comunidad ya liquidada por acuerdo firme de las partes. Por el contrario, el TSJA considera que el art. 270 CDFa debe entenderse referido a todas las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria del Código civil que resulten pertinentes como supletorias de la liquidación y división del consorcio conyugal. Entre ellas la del art. 1079, que recoge el principio del favor partitionis y regula la acción de adición o complemento de la liquidación, aplicable también a la liquidación de la sociedad de gananciales por la remisión del art. 1410 Cc. Si bien la jurisprudencia interpreta que la adición permitida por el art. 1079 Cc. debe referirse a bienes de poca importancia, pues en otro caso se produciría la nulidad de la partición y la práctica de una nueva (STS 20/10/2012 y las que cita).**

**DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 259, 270 CDFa, 1079, 1410 Cc.**

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Son antecedentes del presente recurso de casación y que resultan de interés para resolverlo los que a continuación se señalan:

En fecha 11 de noviembre de 2011 se dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo en la que se acordó la liquidación del régimen económico matrimonial de D<sup>a</sup> Susana y D. Julián.

En fecha 28 de julio de 2015 se presentó por D<sup>a</sup> Susana la demanda que dio origen a estas actuaciones. En ella solicitó la ampliación del inventario en su día aprobado, alegando que no habían sido incluidos en el activo del mismo bienes que resultaron omitidos en su día por desconocimiento y que debían figurar en aquél: dos créditos de la sociedad frente al esposo, un automóvil y una motocicleta. La contraparte se opuso a la inclusión del primero de los créditos por haberse tenido ya en cuenta en el convenio regulador, y a la inclusión del segundo por no acreditar la actora que se hubiera abonado con dinero consorcial. También se opuso a la inclusión de los vehículos alegando que se trataba de bienes privativos.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Razonó, en relación con el primero de los créditos en cuestión (cantidades abonadas constante matrimonio para el pago de un préstamo hipotecario sobre una vivienda privativa del esposo), que no procedía su inclusión al no haberse aportado oportunamente justificación documental de la partida conforme exige el artículo 808 LEC. Además, señaló que no constaba que ese pago fuera diferente del que ya se había tenido en cuenta en el convenio. A propósito del segundo de los créditos (cantidades abonadas constante matrimonio para el pago de un préstamo hipotecario sobre una nave industrial privativa del esposo) la sentencia decidió que debía formar parte del activo como se pedía ya que, en la vista, la parte demandada manifestó que los pagos se habían hecho con las rentas del alquiler de la nave (por tanto, con dinero de naturaleza común). Otro tanto resolvió en cuanto

a los dos vehículos, al haber sido adquiridos constante matrimonio y no haberse acreditado que el coche fuese comprado por el hermano del demandado y puesto a nombre de éste, ni que la motocicleta fuese adquirida por él a título lucrativo.

Ambas partes apelaron la sentencia. D. Julián alegó incongruencia y error en la valoración de la prueba, pidiendo que se revocara aquella en el sentido de no incluir en el inventario ninguno de los bienes solicitados por la contraparte. D<sup>a</sup> Susana alegó incorrecta interpretación del artículo 808 LEC que le había producido indefensión al no admitírsele la práctica de la prueba propuesta. Pidió la revocación y la estimación íntegra de la demanda y, por otrosí, la práctica de prueba en segunda instancia.

**Segundo.-** La sentencia que ahora se recurre desestimó ambos recursos de apelación. Sin embargo, revocó la sentencia desestimando la demanda. Para ello razonó así:

«Antes de proceder al análisis pormenorizado de ambos recursos, esta Sala debe replantearse la procedencia de los mismos, y ello porque, en el caso enjuiciado hay que partir de que en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido entre aquellos, que terminó por sentencia de fecha once de noviembre de dos mil trece, ambos litigantes efectuaron un convenio transaccional sobre la liquidación de su sociedad conyugal, definiendo el activo y pasivo de la misma y estableciendo las correspondientes adjudicaciones. El art. 259 del Código de derecho Foral de Aragón, prevé que los cónyuges o partícipes puedan, mediante acuerdo unánime, liquidar y dividir por sí mismos el patrimonio consorcial. Así pues, los cónyuges litigantes, a la hora de proceder a la liquidación de su sociedad conyugal, optaron por un procedimiento legal, esto el acuerdo de las partes, en

detrimento del procedimiento contencioso para la liquidación del patrimonio y por tanto una vez firme dicho acuerdo, al haber sido aprobado por resolución judicial, no puede pretenderse, como ha pretendido el demandante efectuar una liquidación paralela de otros activos o pasivos, preteridos en aquella liquidación, pues es evidente que estas nuevas cargas no se tuvieron en cuenta a la hora de la primera liquidación, y por probablemente (sic) de haberse traído a colación, la liquidación hubiera no sido (sic) aprobada por las partes en aquellos términos, o lo hubiese sido en forma diferente. En consecuencia estima el Tribunal que **no puede pretenderse un nuevo procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, respecto a un consorcio ya liquidado, y tan sólo podría solicitarse la nulidad, o en su caso la rescisión de aquella partición, si se reúnen las exigencias necesarias para ello, pero en modo alguno proceder a una liquidación parcial de una sociedad que fue ya disuelta y liquidada con arreglo a la ley. En consecuencia procede desestimar ambos recursos, y con revocación de la resolución recurrida, desestimar íntegramente la demanda**, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones contenidas en la misma, **sin que para ello sea necesario entrar en el análisis del contenido de los recursos planteados**». (El resalte es nuestro).

**Tercero.-** En el recurso de casación formulado por D<sup>a</sup> Susana se alega infracción del artículo 270 del CDFA en relación con el artículo 1079 del Cc. Señala la parte que, si bien el Código foral no contiene una norma que regule el caso de omisión de algunos bienes en el inventario de la sociedad consorcial, su artículo 270 se remite a las de liquidación y partición hereditaria, lo que conduce al artículo 1079 del Código civil, que debió ser aplicado por la Audiencia Provincial.

La contraparte se opone a la estimación del recurso del recurso considerando, como hace la sentencia de apelación, que la acción que debería haberse interpuesto es la de nulidad de la liquidación efectuada si se diesen los requisitos para ello o, en su caso la de rescisión. Señala que, en todo caso, el artículo 1.079 no sería de aplicación dado el valor de los bienes que se pretende adicionar al inventario, que es superior –aduce– al de los bienes que se tuvieron en cuenta inicialmente. En fin, se remite a lo alegado en su recurso de apelación ante la Audiencia.

**Cuarto.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 270 CDFA, A la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria.

En el CDFA no hay un epígrafe dedicado a las normas de liquidación y división de la comunidad hereditaria. Por tanto, el citado 270 debe entenderse referido a todas las normas del Cc que resulten pertinentes como supletorias. Entre ellas la del 1079. Este precepto, que recoge el principio del *favor partitionis*, regula la acción de adición o complemento a la liquidación de la sociedad de gananciales si bien de modo indirecto, es decir, por remisión del artículo 1410 del Cc. Aquel precepto dispone: La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

La sentencia que ahora se recurre, como es de ver por lo expuesto más arriba, niega la posibilidad de adicionar bienes en el inventario de una comunidad ya liquidada con arreglo al artículo 259 CDFA. Al hacerlo elude el precepto del artículo 1079 Cc que, en consecuencia, resulta infringido por inaplicación.

Es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia que interpreta el precepto en cuestión (así, la STS de 20 de octubre de 2012 y las que en ella se citan) y tal como viene a poner de relieve la parte recurrida, la adición que ahí se permite debe referirse a bienes de poca importancia, pues en otro caso se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva. Pero sucede que la escasa importancia de los bienes no se alegó por el demandado en la instancia; se trata de una cuestión nueva que, por serlo, no se puede examinar ahora.

Debe prosperar, de acuerdo con la consideración precedente, el motivo de casación. Ahora bien, de ello no se sigue, como pide la parte en su escrito de recurso, la estimación de la demanda que en su día interpuso.

**Quinto.-** La estimación del motivo, y dado que lo es de casación, no tiene como consecuencia la declaración de la nulidad de actuaciones con retroacción a la fase de decisión del recurso de apelación, pues corresponde que esta Sala asuma la instancia. Y en ejercicio de la misma, procede examinar los recursos de apelación formulados.

En lo atinente al recurso de apelación de la esposa y ahora recurrente en casación, la parte adujo, como ya hemos adelantado, incorrecta interpretación de la norma del artículo 808 LEC y que, al habersele denegado la solicitud de prueba documental pretendida en la vista, se le produjo indefensión.

No tiene razón. En efecto, el artículo 808 dispone en su párrafo segundo que a la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta. Este requisito no se cumplió debidamente por la parte actora, quien sólo aportó una nota simple del Registro de la Propiedad donde

consta la existencia del préstamo hipotecario pero no justificó que el mismo se hubiera abonado con dinero consorcial. Por tanto, no observó lo exigido en dicho precepto, ni siquiera, como dice la sentencia de primera instancia, manifestó la imposibilidad de hacerlo temporáneamente. No puede, así, considerarse que la denegación de la prueba documental produjera indefensión material a la demandante, por lo que debe desestimarse ese motivo del recurso de apelación.

Adujo además la parte que la juzgadora de instancia dio total veracidad a las manifestaciones del demandado a propósito del crédito cuya inclusión se denegó en la sentencia. Se desconoce así lo que al respecto y con toda razón expresó la sentencia de primera instancia, y es que «en el convenio regulador ya se reconocía la existencia de un crédito a favor de la Sra. G. de 9.000 euros por aportaciones realizadas por ella al préstamo que gravaba una vivienda privativa del mismo, correspondiendo a la parte demandante la carga de probar que el crédito cuya inclusión en el inventario solicita, no es el mismo mencionado en el convenio regulador».

**Sexto.-** En el recurso de apelación formulado por el demandado se alegó, en primer lugar, incongruencia de la sentencia, señalando que la partida relativa a los alquileres de la nave industrial no puede incluirse como una partida del inventario al no haberse solicitado por la demandante. No es posible atender esta alegación, pues no es eso (la inclusión del importe de los alquileres en el activo) lo que acuerda la sentencia, sino la inclusión del crédito frente al esposo, por haber sido pagado el préstamo aludido con dinero consorcial (rentas por el alquiler de nave privativa).

En segundo lugar se alegó error en la valoración de la prueba, por no constar acreditado que el importe fuera abonado



en su totalidad con los alquileres de la nave. Pero no hay tal error. Pues la sentencia expresa con claridad que «el letrado de la parte demandada manifestó que tal préstamo se había pagado con las rentas del alquiler de la nave». Así es; como consta en la grabación de la vista, dicho letrado dijo (a partir del minuto 2:25) que había traído unos recibos que acreditaban que el préstamo se fue abonando mediante el propio alquiler de la nave, que obviamente no estaban todos los recibos de todos los alquileres porque esos eran los que habían encontrado, ya que era algo muy antiguo. Pues bien, una vez reconocido que el préstamo se pagó con esas rentas comunes, era ya irrelevante la aportación de todos o algunos de los recibos.

En fin, afirma el demandado apelante que existe una conculcación de las reglas de la sana crítica y una falta de lógica en la valoración de la prueba testifical, concretamente en la de la declaración de D. Siro C., hermano de aquel, que afirmó que el vehículo era de su propiedad y que lo pagó, si bien debido a sus circunstancias económicas prefirió ponerlo a nombre de su hermano. La sentencia expresó en este punto que el vehículo había sido adquirido constante matrimonio y que no podía estimarse acreditado que D. Siro fuese quien lo adquirió y lo puso a nombre de su hermano, «ya que no se acreditó la compra y el pago del precio del vehículo por el Sr. Siro». Considera la Sala que esta apreciación es perfectamente lógica, por lo que tampoco en esto tiene razón la parte.

En suma, procede la desestimación de ambos recursos de apelación y correlativa confirmación de la dictada en primera instancia.

**Séptimo.-** Por la estimación del recurso de casación no se hará imposición de las costas por él causadas, conforme a lo

dispuesto en el artículo 398.2 LEC. La desestimación de los recursos de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, comporta que cada parte abonará las costas por él causadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1. Y por la estimación parcial de la demanda, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad (artículo 394.2).

### FALLO

**Primero.-** Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Susana G. Q. contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de veintisiete de octubre de 2016, en el Rollo de apelación 86/2016, la cual casamos y anulamos.

**Segundo.-** En función de segunda instancia, desestimamos los recursos de apelación interpuestos, y confirmamos totalmente la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> Dos de Alcañiz de 10 de mayo de 2016 recaída en los autos de Formación y aprobación de inventario para liquidación del consorcio conyugal n<sup>o</sup> 343/2015.

**Tercero.-** Por la estimación del recurso de casación no se hace imposición de las costas por él causadas, imponiéndose las de las instancias conforme a lo expresado en el Fundamento Sexto.

Devuélvase el depósito constituido.

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

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

## NÚM. 15

*S. TSJA 16/2017 de 13 de julio de 2017*

**03. DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de motivación de la sentencia:** *Se interpone el recurso extraordinario por infracción procesal del art. 218.2 Lec., por falta de motivación de la sentencia en tres medidas de contenido económico: en la cuantía de los alimentos para el hijo común; en la proporción de los gastos extraordinarios a pagar por cada progenitor; y en los gastos por traslado del menor. El motivo se estima porque no se justifican en modo alguno los cambios en las cuestiones mencionadas, y, conforme a la DF16ª Lec., se procede a dictar nueva sentencia atendiendo a lo alegado como fundamento del recurso de casación.*

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben tenerse en cuenta los siguientes:

1.- D. Alberto Juan E. L. y D<sup>a</sup> Ana María P. L. mantuvieron una relación de la que tuvieron un hijo, Alejandro, nacido el 19 de enero de 2007. De una relación anterior la Sra. Poyo tenía un hijo, Héctor, nacido el 12 de agosto de 2002.

2.- El Sr. E. y la Sra. P. pusieron fin a su relación, y en procedimiento de guarda, custodia, alimentos y visitas, tramitado de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia 16 de Zaragoza, recayó sentencia de 21 de mayo de 2013 por la que el hijo común quedó en régimen de custodia compartida y el hijo de la Sra. P., Héctor, seguiría el mismo régimen de estancias que su hermano Alejandro, por lo que

quedaría bajo la guarda de hecho del Sr. E. en los períodos de custodia y vacaciones de su hermano.

3.- En nuevo procedimiento de modificación de medidas 922/2014 seguido a instancia del Sr. E. ante el mismo juzgado, recayó sentencia de 17 de abril de 2015 (documento n° 4 acompañado a la demanda) que, como consecuencia del acuerdo al que llegaron las partes tras la celebración del juicio oral, con la conformidad del Ministerio Fiscal, atribuyó al mismo la custodia individual del hijo común Alejandro y mantuvo también la guarda de hecho del menor Héctor, con un régimen de visitas estancias y comunicaciones de ambos menores con la Sra. P.

En concepto de pensión de alimentos la Sra. P. debía abonar al Sr. E. la cantidad de 50 euros mensuales por cada uno de los menores, y para el supuesto de que la misma se incorporara al mercado laboral y obtuviera ingresos líquidos mensuales de 800 euros en adelante, se incrementará la pensión a 100 euros por cada menor. Nada se acordó sobre gastos extraordinarios, ni sobre gastos de desplazamientos del menor dado que ambos progenitores residían en Zaragoza.

Por providencia de 22 de marzo de 2016, habida cuenta de la mejoría y favorable evolución de la relación materno filial así como la voluntad de ambos menores de permanecer conviviendo con el Sr. E. y mantener contacto periódico y regular con su madre, se procedió a la ampliación del régimen del régimen de visitas y estancias con ella. Con posterioridad el Sr. E. manifestó su voluntad de trasladar su residencia a la localidad de Guardamar (Alicante), donde podría cuidar de su anciano padre aquejado de enfermedades graves.

4.- La Sra. P. instó la modificación de las anteriores medidas y en el procedimiento 578/2016 del que trae causa el

presente recurso de casación, recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 16, de 9 de septiembre de 2016, que acordó las siguientes medidas:

— Dejar sin efecto la atribución de guarda de hecho en favor del Sr. E. respecto del menor Héctor, hijo de la demandante, que podrá pasar a convivir con la misma de forma inmediata pudiendo relacionarse libremente con aquél cuanto y como desee.

— Mantener la guarda y custodia individual del hijo común Alejandro en favor del padre únicamente si éste mantiene su residencia en Zaragoza, al no otorgarse la autorización solicitada para el traslado. En este supuesto se mantendrán las mismas medidas vigentes hasta la fecha.

— Subsidiariamente, y solo para el caso de que el Sr. E. traslade su residencia fuera de Zaragoza y se ejerza de forma individual la custodia por la madre Sra. Poyo, se dispone un régimen de visitas a favor del padre consistente en (...). En cuanto a los viajes y gastos de desplazamiento del menor éstos serán realizados por el Sr. E. y a su costa.

— En concepto de pensión de alimentos (se entiende en el caso de que, por el traslado del padre, se conceda la guarda del menor a la madre) deberá satisfacer el Sr. E. a la actora la cantidad de 300 euros mensuales. En cuanto a los gastos extraordinarios deberán ser satisfechos al 60% por el padre y al 40% por la madre.

— Procede desestimar la petición subsidiaria de la demandante en relación al establecimiento de custodia compartida.

**5.-** Interpusieron recurso de apelación ambas partes solicitando la Sra. P. la custodia compartida del menor Alejandro y, para el caso de que el padre se traslade a la provincia de Alicante, que se le otorgue a ella la custodia individual del menor.

Además, el abono por el padre de 300 euros al mes en concepto de alimentos y el 60% de los gastos extraordinarios necesarios.

El Sr. E. solicitó la custodia individual de Alejandro y la autorización de su traslado a la provincia de Alicante, con visitas a favor de la madre y que ésta abone 250 euros de alimentos.

La sentencia de 14 de marzo de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso interpuesto por el Sr. E. y desestimó el de la Sra. P. en el sentido de mantener a favor del padre la custodia individual del menor Alejandro, autorizando su cambio de residencia. Señala un régimen de visitas de dos fines de semana al mes entre el menor y la madre, en los que viajará el menor a Zaragoza, y vacaciones. En concepto de alimentos para el menor la madre abonará 150 euros mensuales y ambos progenitores pagarán los gastos extraordinarios del menor al 50%. El padre satisfará los gastos de desplazamiento del menor a Zaragoza durante los fines de semana, siendo por mitad los correspondientes a los períodos vacacionales.

**Segundo.-** La representación de la Sra. P. interpuso recurso de casación y también recurso extraordinario por infracción procesal.

Conforme a lo dispuesto en la regla 6ª del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta LEC, admitidos los dos recursos, se resolverá en primer lugar el extraordinario por infracción procesal.

Lo interpone la recurrente por infracción del artículo 218.2 LEC, por falta de motivación en tres aspectos de contenido económico: en la cuantía de alimentos para el hijo común; en la proporción de los gastos extraordinarios a pagar por cada progenitor; y en los gastos de traslado del menor.

Alega que, en cuanto a la pensión de alimentos para el hijo, la sentencia no justifica que se pase de la obligación de pago de 50 euros por hijo fijada en la sentencia de 17 de abril de 2015 y confirmada en la del juzgado de 9 de septiembre de 2016, a la de 150 euros, sin tener en cuenta los ingresos de la madre ni que el otro hijo, Héctor, ha pasado a convivir con ella.

En cuanto a los gastos extraordinarios, que fueron fijados en la sentencia del juzgado en la proporción de 60% el padre y 40% la madre, sin que la sentencia recurrida argumente ahora el cambio de la contribución de ambos progenitores al 50%.

Y respecto a los gastos de desplazamiento del menor para el cumplimiento del régimen de visitas y estancias con la madre, que no se justifica en la sentencia que, si los gastos de desplazamiento para las visitas de fin de semana han de ser satisfechos por el padre, no suceda lo mismo por dichos gastos para los traslados por las vacaciones, que ahora se decide que sean pagados al 50% entre los padres.

El Ministerio Fiscal pone de manifiesto que, efectivamente, la sentencia recurrida motiva en su fundamento tercero lo relativo a la custodia individual del menor, que atribuye al padre, y la autorización para el cambio de residencia, pero no contiene razonamiento alguno sobre la pensión alimenticia, los gastos extraordinarios y los de desplazamientos del menor. Argumenta en base a la doctrina jurisprudencial que obliga a motivar las sentencias y, además, que se trata de un procedimiento de modificación de medidas que exigiría, para alterar las ya acordadas en materia de pensiones y gastos, motivar valorando cuestiones de hecho como una modificación en los ingresos de los ascendientes o la necesidad de asistencia a los descendientes. Propone por ello la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

La sentencia recurrida argumenta ampliamente en su fundamento tercero sobre la custodia individual que se otorga al padre, y sobre la autorización al traslado de domicilio. En cuanto a las medidas de contenido económico, dice en su último párrafo:

*«Se fija a cargo de la madre una pensión alimenticia de 150 € mensuales, con abono al 50% de los gastos extraordinarios, sufragando el padre los gastos de desplazamiento del menor a Zaragoza durante los fines de semana, siendo por mitad los referentes a los traslados en períodos vacacionales».*

No se contiene ningún otro razonamiento en relación a estas medidas, a pesar de que suponen un cambio no irrelevante respecto a las que había fijado el juzgado para el supuesto de cambio de domicilio del padre, que mantenía las acordadas en la sentencia de 17 de abril de 2015 sobre la pensión de alimentos para el hijo (50 euros). Y para el supuesto de cambio de domicilio, que implicaba la custodia individual a favor de la madre, añadía los gastos extraordinarios al 60% y 40%, y obligaba al padre a realizar los desplazamientos a su costa, teniendo en cuenta la hipótesis de que él hubiera cambiado su domicilio a Guardamar y sería él quien tendría que realizar los desplazamientos para visitar al hijo en Zaragoza.

En definitiva, no se justifican en modo alguno los cambios en las cuestiones mencionadas por lo que se produce la infracción del deber de motivar impuesto en el artículo 218.2 LEC, lo que lleva a la estimación de este motivo de infracción procesal.

Conforme a lo dispuesto en la regla 7ª del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta LEC, se dictará nueva sentencia atendiendo a lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

**Tercero.-** El primer motivo del recurso de casación se basa en la infracción del artículo 80.1, párrafo tercero, en relación con el artículo 76.2 y 3 del CDEFA, y vulneración del principio «favor filii».

El párrafo tercero del artículo 80.1 CDEFA dispone: «En los casos de custodia individual se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar».

Siendo este precepto el que se cita como infringido parece que se debería combatir el régimen de comunicación, estancias o visitas con el progenitor no custodio, por entender deficiente o insuficiente el señalado en la sentencia. Sin embargo, lo que es objeto de la discrepancia de la recurrente es que se haya autorizado el traslado del menor con su padre a la localidad de Guardamar, por ir contra el interés del menor como consecuencia del cambio de entorno escolar, social y familiar, por no reunir buenas condiciones la vivienda en la que residirá, por la pérdida de contacto con la madre y el hermano, y por el perjuicio que se produce a la madre. Resume su posición de la siguiente forma (página 32 del recurso): «Por todo ello, estimamos que no procede a que se autorice a que el menor resida en otro lugar ante el manifiesto cambio radical tanto en su entorno social y parental que genera una ruptura significativa en el contacto con su madre afectando a la toma de decisiones y al derecho a la igualdad en sus relaciones familiares». Y solicita que «se estime el recurso, reiterando el contenido de la sentencia de instancia».

Sobre el traslado del padre había dicho la sentencia recurrida (fundamento tercero):

*«En el caso de autos, el padre, militar jubilado, no puede ser obligado a residir donde no desea, bajo el condicionante de perder la custodia del hijo, cuando, además, no existe prueba que aconseje, en su beneficio, la custodia a favor*

*de la madre, y el traslado, interesado judicialmente, no consta tenga por finalidad sustraer al menor de los contactos con su madre.*

*Sentado lo anterior, los informes periciales practicados en el proceso, psicológico y social, concluyen en la conveniencia de mantener la custodia a favor del padre, Al que Alejandro está muy unido, y visitas a la madre (folios 60 y ss.). Señalando que el menor desea seguir como hasta ahora, estar bien adaptado social y académicamente y querer seguir a su padre en el traslado.»*

Como vemos, lo que pretende la recurrente no es un cambio en el régimen de estancias y visitas sino un cambio en el régimen de custodia porque la sentencia de primera instancia mantenía la custodia en favor del padre si no cambiaba de domicilio, pero si se producía el cambio la custodia se otorgaba a la madre. Y toda la argumentación, dirigida a combatir la decisión relativa al cambio de domicilio, conduce a que no sea autorizado el cambio o, si lo es, a la consecuencia de que el padre deje de ostentar la custodia del hijo.

Por lo tanto, el párrafo tercero del artículo 80.1 no ha sido infringido sino que se pretende de forma indirecta que, mediante la negativa al traslado del padre, se conceda una modificación en el régimen de guarda y custodia que, en su caso, hubiera debido ser amparado en el párrafo primero del artículo 80.1. Por lo demás, toda la argumentación se basa, como afirma el Ministerio Fiscal, en la propia valoración de la recurrente sobre la prueba para llegar a la conclusión del perjuicio que supone para el hijo, a su juicio, su traslado de domicilio.

En consecuencia, debe ser desestimado el primer motivo del recurso de casación.

**Cuarto.-** El motivo segundo del recurso de casación considera infringidos los artículos 82.1, 2 y 4 CDEFA y, en concreto,

respecto a la cuantía de los alimentos, el artículo 79.5.

Se argumenta que la cuantía de los alimentos se ha modificado sin argumento alguno, lo que infringe el artículo 79.5 CDFA, que permite la modificación de las medidas adoptadas si concurren causas o circunstancias relevantes. Al considerar que no existe tal cambio de circunstancias, solicita la recurrente que se mantenga, en el caso de confirmar la autorización del cambio de domicilio, la pensión que se acordó de mutuo acuerdo en la sentencia de 17 de abril de 2015 (50 euros), no modificada en este punto por la del juzgado de 9 de septiembre de 2016.

Además, considera la recurrente infringido el artículo 82.1 y 2 CDFA, sobre la contribución proporcional de los padres a los gastos de asistencia de los hijos con arreglo a sus recursos, y sobre la exigencia de atender, para la contribución de los gastos ordinarios, a las necesidades de los hijos y a los recursos de los padres. En este caso los ingresos netos de la madre (6.128,29 euros anuales) y del padre (23.873,68 euros) habían sido tenidos en cuenta en la sentencia de primera instancia para fijar la pensión de la madre al hijo común Alejandro, y se produce además la circunstancia de que el padre ya no se hace cargo de los gastos del hijo de la madre, Héctor.

También se habría infringido el artículo 82.4 relativo a los gastos extraordinarios, que se sufragarán proporcionalmente a los recursos económicos de los padres y teniendo en cuenta los acuerdos entre ambos. La sentencia de primera instancia los fijó en la proporción de 60% a cargo del padre y 40% a cargo de la madre, teniendo en cuenta los señalados ingresos de cada uno, por lo que así ha de ser mantenido.

En cuanto a los gastos de desplazamiento del menor para el cumplimiento del régimen de visitas en fines de semana y

en los períodos de vacaciones, la recurrente solicita, vista la falta de motivación de la sentencia recurrida, que sean de cargo exclusivo del padre.

El Ministerio Fiscal considera que tratándose de un procedimiento de modificación de medidas se exigiría la acreditación de una alteración suficiente de las circunstancias de hecho, lo que no se ha producido en la sentencia recurrida, por lo que cabe entender vulnerados los preceptos alegados en este motivo de casación, que debe ser estimado acordando, en los extremos a los que se refiere, de conformidad con lo solicitado por la parte recurrente en casación.

**Quinto.-** Dada la estimación del recurso por infracción procesal, por falta de motivación en la modificación de estas medidas de contenido económico, conforme a lo dispuesto en la regla 7ª del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta LEC, esta Sala debe dictar nueva sentencia atendiendo a lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

Los recursos económicos de los progenitores son detallados en la sentencia de primera instancia: El padre obtuvo en 2015 unos ingresos netos de 21.797 euros, que en 12 mensualidades suponen 1.800 euros; la madre obtuvo en 2015 unos rendimientos netos reducidos de 2.428 euros, lo que vienen a suponer un poco más de 200 euros al mes y actualmente no trabaja, habiendo obtenido una prestación de desempleo a razón de 14,20 euros diarios hasta noviembre (de 2016).

Atendiendo a estos recursos de ambos progenitores la sentencia de primera instancia, para el supuesto de confirmar la custodia del hijo común en favor del padre, mantuvo la pensión de alimentos del hijo a cargo de la madre en 50 euros mensuales, como habían fijado de conformidad ambas partes en el acuerdo recogido

do en la sentencia de 17 de abril de 2015. Debe mantenerse en dicha cuantía la pensión para el hijo común a cargo de la madre, quien además debe ahora sufragar los gastos de su hijo Héctor.

De igual forma, la contribución a los gastos extraordinarios fue fijada en la sentencia de primera instancia en el 60% a cargo del padre y el 40% a cargo de la madre, atendiendo a los señalados recursos económicos de ambos, por lo que deben ser mantenidos en dicha proporción.

Respecto a los gastos del desplazamiento del menor para el cumplimiento del régimen de visitas en fines de semana y de estancias en vacaciones con la madre, no se contemplaban en la sentencia de primera instancia, y en la de apelación se fijaron a cargo del padre los de los fines de semana y por mitad los correspondientes a los de vacaciones. La recurrente entiende que no hay justificación para esa diferencia teniendo en cuenta, además, que el cambio de domicilio fue una decisión unilateral del padre quien, por ello, debe cargar con la carga económica correspondiente.

En relación con el reparto de cargas y gastos por los desplazamientos para el cumplimiento del régimen de estancias y visitas, dijimos en nuestra sentencia n° 39/2014, de 15 de diciembre de 2014 (recurso 41/2014), en relación con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014:

*«El Tribunal Supremo analiza la casuística de las sentencias contradictorias invocadas por el recurrente y determina la doctrina aplicable al caso partiendo de dos principios generales de ineludible observancia, el interés del menor (artículo 39 CE) y el reparto equitativo de cargas (artículos 90.c y 91 del Código civil).*

*En base a los mismos propugna el acuerdo entre las partes y en su defecto establece un sistema prioritario y otro subsidiario. En el primero, que denomina normal o habitual, cada padre/*

*madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Subsidiariamente, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Finalmente, declara la sentencia que las dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, lo que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y singularizar las medidas adoptables.*

*Ciertamente, los criterios señalados por el Tribunal Supremo para un adecuado desarrollo del régimen de visitas exigen una reflexión. Conforme a ellos, no resulta acertado el principio que, como regla general, imponga siempre al progenitor no custodio la carga de los traslados para la entrega y para la recogida de los menores en cumplimiento del régimen de visitas, pues el criterio normal o habitual exige que los progenitores repartan la carga que supone la entrega y recogida de los menores. Para ello se deberán valorar factores como la distancia entre los lugares de residencia, facilidad o dificultad de los medios de transporte, y posibilidades de los progenitores, tanto económicas como de disponibilidades personales y materiales.*

*Y, fundamentalmente, el interés del menor, que exige en su beneficio el mejor desarrollo posible del régimen de visitas en los supuestos de custodia individual, y que se debe entender no solo como un derecho de los progenitores no custodios (régimen que garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar, párrafo tercero del artículo 80.1 del CDF), sino de los hijos menores con ellos: derecho a un contacto directo con los padres de modo regular (artículo 76.3.a del CDF), y a la garantía de la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos con cada uno de los progenitores (artículo 79.2.a). Todo lo anterior debe ser conseguido con la participación y colaboración de ambos progenitores.»*

Atendiendo a lo anterior es razonable el criterio de un reparto de cargas y gastos entre los progenitores, en este caso referido a los gastos por los desplazamientos. Teniendo en cuenta las disponibilidades personales y económicas de las partes será el padre el que habrá de soportar el mayor esfuerzo, pero sin descartar una implicación por parte de la madre, que también ha de esforzarse así en el mejor desarrollo del régimen de estancias y visitas. Para ello no resulta desproporcionado el reparto indicado en la sentencia de apelación, de que el padre se haga cargo de los gastos de desplazamiento para las visitas de fines de semana (en su caso podrá ser el desplazamiento directamente efectuado por el padre), y por mitad para los desplazamientos por vacaciones.

**Sexto.-** Estimado el motivo de infracción procesal, y parcialmente el de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

**Primero.-** Estimar el motivo de infracción procesal interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Ana María P. L. contra la sentencia de 14 de marzo de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en rollo de apelación 717/2016, para dictar nueva sentencia en los términos que a continuación se concretarán.

**Segundo.-** Desestimar el motivo primero de casación.

**Tercero.-** Estimar el motivo segundo del recurso de casación y casar y anular, dejando sin efecto, la sentencia de fecha 14 de marzo de 2017 dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de

Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 717/2016, exclusivamente en el apartado del fallo que establece la obligación de la madre al pago de la cuantía de 150 euros mensuales en concepto de alimentos para el menor y el pago de ambos progenitores del 50% de los gastos extraordinarios del menor, que deberá decir:

«La madre abonará, en concepto de alimentos para el menor, 50 euros mensuales en los primeros cinco días de cada mes, actualizables anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC, y los gastos extraordinarios del menor serán sufragados en un 60% por el padre y en un 40% por la madre».

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia.

**Cuarto.-** No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

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

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

#### NÚM. 16

*S. TSJA 17/2017 de 17 de julio de 2017*

**642. DEBER DE CRIANZA Y AUTORIDAD FAMILIAR: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Prolongación más allá de los veintiséis años: La prolongación del deber de crianza y**



*educación expira al cumplir el alimentista la edad de 26 años, pues así resulta del art. 69 CDFa, y es doctrina de esta Sala (SS 8/2009, 3/2010, 11/2011, 15/2011, 20/2012 y 24/2013) que, una vez extinguido, no puede ser rehabilitado, de todo lo cual se deduce que la decisión convencional o judicial por la que haya de extenderse más allá del límite legal debe ser anterior a que éste sea alcanzado. Pero basta con que al tiempo de presentación de la demanda el alimentista no haya cumplido la edad de 26 años para que en el proceso pueda acordarse, si se dan los presupuestos del art. 69 CDFa, la continuación tras ella del deber de crianza y educación. En tal caso el art. 69 CDFa no exige una determinación temporal (sic), ni la Jurisprudencia de esta Sala la ha impuesto en su interpretación.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 69 CDFa, arts. 93 y 142 Cc.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Aquietado D. Jesús Blas con el rechazo de su pretensión de que fuera extinguida la obligación de pagar alimentos para su hijo Rodrigo, adoptada en la sentencia de divorcio de fecha 7 de diciembre de 1994 que puso término al matrimonio que contrajo con D<sup>a</sup> Paloma el día 29 de julio de 1984, la única cuestión que permanece en disputa es la persistencia de la pensión alimenticia fijada en dicha sentencia como contribución al sostenimiento de su también hijo común, Alexis, nacido el día 7 de diciembre de 1988, en la cuantía de 250 € mensuales.

El actor afirmaba en su demanda, presentada el 31 de octubre de 2014, que había contraído ulterior matrimonio, del

que no ha habido descendencia y que está jubilado; y basaba su petición en que D. Alexis, que tenía su residencia en Madrid, iba a cumplir la edad de 26 años, lo que a su parecer comporta la extinción de la pensión establecida a su favor en la sentencia de divorcio, de acuerdo con el art. 69 CDFa.

La sentencia de primer grado razona que la edad de Alexis lo sitúa en el ámbito de los alimentos en sentido estricto del art. 142 CC, y al margen ya del art. 82 CDFa por haber sobrepasado los 26 años; y que tales alimentos son debidos al no haber concluido el hijo los estudios, ser dependiente económicamente, y no concurrir causa de extinción del derecho a alimentos del art. 142 CC.

El cambio de título de la obligación alimenticia del padre lleva al juzgador de primer grado a reducir la pensión establecida en su día –que a la fecha se hallaba fijada en 357'77€ mensuales– a la suma de 180 € mensuales.

Apelada la sentencia, la Audiencia señala que de la prueba resulta que Alexis se hallaba matriculado en cuarto curso de Grado en Educación Infantil en el curso académico 2015/2016, cursado en el Centro Superior Universitario La Salle (adscrito a la Universidad Autónoma de Madrid); y que trabajó en un contrato temporal a tiempo parcial durante unos ocho meses (repcionista de gimnasio).

Continúa la sentencia de apelación afirmando que si bien el actor ha superado la edad de 26 años, se halla culminando su formación, y no puede apreciarse dejadez o desidia en su búsqueda de autonomía personal, para concluir que el cumplimiento de la edad de 26 años no genera de modo automático la extinción del deber de crianza y educación de los padres, por lo que en el caso no nos hallamos en la órbita de los alimentos entre parientes del CC, en contra

de lo sostenido en primer grado, sino que continúa aquel deber propio del de crianza y autoridad familiar regulado en el libro I, título II, capítulo II CDFA.

De acuerdo con ello, y negado el cambio de naturaleza del deber alimenticio de que se trata, la Sala eleva la pensión a pagar a 250 € mensuales, que estima *más adecuada a los intereses en juego*.

Contra tal decisión se alza D. Jesús Blas mediante el recurso de casación del que conocemos, que articula en cuatro motivos:

— Infracción por aplicación indebida del art. 69 CDFA en relación con el art. 93 CC.

— Infracción del art. 69 CDFA por no haber sido justificadas las razones por las que conforme al mismo debe proseguir el pago de la pensión.

— Infracción del art. 69 CDFA porque se establece la continuación del pago de la pensión, pese a que ni convencional ni judicialmente se había establecido una edad en la que debería quedar extinguida distinta a la de 26 años señalada en la norma.

El cuarto motivo, pese a que se invoca como motivo de casación, no lo es, pues se halla dedicado a justificar el *interés casacional*, y ello es relevante como *vía de acceso a casación* de acuerdo con el art. 3 L 4/2005, sobre casación aragonesa, pero no constituye *motivo* de casación.

#### **Segundo.- PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN**

Realmente este primer motivo engloba dos diferentes. En uno primero se dice infringido el art. 69 por razón de que se mantiene la pensión de Alexis pese a que ha cumplido los 26 años que el precepto establece como edad en que se extingue el deber de crianza y educación; y en un segundo motivo parece que el que se dice infringido es el art. 93 CC.

Como quiera que el primero de los aspectos se confunde con el tercer motivo de casación, será objeto de estudio juntamente con él.

En cuando al segundo, el recurrente incurre en su formulación en una equivocada interpretación de la sentencia de apelación cuando entiende que la razón por la que la Sala acude al art. 69 CDFA para dar solución al recurso es la previsión contenida en el art. 93 CC, cuando no es así.

Se dice en el motivo:

«La sentencia dictada por la Sala Segunda de la Audiencia acude a la aplicación del art. 93 del Código Civil, que en su segundo párrafo establece: «Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y ss del Código.

Pues bien, resulta imposible acomodar la situación de Alexis a su texto pues hace ya ocho años que no convive en el domicilio familiar, llevando vida independiente de su madre...».

Es cierto que la sentencia recurrida menciona el art. 93 CC cuando dice:

«En este proceso se valora la continuidad o no de una pensión alimenticia estipulado en un proceso matrimonial, no la fijación o extinción de alimentos “estricto sensu” de un hijo.

El art. 69 CDFA establece que no completada la formación profesional del hijo y careciendo éste de recursos propios, se mantendrá la obligación de los padres de costear sus gastos, en la medida en que se estime razonable, y no se extinguirá, cumplidos los 26 años, si convencional o judicialmente se hubiere fijado una edad distinta. Aun cuando, efectivamente resulta

aplicable, conforme a lo dicho, el art. 93 CC, en este caso, judicialmente, a través del presente proceso, se ha considerado procedente mantener el pago por el padre de gastos de hijo, lo que autoriza y prevé la norma.

El cumplimiento pues de los 26 años que señala el precepto, no genera de modo automático la extinción del deber de los padres, porque, aun siendo reiterativos, por vía de acuerdos, (convencional) o, judicialmente, puede prolongarse el mismo».

Pero si se lee con detenimiento el párrafo transcrito teniendo en mente lo dispuesto en el art. 93 CC, su sentido es claro; lo que para la sentencia permite la continuidad de la prestación establecida en la sentencia matrimonial no es que concurran los presupuestos que el art. 93 CC establece para que en el pleito matrimonial pueda ser debatido el derecho de alimentos de los hijos conforme al art. 142 CC, sino que el deber de crianza y educación se ve prorrogado por darse los presupuestos que para ello exige el art. 69 CDFA.

Y al respecto no parece ocioso recordar aquí la doctrina sentada por esta Sala desde su S 8/2009, que distingue claramente entre la continuidad del deber de crianza y educación de los padres para con los hijos mayores edad, y los alimentos entre parientes, en interpretación del entonces en vigor art. 66 L 13/2006 de esta Comunidad Autónoma:

[E]l referido artículo 66.1, en sede del deber de crianza y autoridad familiar, contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o la emancipación, y se distingue con claridad entre los gastos de crianza y educación de los alimentos en sentido estricto.

Doctrina que es reiterada en otras sentencias posteriores de esta Sala, como la nº 24/2013, según la que:

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

En consecuencia, como quiera que la Sala de apelación no aplicó el art. 69 CDFA por llamada alguna al mismo del art. 93 CC, sino que mantiene la obligación de pago como continuación sin solución de continuidad de la establecida en su día cuando el hijo era menor, este primer motivo de casación no puede ser acogido.

#### **Tercero.- SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN**

Se denuncia en este motivo la infracción del art 69 CDFA –así lo entendemos aunque no se cita de manera expresa– porque no ha sido acreditado durante el proceso que concurran las razones que han llevado a las sentencias de ambas instancias a establecer la obligación de pagar alimentos al hijo común Alexis una vez que este ha superado ampliamente la edad de 26 años. Se dice asimismo en el motivo que las sentencias deberían justificar adecuadamente las razones que les ha llevado a tal conclusión.

Articulado el motivo como motivo de casación, y como quiera que es ajeno a este recurso extraordinario todo lo relativo a normas procesales, no cabe entrar en esta última afirmación, dirigida a combatir la suficiencia de la motivación de la sentencia.

Y también es ajeno al recurso de casación todo lo relativo a la valoración de la prueba realizada por los tribunales de instancia, por lo que no es dable entrar a conocer sobre el juicio de hecho que llevaron a cabo.

Así las cosas, y para decidir el motivo que nos ocupa hemos de partir de las afirmaciones de la sentencia de segundo grado, en la que se dice:

«Con respecto al hijo Alexis, tampoco se invocan en la demanda hechos que se ajusten a la realidad, visto el resultado de la prueba practicada en el proceso.

En definitiva, se ha probado que Alexis está matriculado durante el curso académico 2015/2016 en el cuarto curso de Grado en Educación Infantil, cursando en el Centro Superior Universitario L Salle (adscrito a la Universidad Autónoma de Madrid), esa misma anualidad, el cuarto año de grado de Educación Primaria. Ha trabajado en un contrato temporal durante unos ocho meses, a tiempo parcial (repcionista de gimnasio).

No ha acabado su formación ni es independiente económicamente.

Evidentemente, ha superado los veintiséis años, sin embargo, está culminando su formación superior, y no puede esgrimirse, ni existe prueba, que determine dejadez ni desidia en su búsqueda de autonomía personal, máxime si se valora la temprana edad que contaba cuando el divorcio de los padres, la difícil situación en que quedó con su madre, con un hermano enfermo, del que consta, según denuncia de la madre [...] sufrió episodios agresivos».

La cuestión es, entonces, si estas razones responden o no a los presupuestos que esta Sala ha señalado para que pueda ser mantenido a cargo del actor el deber de crianza y educación respecto de su hijo una vez alcanzada la edad de 26 años; presupuestos que hemos identificado en numerosas resoluciones, como nuestras SS 10/2012 o 7/2015, y son: 1) que el hijo no haya completado la formación profesional; 2) que no tenga recursos económicos; y 3) que sea razonable exigir a los padres el cumplimiento del deber de costearlos.

Pues bien, todos y cada uno de estos elementos son de apreciar en el caso según resulta de los hechos tenidos por acreditados en la instancia. Alexis se encuentra en los últimos estadios de su formación; carece de suficientes recursos económicos; y es razonable exigir de su padre que continúe afrontando sus gastos, dada la actitud del menor en la búsqueda de su autonomía.

#### **Cuarto.- TERCER MOTIVO DE CASACIÓN**

En este motivo se impugna la sentencia de primer grado porque no establece un límite temporal a la obligación de continuar atendiendo al deber de crianza y educación que establece; y porque se mantiene la misma a pesar de que el hijo superado la edad de 26 años.

En lo que toca al primero de los aspectos, el recurrente no da razón alguna por la que la falta de tal determinación temporal supone la infracción del art. 69 CDFA que denuncia. Tampoco dicho precepto la exige, ni la Jurisprudencia de esta Sala lo ha impuesto en su interpretación. Por tanto el motivo ha de ser rechazado en este punto.

El núcleo del segundo de los aspectos mencionados en el motivo reside en el alegato que sigue:

«Si esta parte no ha entendido mal la argumentación de la sentencia recurrida, esta pretende constituir en sí misma la resolución judicial que exige el párrafo segundo del citado artículo para justificar la prórroga de la obligación de pago pasada la edad legal. Ahora bien, la jurisprudencia de este Tribunal resulta clara a la hora de interpretar que la determinación convencional o judicial de esta prórroga debe haberse establecido con carácter previo a alcanzar el hijo los 26 años, sin perjuicio de que, como más adelante se verá, este hijo tenga derecho a solicitar de su padres unos alimentos si los necesita».

Ciertamente esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el impacto que la superación por el hijo de la edad de 26 años tiene en la prolongación del deber de crianza y educación por el padre que establece el art. 69 CDFA. A tal efecto han de ser citadas las SS n° 8/2009, 3/2010; 11/2011 15/2011, 20/2012 y 24/2013. Todas ellas contienen expresiones referidas a que tal acontecimiento determina la extinción de la obligación de crianza prestada con dicha base legal, y que una vez producida la extinción no es posible rehabilitarla; pero no es menos cierto que en ninguna de estas ocasiones hemos dicho que la extinción se produce *en todo caso*, sino que admite excepciones; finalmente, la *ratio decidendi* por la que hemos denegado la prórroga no fue en ninguna de ellas el mero aspecto cronológico, sino que la decisión fue tomada porque la formación o había sido abandonada (S 8/2009), o terminada (S 24/2013), o se pretendía una formación complementaria (SS 11/2011, 15/2011, 20/2012).

La posibilidad de que este deber se extienda a hijos que hubiere alcanzado la edad fijada en la norma, por lo demás, se encuentra en su propio texto, cuando establece como excepción que *convencional o judicialmente se hubiera fijado una distinta*.

Sostiene el actor en su recurso que el acuerdo o la decisión judicial contemplados en último inciso del art. 69 CDFA ha de ser necesariamente anterior a que se produzca la extinción por razón de la edad, y que a tal efecto no puede servir la sentencia que decida la pretensión del alimentante de que se declare extinguida la debida a hijos que ya hubieran superado los 26 años, por lo que, al haberlo hecho así, la sentencia impugnada habría infringido el art. 69 CDFA.

Al efecto afirma en el recurso que:

«[...] lo cierto es que en el momento de la presentación de la demanda ya se cumplía el presupuesto para la extinción de la obligación del pago de la pensión de alimentos pues para entonces Alexis ya había cumplido la edad límite legalmente prevista de 26 años sin que existiera convenio entre los progenitores, ni decisión judicial que otra edad determinara».

El texto del art. 69 CDFA es claro en cuanto que el mantenimiento del deber de los padres de continuar sufragando los *gastos de crianza y educación* se prorroga una vez alcanzada la mayoría de edad y hasta los 26 años sin necesidad de acuerdo ni decisión judicial, si se dan los presupuestos establecidos en la norma. Es igualmente claro cuando dispone que, alcanzada dicha edad, es necesario un acuerdo o una decisión judicial que la sustente. Nada dice en cambio la norma expresamente sobre el tiempo en que tal acuerdo o decisión judicial han de tener lugar.

Pues bien, compartimos en este punto el criterio sustentado en el recurso de que la prolongación del deber de crianza y educación expira al cumplir el alimentista la edad de 26 años, pues así resulta de la norma, y es doctrina de esta Sala que ha quedado más arriba reflejada que, una vez extinguido, no puede ser rehabilitado, de todo lo cual se deduce que la decisión por

la que haya de extenderse más allá del límite legal debe ser anterior a que éste sea alcanzado.

Ahora bien, contrariamente a lo que ahora sostiene el recurrente, en el hecho primero de su demanda –presentada el día 31 de octubre de 2014– lo que indica es que Alexis cuenta con 26 años el próximo 7 de diciembre, lo que ciertamente concuerda con su fecha de nacimiento, el 7 de diciembre de 1988.

Esto es, al tiempo de la presentación de la demanda, al que ha de atender para resolver la cuestión planteada, de acuerdo con el principio de la *perpetuatio* (arts. 410 LEC, 411 LEC, 412 y 413 LEC), no se había producido la extinción de la pensión fijada en la sentencia de divorcio como contribución al sostenimiento de D. Alexis, por lo que no hay razón alguna para que, debatido en el proceso si se dan las condiciones establecidas, pueda ser decidido que se supere el límite legal de 26 años.

Y en apoyo de tal conclusión puede ser citada la STS 223/2011, de 12 de abril de 2011 cuanto señala, en el mismo sentido que la anterior STS 424/2010, que:

«Los pleitos deben resolverse conforme al estado de cosas existente al tiempo de producirse la litispendencia (artículos 412 y 413 LEC), sin que tampoco sea posible esta modificación en la segunda instancia, pues el recurso de apelación no autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera («pendente appellatione nihil innovetur» SSTS 21 noviembre 1963, 19 de julio de 1989, 21 abril 1992, 9 junio 1997)».

En consecuencia, procede también el rechazo de este tercer motivo de casación.

**Quinto.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2016 en rollo de apelación nº 568/2016.

Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha hecho valer.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Librese a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

#### NÚM. 17

S. TSJA 18/2017,  
de 15 de septiembre de 2017

**6434. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA INDIVIDUAL: Conflictiva relación entre los progenitores: La conflictiva relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia (SS 36/2013, 46/2012, 11/2014, 37/2015, 28/2016), pero sí ha de serle reconocida tal importancia cuando por su intensidad pueda ir en perjuicio del menor (S 10/2015, STS 559/2016). En el presente caso, cabe concluir que la conflictividad existente entre los progenitores sí perjudicaría a la menor de establecer un sistema de custodia compartida, lo que se erige como un importante obstáculo para adoptarlo.**

**Estabilidad del menor:** *Hemos dicho en diversas ocasiones que la ruptura de los padres necesariamente ha de provocar cambios en las rutinas de los hijos menores, y que estos pueden ser razonablemente asumidos por estos (S. 13/2014). Pero lo dicho no impide entender que uno de los factores que han de ser tenidos en consideración para valorar el interés del menor es su estabilidad, pues así resulta del art. 2.3.d LO 1/1996, de protección jurídica del menor (redacción de 2015). Es por ello por lo que este Tribunal (S. 48/2013), lo mismo que el TS (SS 283/2016 y 553/2016), ha rechazado por ser contrario a esta necesaria estabilidad del menor el sistema de custodia compartida de alternancia diaria con pernocta. Afirma el TS que si se acude al sistema de custodia compartida ha de ser para que los menores tengan «estabilidad alternativa» con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80.2 CDFA.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La primera cuestión que ha de ser abordada por esta Sala es la alegación en contra de la admisión del recurso efectuada por la parte recurrida en su escrito de oposición.

Sostiene dicha parte que el recurso no debió ser admitido porque desconoce los hechos sentados como probados en la instancia.

Tal alegado no puede ser admitido, pues lo que alega el recurrente son infracciones de norma material imperativa par-

tiendo de la valoración de los hechos sentados por el tribunal de instancia, que no pretende sean alterados por la Sala, sino sus consecuencias jurídicas.

**Segundo.-** El único motivo de casación que D. A. hace valer contra la sentencia de la secc. 2ª Audiencia Provincial, que confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 16, que denegó la modificación de las medidas acordadas en la anterior sentencia de fecha 22 de enero de 2013, dictada en autos de guarda, custodia y alimentos de la hija común no matrimonial de los litigantes, P., nacida en día 26 de agosto de 2010, afirma infracción del art. 80 del CDFA, pero su desarrollo indica que la infracción se predica exclusivamente del apartado nº 2 de dicha norma.

Las medidas cuya modificación se pretende son el sistema de custodia individual atribuida a la madre, que se quiere mutar por el de custodia compartida por días alternos con pernocta; y la obligación de alimentos para la hija común por importe de 400€ mensuales establecida a cargo del actor, cuya supresión se pide, como una consecuencia del cambio del régimen de custodia, para que cada uno de los padres asuma los gastos ordinarios de alimentación y vestido en las fechas en que la menor esté en su compañía, así como los extraordinarios no necesarios que decida unilateralmente; que ambos contribuyan con la suma mensual de 100€ para cubrir los gastos de libros y material escolar, ocio y demás gastos ordinarios necesarios; y que asimismo ambos contribuyan al cincuenta por ciento a sufragar los gastos extraordinarios necesarios.

El actor propone una custodia compartida por días alternos, con fines de semana también alternos, de tal forma que P. pernoctase con su madre los lunes y los miércoles, y con él los martes y los jueves los días entre semana, manteniéndose el régimen de los fines de semana. Y arguye en el hecho

tercero de su demanda que «este sistema, en realidad, es una ampliación del que ya se viene siguiendo, con visitas intersemanales los martes y jueves, en los que P. pasa las tardes desde la salida del colegio hasta las 20 horas con su padre. Ahora se trataría de que esos días, los martes y los jueves, la niña pueda pernoctar con su padre, logrando de este modo una relación más equilibrada con ambos progenitores».

La modificación se pide exclusivamente por el hecho de que la menor ha alcanzado la edad de cinco años, dado que la sentencia de la Audiencia que decidió el primer proceso estableció que:

«Una vez la menor cumpla los cinco años de edad, se planteará por los progenitores la conveniencia de pasar al sistema de guardia y custodia compartida en caso de discrepancia en ejecución de Sentencia y previo informe del Gabinete Psicosocial se planteará, si procede, fijar la guardia y custodia compartida de la menor».

No alega el actor otra variación de circunstancias que justifiquen la modificación de la pensión alimenticia, pero entiende que el cambio del sistema de custodia justifica el que pide en relación con dicha obligación a su cargo.

La sentencia de primer grado rechaza el cambio en el sistema de custodia por entender acreditado que el individual acordado sigue siendo el más adecuado al interés de P., dado que el alto grado de conflictividad existente entre los padres –manifestado durante los cinco años transcurridos desde el primer proceso– impide cualquier grado de colaboración entre ellos en relación a las cuestiones referidas a la hija común; y que ha sido constatada por el informe psicológico practicado la ausencia de toda necesidad de introducir cambios en la actual situación de la menor, en tanto que ha permanecido con su madre desde su infancia, que ésta le pro-

porciona estabilidad y seguridad, requiriendo su presencia en los momentos de dificultad personal, y que la menor muestra su agrado con la situación actual. Todo ello sin perjuicio de las buenas relaciones que la menor mantiene con su padre.

Extrae el juzgador de primer grado todo lo anterior de la valoración del informe psicológico elaborado por el equipo adscrito a los juzgados de familia, en el que se concluye que resulta absolutamente desaconsejable la *medida de ejercicio de la custodia compartida, pues supondría hacer a la menor partícipe de dos mundos no interrelacionados, sin comunicación ni coparticipación entre ambos, lo que no resultaría beneficioso para la misma*. Destaca el juzgador de primer grado que frente al anterior dictamen no ha sido practicada ninguna otra prueba que los desvirtúe.

La sentencia recurrida acoge en lo sustancial los argumentos desenvueltos en la sentencia apelada, y añade:

«El actor alega que los anteriores conflictos judiciales se debían a meros problemas interpretativos de las medidas judiciales, y el examen de las múltiples resoluciones recaídas aportadas revela la clara inconsistencia de ese fundamento, hasta el punto de haberse estimado necesaria la intervención de profesionales para efectuar las entregas y recogidas de la menor, y la persistencia del actor en la exigencia de cuestiones fácilmente solventables.

Finalmente, tampoco cabe entender que una custodia por días alternos vaya dirigida a proteger el interés de la hija, como sostiene el recurrente, sabido como es que incluso en cualquier adulto, semejante trasiego y cambios de domicilio, alternarían su necesario sosiego y tranquilidad, revelándose esa petición como únicamente favorable a su exclusiva convivencia e interés personal».



El recurrente sostiene que la decisión adoptada en la instancia infringe el art. 80 CDFA porque las dos sentencias tienen en esencia por base para denegar el establecimiento de un sistema de custodia compartida la constatación de una mala relación entre los progenitores que recoge el informe psicosocial, y ello, a su parecer, contradice los criterios establecidos en las sentencias de esta Sala que cita.

**Tercero.-** La sentencia de primer grado, en problemática no abordada ya en la de apelación, contiene la Jurisprudencia existente sobre la necesidad de una alteración de circunstancias para que pueda procederse a la modificación de medidas ya adoptada en los procedimientos de familia como el que nos encontramos. Pero como en dicha sentencia se sostiene, la oportunidad de este nuevo examen del sistema de custodia a que se ha de sujetar la menor P. se desprende de la misma sentencia que estableció el de custodia individual atribuida a la madre actualmente en vigor, que dispuso que, una vez que la menor cumpliera los cinco años de edad, *se planteará* por los progenitores la conveniencia de pasar al sistema de guardia y custodia compartida en caso de discrepancia en ejecución de Sentencia.

#### **Cuarto.-** MOTIVO ÚNICO DE CASACIÓN

El único motivo en que se sustenta el presente recurso de casación afirma infracción del art. 80 del CDFA.

En apoyo de tal motivo sostiene el recurrente que los dos Tribunales de instancia han *obviado todos y cada uno de los factores recogidos expresamente por la legislación aplicable a tener en cuenta a la hora de establecer uno u otro sistema de custodia, y se separa de la regla general que ha de ser la compartida sin justificar tal decisión más allá de la constatación de una mala relación que el gabinete psicosocial entiende incompatible con una custodia compartida, y afirma además que la relevancia que la*

sentencia recurrida da a la mala relación entre los progenitores como factor que se opone a la custodia compartida contradice la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 2012, 17 de febrero de 2014 y 18 de diciembre de 2015.

La lectura de las sentencias refleja que dos son las razones por las que se deniega el cambio de sistema de custodia: La primera, la conflictiva relación entre los progenitores; la segunda, la inadecuación del concreto sistema de cambio diario de progenitor custodio que se propone, que la Sala de apelación entiende que alternaría el necesario sosiego y tranquilidad de la menor. Ambas han sido incluidas entre los factores a considerar, como se verá de lo que sigue, por lo que no podemos compartir la afirmación del recurrente de que han sido omitidos todos y cada uno de los establecidos en la norma.

Con relación al primero de los factores, esta Sala ha señalado, en la misma línea sentada por el TS, que no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia (SS n° 36/2013, 46/2013, 11/2014, 37/2015, 28/2016), pero sí ha de serle reconocida tal importancia cuando por su intensidad pueda ir en perjuicio del menor; así la hemos tenido como factor contrario al establecimiento de la custodia compartida en nuestra S 10/2015, al igual que el TS lo ha entendido en SS tales como la n° 559/2016.

En el presente caso, la Sala de apelación destaca que ha sido necesario el pronunciamiento de una sentencia para regular el mecanismo de entrega de la menor a través de un punto de encuentro, y, en conclusión que extrae del informe psicológico elaborado por el equipo psicosocial, señala que la mala relación existente entre los padres sí repercute negativamente en la menor, aspecto este para cuya debida apreciación parece oportuno hacer uso de la facultad integradora de los hechos de que

dispone el Tribunal de casación (STS n° 159/2006), a fin de recoger determinados extremos de especial significado del citado informe, sin que ello suponga alteración del resultado probatorio alcanzado en la instancia. Así puede leerse en el informe.

«La comunicación entre los progenitores es inexistente, comunicándose en las ocasiones en las que no queda más remedio mediante otras personas o instituciones [...]

En la situación de este grupo familiar, la muy elevada conflictividad entre los progenitores, la ausencia total de comunicación entre ellos, las discrepancias educativas existentes en todos los aspectos relativos a su hija común, son factores que no solamente exceden los que puedan considerarse habituales en una pareja en proceso de ruptura, sino que tanto cualitativa como cuantitativamente son de mucha mayor entidad, se mantienen en el tiempo desde la ruptura, e incluso han venido incrementando en intensidad desde la misma, pudiendo llegar a afectar a la calidad de los cuidados recibidos por la menor, al no ser capaces los progenitores de consensuar ningún tema relativo a la misma. [...]

[L]a introducción en la vida de la niña de un sistema de custodia alterna en el que no se comparta entre los progenitores su devenir cotidiano, sino que implique para ella que cada padre en su período de tiempo de custodia asume la responsabilidad exclusiva, haciendo que Paula permanezca alternamente en dos mundos no interrelacionados, sin comunicación ni coparticipación entre ambos no resultaría beneficioso para la menor».

En definitiva, pese a lo argüido por el recurrente, de los anteriores datos cabe concluir que la conflictividad existente entre los progenitores sí perjudicaría a la

menor de establecerse un sistema de custodia compartida, lo que se erige como un importante obstáculo para adoptarlo, de acuerdo con la Jurisprudencia que ha quedado reseñada.

**Quinto.-** El segundo de los factores que ha llevado a la Sala de apelación a rechazar el recurso ante ella interpuesto consiste en la falta del necesario sosiego y tranquilidad de la menor provocada por el constante trasiego y cambio de domicilio en razón de la alternancia diaria con pernocta que se pide como sistema de custodia compartida.

Pues bien, hemos dicho en diversas ocasiones que la ruptura de los padres necesariamente ha de provocar cambios en las rutinas de los hijos menores, y que estos pueden ser razonablemente asumidos por estos. Así nuestra S n° 13/2014:

«En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia, según hemos visto».

Pero lo dicho no impide entender que uno de los factores que han de ser tenidos en consideración para valorar el interés del menor es su estabilidad, pues así resulta de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor tras su modificación por la LO 8/2015, cuyo artículo 2.3.d) establece como elemento que ha de ser tenido para ponderar los criterios a que atender para determinar en cada caso dicho interés:

«La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del

menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro».

Es por ello por lo que este Tribunal ya ha entendido que, en general, el sistema de alternancia diaria como el solicitado en S 48/2013 no es adecuado; y en el mismo sentido el TS ha rechazado por ser contrario a esta necesaria estabilidad del menor el sistema de custodia compartida de alternancia diaria con pernocta como el que se propone en SS 283/2016 y 553/2106, en las que se afirma que si se acude al sistema de custodia compartida ha de ser para que los menores tengan *estabilidad alternativa* con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

Si a todo ello unimos que en la instancia ha sido declarado probado sin elemento alguno de prueba en contrario, y sin que hubiera sido objeto de impugnación por motivo de infracción procesal, que las preferencias de la menor se decantan por el mantenimiento de la situación actual, que se encuentra especialmente unida a su madre, quien representa la principal figura de su mundo afectivo, y que es ella la que proporciona a la menor estabilidad y seguridad, no cabe sino entender que la sentencia impugnada no infringe el art. 80 CDFa al mantener la custodia individual, pues, como hemos dicho en multitud de ocasiones, dicha norma no impide la adopción de un sistema de custodia individual cuando el tribunal estime motivadamente que este, y no el de custodia compartida, es el que mejor responde al interés del menor, y así lo hemos indicado en SS como nº 10/2015, en la que se lee en relación con tal norma:

«Sin embargo, este carácter preferente al que se refiere la dicción literal del precepto, 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, fijadas en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida».

En consecuencia con todo lo dicho, procede la desestimación del único motivo de casación hecho valer.

**Quinto** [sic].- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la especial naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer aplicación del criterio objetivo del vencimiento.

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

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2017 dictada por la Secc. 2ª de la AP de Zaragoza en el rollo de apelación nº 790/2016.

No hacer imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

## NÚM. 18

S. TSJA 20/2017

de 22 de septiembre de 2017

**6434. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA COMPARTIDA:** Inaplicación del régimen preferente: *Atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en numerosas sentencias sobre la preferencia legal por la custodia compartida en interés del menor (por todas, STSJA de 6 abril 2015), y estimados los motivos de infracción procesal, el Tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente fundada en la infracción del art. 80.2 CDFA por inaplicación del régimen preferente de la custodia compartida, puesto que un examen detenido de las actuaciones pone de manifiesto que no existe óbice alguno (ni en la exploración del menor, ni en la prueba documental, ni en el informe pericial) para que se acuerde el régimen legal preferente de custodia compartida.*

*Valoración errónea de la exploración judicial del menor: Resulta evidente que la valoración de la exploración del menor que se plasma en la sentencia recurrida no se corresponde adecuadamente con lo manifestado por el menor, ni en su contenido literal, ni en su sentido, debiéndose calificar como manifiestamente errónea. Y ello porque de la escueta valoración que se recoge en sentencia parece deducirse, como elemento esencial, algo que no manifestó el menor: que el hijo queda bajo la custodia de la abuela cuando le corresponde residir con su padre, cuando lo que verdaderamente se recoge en la declaración del menor es que él y su padre residen en casa de su abuela, algo muy distinto. Por otra parte, en la sentencia se omiten referencias muy relevantes, expresadas en el acta de exploración, como la buena adaptación del menor al régimen de custodia compartida al expresar que le gusta más que la situación anterior y que ambos padres*

*le llevan al colegio y a las actividades extraescolares y le ayudan con sus deberes.*

*Valoración errónea de la prueba documental: Resulta palmario que la sentencia recurrida incurre en un error manifiesto al declarar acreditado que el marido es Secretario del Consejo de Administración de la empresa F.F.A. S.L. y por ello se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de la empresa F.F.A. S.L. por períodos que van de una semana a quince días. Sin embargo, lo cierto es que lo que verdaderamente acredita la prueba documental es que el Sr. C. es secretario del consejo de administración y consejero delegado solidario de la mercantil N. S.L., cuyo domicilio se encuentra en ... (Zaragoza). La circunstancia de que la S.L. F.F.A. esté participada exclusivamente por N. S.L. en nada empece el error valorativo padecido por la sentencia recurrida. Por todo ello, el motivo se estima. No se aprecia error, en cambio, en la apreciación de la duración del contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la esposa.*

**6435. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: LIMITACIÓN TEMPORAL:** Decisión discrecional del Juez: *La fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo entre ellos, constituye una decisión discrecional del Juez, valorando las circunstancias concurrentes, sin que corresponda al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, a salvo de apreciar arbitrariedad o razonamiento irracional o ilógico, lo que no ocurre en el presente caso, en que el tribunal de apelación se ha limitado a ampliar en un año la atribución del uso de la vivienda.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 469.1.4º Lec., 24 CE, 80.2 y 81.3 CDFA.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.- ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. Los actores contrajeron matrimonio en fecha 1 de julio de 2005, fruto del cual nació, el 21 de marzo de 2007, el hijo común J. I.

2. Presentada demanda de divorcio por el esposo, en ella se solicita, por lo que a este recurso interesa, la custodia compartida sobre el menor por semanas alternas, así como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, propiedad privativa suya. La esposa contesta a la demanda solicitando la atribución de la custodia individual sobre el hijo, con régimen de visitas a favor del padre, así como la atribución del uso de la vivienda familiar durante un período de tres años.

3. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 18 de mayo de 2016, estimando parcialmente la demanda, atribuye la custodia compartida sobre el hijo menor a ambos progenitores por semanas alternas de lunes a lunes. Asimismo, concede el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta el 30 de abril de 2017, fecha en que deberá desalojar la misma, dejándola libre, vacua y expedita a disposición del actor.

4. Interpuesto recurso de apelación por la esposa, la sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de marzo de 2017, estima en parte el recurso, revocando la dictada por la primera instancia, en el sentido de otorgar a la madre la custodia individual del hijo menor y ampliar a dos años el período de atribución del uso a la esposa de la vivienda familiar.

5. Para pronunciarse sobre el régimen de custodia aplicable, la sentencia de apelación valora la prueba en los siguientes términos:

a) En lo que se refiere al informe pericial psicológico, señala:

«El informe pericial psicológico practicado (f. 369 y ss.) aconseja la custodia materna, señalando que el menor se encuentra muy unido a su madre, la que ha sido la principal figura encargada de su cuidado y atención cotidianos, habiendo mantenido el padre una actitud pasiva y menos atenta a sus necesidades y demandas. Pone de relieve que el niño desea seguir viviendo con su madre, no queriendo cambios en su vida, oponiéndose a la petición del padre, aunque desearía ver más a éste, siendo consciente de la alta tensión existente entre sus padres.

La perito constata una elevada discrepancia en los estilos educativos de los progenitores, siendo más normativo y autoritario el del padre, el que el menor percibe cuando apunta que se enfada con él a menudo, siendo muy estricto y exigente en el ámbito académico, también la ausencia de comunicación entre los padres y pautas muy inadecuadas de resolución de conflictos.

Señala que la petición del padre responde más a sus propias necesidades y a ejercer sus derechos que a proporcionar el bienestar del menor.»

b) Respecto de la exploración del menor, establece:

«En esta alzada se ha oído al menor, el que ha manifestado estar más tranquilo, vivir, cuando le corresponde con su padre con su abuela, y que ambos, padre y madre le lleven al colegio.»

c) En relación a la documental, indica:

«El padre es socio de varias empresas familiares, y Consejero Delegado Solidario y Secretario de Administración de N., S. L., y Secretario del Consejo de Administración de F. F., S. L., dedicada ésta a la actividad

agrícola y ganadera. Se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de esta última de una semana a quince días.»

6. Partiendo de tal valoración, concluye sobre la custodia:

«Todo lo expuesto revela, ante la ausencia de un plan concreto determinante de cómo, y en qué condiciones asumiría el padre el cuidado cotidiano del hijo menor, y sus amplios requerimientos laborales, frente a los de la esposa, que el menor quedaría bajo el cuidado de la abuela paterna cuando a él correspondiese el período de custodia, cuanto tal delegación no se contempla legalmente como real ejercicio de las responsabilidades paterno-filiares.

El menor, hasta ahora, se encontraba plenamente adaptado a su forma de vida, la que no debe quedar alterada por las nuevas expectativas de los progenitores cuando no van encaminadas a procurar su estabilidad y bienestar.

Por ello, en interés del menor, procede otorgar su custodia individual a la madre, por revelarse tal medida más adecuada para preservar su correcto desarrollo (Art. 80 C.D.F.A.).»

7. Por lo que se refiere al uso del domicilio familiar, la sentencia establece:

«Finalmente, y por lo que respecta a la vivienda familiar sita en ..., es privativa del actor, y en ella ha residido la familia durante 10 años. La demandada solicita: un uso por tres años. Dos años (desde el dictado de la Sentencia de instancia), se considera suficiente para así poder ocupar la vivienda de su propiedad, una vez se extinga el arrendamiento que sobre ella pesa, plazo que finalizará el 30 de abril de 2018».

8. Frente a dicha sentencia, el esposo interpone recurso de casación alegando como infringidos los arts. 80.2 y 81.3 CDF.A. Alega también tres motivos de in-

fracción procesal, todos ellos al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, al entender que la valoración probatoria recogida en la sentencia recurrida es arbitraria, irracional y manifiestamente errónea.

#### **Segundo.- PRIMER MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL**

9. En el primer motivo, bajo la cobertura del art. 469.1.4º LEC, como se ha indicado, el recurrente afirma que la Audiencia Provincial ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba de exploración judicial del menor, puesto que en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, como única referencia a la audiencia del menor, se dice textualmente: *«En esta alzada se ha oído al menor, el que ha manifestado estar más tranquilo, vivir, cuando le corresponde con su padre con su abuela, y que ambos, padre y madre le lleven al colegio»*. Sin embargo, en la transcripción mecanográfica del acta de exploración del menor obrante en autos (folio 36), que tuvo lugar el 18 de enero de 2017, se recogen literalmente las siguientes manifestaciones del hijo común: *«Está bien en la situación actual que le gusta más como ahora que como antes, que las casas de su padre y madre están relativamente cerca, que cuando está con su padre viven en casa de la abuela, que cuando está con su madre le lleva al cole en coche y luego se va a trabajar al hospital, que su padre también le lleva al cole, que las actividades extraescolares las hace igual con uno que con otro, que cuando necesita ayuda con los deberes le ayudan los dos»*.

10. Entiende el recurrente que dicha valoración no refleja con exactitud lo manifestado por el menor, omitiendo datos relevantes, y que, de dicha valoración errónea de la exploración, la Audiencia Provincial extrae dos conclusiones irrazonables:

que el menor queda bajo la custodia de la abuela paterna cuando le corresponde la estancia con el padre; y que la custodia compartida supone una alteración de su régimen de vida anterior, puesto que en el mismo fundamento segundo de la sentencia se indica: *«El menor, hasta ahora, se encontraba adaptado a su forma de vida, lo que no debe quedar alterado por las nuevas expectativas de los progenitores...»*.

11. Resulta evidente que la valoración de la exploración del menor que se plasma en la sentencia recurrida no se corresponde adecuadamente con lo manifestado por el menor, ni en su contenido literal, ni en su sentido, debiéndose calificar como manifiestamente errónea. Y ello porque de la escueta valoración que se recoge en sentencia parece deducirse, como elemento esencial, algo que no manifestó el menor: que el hijo queda bajo la custodia de la abuela cuando le corresponde residir con su padre, cuando lo que verdaderamente se recoge en la declaración del menor es que él y su padre residen en casa de su abuela, algo muy distinto.

12. Por otra parte, en la sentencia se hacen unas breves referencias, esquemáticas y carentes de un sentido preciso, sobre la situación del menor y, sin embargo, se omiten otras mucho más relevantes, expresadas en el acta de exploración. Así, la sentencia se limita a indicar que el menor manifiesta estar más tranquilo y que su padre y su madre le llevan al colegio, omitiéndose el verdadero sentido que resulta de las manifestaciones del menor, que no es otro que la buena adaptación de éste al régimen de custodia compartida, puesta de manifiesto al expresar que la situación actual le gusta más que la anterior –la exploración se realiza cuando el menor lleva casi ocho meses en el nuevo régimen– y que ambos progenitores le llevan al colegio y a las actividades extraescolares y le ayudan con sus deberes.

13. De lo expresado cabe concluir que la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial del acta de exploración del menor conculca el art. 24.1 CE, por incurrir en un error palmario, debiéndose estimar el motivo alegado.

**Tercero.-** SEGUNDO MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL

14. Como en el motivo anterior, al amparo del art. 469.1.4º LEC, el recurrente alega que la Audiencia Provincial ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba al establecer como probado que es Secretario del Consejo de Administración de la mercantil F. F., S. L., cuando en la documental aportada consta aportado un certificado firmado por la presidenta y un vocal de la empresa N., S.L. (folio 302) en el que expresamente se certifica en el apartado Cuarto que el actor, «De las sociedades C. y D., S.L., D., S.L. y F. F. A., S.L. no desempeña cargo, ni tiene titularidad accionarial, ni obtiene remuneración alguna».

15. En la sentencia de primera instancia no se hace mención alguna a tal hecho y, en la de apelación, se considera acreditado el cargo de Secretario del Consejo de Administración de la empresa F. F., S.L. sin que conste referencia a medio probatorio alguno. Por su parte, el escrito de alegaciones presentado por la representación de la esposa –parte recurrida en casación– no solo no indica la prueba que justifica la atribución del cargo, sino que parece admitir que el actor no lo ejerce, puesto que señala que «El hecho de que no desempeñe cargo alguno en F. F. A., S.L. es irrelevante, puesto que la empresa principal está ubicada en la zona de B. y es la que impide la presencia física del padre, con carácter permanente en Zaragoza para ostentar el ejercicio de una guarda y custodia compartida».

16. En el recurso se ataca también otro hecho probado que en la sentencia parece deducirse del anterior a modo de conclusión, al considerar acreditado que el esposo se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de la empresa F. F. A., S.L. por períodos que van de una semana a quince días, bien es cierto que sin que se identifique si esos traslados son mensuales o por temporada agrícola, cuestión muy relevante.

Este hecho tampoco viene mencionado en la sentencia de primera instancia, y la de apelación no contiene referencia alguna al medio probatorio que lo acredita.

El recurrente afirma que se trata de una mera alegación de la parte contraria, contenida en el hecho sexto de su contestación a la demanda y, la parte recurrida, en su escrito de alegaciones al recurso de casación, se limita a indicar que no es una manifestación arbitraria, ni injustificada, que toda la prueba documental obrante en las actuaciones indica su lugar de trabajo. Sin embargo, lo cierto es que lo que verdaderamente acredita la prueba documental es que el Sr. C. es secretario del consejo de administración y consejero delegado solidario de la mercantil N., S.L., cuyo domicilio se encuentra en ... (Zaragoza), como se desprende, entre otros documentos, de las nóminas del Sr. C. (folios 286 y siguientes).

17. Por lo expuesto, resulta palmario que la sentencia incurre en un error manifiesto al declarar acreditado que el recurrente es Secretario del Consejo de Administración de la empresa F. F. A., S.L. La circunstancia de que esta sociedad esté participada exclusivamente por N., S.L., tal como afirma la representación de la esposa en el escrito de alegaciones al recurso, y reconoce el hoy recurrente, entre otros en su escrito de oposición al recurso de apelación, en nada empece el error valorativo padecido por la sentencia recurrida. Por todo ello, debe estimarse el motivo.

#### **Cuarto.- TERCER MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL**

18. Al igual que en los dos motivos anteriores, fundándose en el art. 469.1.4º LEC, el recurso entiende que la sentencia recurrida ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba documental, al considerar acreditado en su fundamento de derecho tercero que el arrendamiento de la vivienda propiedad de la esposa finaliza el 30 de abril de 2018, cuando del contrato de arrendamiento, obrante al folio 308, se desprende que finaliza en abril de 2017, puesto que se inició con fecha 1 de abril de 2012, pactándose una duración de un año y, llegada la fecha de vencimiento del contrato, se podría prorrogar cuatro años más, siendo el total, por tanto, de cinco años de duración. En la sentencia de primera instancia expresamente se indica que dicho arrendamiento finaliza en abril de 2017. Precisamente por ello se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar –privativa del esposo– hasta el 30 de abril de 2017, por cuanto a partir de dicha fecha ya puede disponer de la suya.

19. La sentencia de apelación, en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar, establece: «La demandada solicita: un uso por tres años. Dos años (desde el dictado de la Sentencia de instancia), se considera suficiente para así poder ocupar la vivienda de su propiedad, una vez se extinga el arrendamiento que sobre ella pesa, plazo que finalizará el 30 de abril de 2018».

La redacción del párrafo es imprecisa, puesto que hace dudar si el plazo que finaliza el 30 de abril de 2018 es el del contrato de arrendamiento o, por el contrario, el de atribución del uso de la vivienda a la esposa. Sin embargo, lo cierto es que cabe decantarse por esta última interpretación, puesto que parece la más lógica. En primer lugar, porque el contrato de arrendamien-



to no finaliza el 30 de abril, dado que se concertó un 1 de abril y, tratándose de cómputo de plazo anuales debe realizarse de fecha a fecha (art. 5 del Código Civil). En segundo lugar, parece claro que la sentencia de apelación revoca la de primera instancia para incrementar el plazo fijado expresamente en esta última (30 de abril de 2017), de manera que, en concordancia con la que revoca, la interpretación más adecuada es estimar que se refiere al plazo de finalización de la atribución del uso de la vivienda, careciendo de sentido la mención al plazo de duración del arrendamiento. El hecho de que se diga que se conceden dos años –frente a los tres pedidos por la demandada– desde el dictado de la sentencia de instancia, debe entenderse como una simple referencia temporal genérica, que se concreta expresamente a continuación en el 30 de abril de 2018. Explicación perfectamente aceptable dada la escasa diferencia temporal de esta fecha con la resultante del cómputo de los dos años desde el dictado de la sentencia de instancia: 18 de mayo de 2018.

Por tanto, cabe concluir que la sentencia de apelación no ha incurrido en error alguno. Simplemente ha incrementado el plazo de atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa.

**Quinto.- RECURSO DE CASACIÓN. PRIMER MOTIVO**

20. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dictar nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7ª de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

21. El primer motivo de casación se interpone por la vía de la existencia de interés casacional, fundado en la inaplicación del régimen preferente de la custodia compartida, con infracción del art. 80.2 CDFJ y oposición a la consolidada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en numerosas sentencias, muestra de la cual es la de 6 de abril de 2015 (recurso de casación 1/2015), mencionada por el recurrente, que establece:

«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, sí 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 CDFJ 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 presen-*

*tar 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 excepcionar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto (...)*».

22. Atendiendo a dicha doctrina, y estimados los motivos de infracción procesal, el tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente, puesto que un examen detenido de las actuaciones pone de manifiesto que no existe óbice alguno para que se acuerde el régimen legal preferente de custodia compartida.

Así, las razones que llevan a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia de instancia, sustituyendo la custodia compartida por la individual de la madre son, fundamentalmente: que el menor desea seguir viviendo con su madre, a la que se encuentra muy unido y que no quiere cambios en su vida; que el padre carece de un plan concreto para asumir la custodia de su hijo; y que dados los amplios requerimientos laborales del padre, el menor quedaría bajo el cuidado de la abuela paterna cuando correspondiese al padre el período de custodia, cuanto tal delegación no se contempla legalmente como real ejercicio de las responsabilidades paternofiliares.

Sin embargo, los motivos de infracción procesal estimados han permitido acreditar que el hijo menor, tras casi ocho meses de aplicación del régimen de custodia compartida, se ha adaptado perfectamente a él, hasta el punto de preferir dicho régimen al anterior y que los dos progenitores colaboran en las actividades del menor –tal

como llevarle al colegio y a las actividades escolares y ayudarle a realizar los deberes–, circunstancias demostrativas de que el padre no carece de un plan concreto para ejercer la custodia. Por otra parte, se ha desvirtuado la afirmación contenida en la sentencia de apelación que atribuye al padre tan grandes requerimientos laborales que obligan a delegar en la abuela. Nada de esto ha quedado acreditado, como tampoco que deba residir en B. durante semanas de manera frecuente.

23. Del informe pericial obrante en autos no se desprenden verdaderas circunstancias de peso que permitan considerar más conveniente para el interés del menor la atribución de la custodia individual a la madre. En este sentido, el informe pericial contiene una afirmación que es más propia de una apreciación que de un dato objetivo, puesto que no explica la psicóloga cómo llega a tal conclusión. Así se indica que «En cuanto a la solicitud paterna de que José Ignacio permanezca en períodos semanales alternos con cada uno de sus padres responde más a una motivación del Sr. C. centrada en su necesidad y deseo de obtener el ejercicio de sus derechos de igualdad como progenitor que al planteamiento de una alternativa que permita una mayor estabilidad y bienestar en la vida cotidiana del menor o a una alternativa que permita cubrir la existencia de necesidades, carencias afectivas y cuidados en su hijo que se puedan resolver con esta organización». No deja de resultar revelador que en el párrafo anterior del informe pericial se imputa a ambos progenitores esta defensa de sus propios intereses por encima de los del menor, señalando «Ambos progenitores han mantenido una pauta de resolución de conflictos altamente inadecuada, lo cual ha conllevado el mantenimiento de dicha situación de conflictividad y tensión, en la cual el menor se ha visto inmerso, centrándose más los progenitores en la obtención de sus dere-

chos y en el propio enfrentamiento, que en las necesidades y en los propios efectos que el mismo podría conllevar para el desarrollo y crecimiento personal de su hijo y para las relaciones paterno y materno-filiales». Por tanto, esa situación de conflictividad y la defensa de los propios intereses resulta predicable, en todo caso, de ambos progenitores y no solo del padre.

Por otra parte, y respecto de la conflictividad existente entre los progenitores, ya hemos señalado en diversas sentencias que el enfrentamiento entre los padres no permite rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que concurren circunstancias excepcionales (entre otras, STSJA de 28 de septiembre de 2012, recurso de casación 14/2012). Es evidente que en el presente caso no concurren, puesto que el propio menor ha manifestado en su exploración ante la Audiencia Provincial, transcurridos casi ocho meses de aplicación del régimen de custodia compartida, que lo prefiere frente a la situación anterior y que los padres colaboran en atender a sus necesidades.

#### **Sexto.-** SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN

24. También por la vía del interés casacional, entendiéndolo infringido el art. 81.3 CDFJ, se impugna la decisión de la Audiencia Provincial que incrementa el período de atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar hasta el 30 de abril de 2018, revocando la de primera instancia, que lo concedió hasta el 30 de abril de 2017.

25. Como ya se ha señalado al resolver el motivo de infracción procesal, no hay error en la valoración de la prueba, ya que la sentencia recurrida ha querido ampliar el período de uso de la vivienda familiar a dos años. Plazo que finaliza el 30 de abril de 2018. Por tanto, y como señala el propio recurrente en su recurso de casación, con cita de numerosa doctrina de esta Sala, la

fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo entre ellos, constituye una decisión discrecional del Juez, valorando las circunstancias concurrentes, sin que corresponda al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, a salvo de apreciar arbitrariedad o razonamiento irracional o ilógico, lo que no ocurre en el presente caso, en que el tribunal de apelación se ha limitado a ampliar en un año la atribución del uso de la vivienda.

#### **Séptimo.-** COSTAS

26. La estimación del recurso conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas, ni en el recurso de casación, ni en las instancias.

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

#### **FALLO**

**Primero.-** Estimar los dos primeros motivos de infracción procesal formulados por la representación legal de D. J. I. C. D. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 28 de marzo de 2017 recaída en el rollo de apelación número 699/16, que casamos y anulamos.

**Segundo.-** Dictar nueva sentencia, al estimar el primero de los motivos de casación, lo que se efectúa pronunciando un fallo en los mismos términos que el recaído en primera instancia, con la salvedad contenida en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia, en el sentido de mantener la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de Sra. V. hasta el 30 de abril de 2018.

**Tercero.-** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso.

**Cuarto.-** Se hará entrega al recurrente del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

19

### NÚM. 19

S. TSJA 21/2017 de 25 de octubre de 2017

**03. DERECHO PROCESAL: CASA-CIÓN FORAL: Conocimiento de preceptos de Derecho común:** *Aun cuando se invoquen como infringidos preceptos de Derecho común, el Tribunal Superior de Justicia es competente para conocer si se alegan junto a normas de Derecho civil aragonés. Así se desprende del art. 478 Lec., y de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho en numerosas resoluciones del citado precepto: «lo que prima en esta distribución de la competencia, conviene insistir, es atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento del Derecho foral o especial y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en este caso de alegación de norma constitucional ...» (ATS, Pleno, de 11/11/2015 -recurso 736/2015).*

**718. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS: FIDEICOMISO DE RESIDUO:** *Facultad de disponer del heredero: La admisión del fideico-*

*miso de residuo en nuestro ordenamiento jurídico, que no resulta discutida ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, deriva del principio de la soberanía de voluntad del testador y, si tiene alguna plasmación normativa en el Código civil, no es en el art. 781, sino, más bien, en el art. 783, párrafo segundo (inciso final: «en el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa»). La sentencia recurrida ha interpretado que el heredero puede disponer de las fincas heredadas una vez fallecidos los instituyentes, en cuyo caso la prevista reversión de la herencia a la muerte del heredero sin hijos quedará limitada a los bienes de los que no hubiera dispuesto el heredero antes o después del fallecimiento de sus padres. Por ello entiende dicha reversión como un fideicomiso de residuo.*

**721. DISPOSICIONES GENERALES DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO:** *Lógica y sistemática: Para conocer la verdadera voluntad de los otorgantes deben tener en consideración las diferentes declaraciones de voluntad contenidas en la institución de heredero, de tal manera que la cláusula e) debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en la cláusula b), pues si ésta permite enajenar fincas de la herencia con el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes, la reversión prevista en la condición e) sólo afectará a las fincas que no hayan sido enajenadas conforme a la cláusula b). Y ninguna duda interpretativa cabe respecto de esta última, puesto que la referencia a los sobrevivientes permite concluir razonablemente que se pueden enajenar fincas después de fallecidos los instituyentes. Este modo de proceder se ajusta a la doctrina del TS (SS 9/3/1984, 29/1/1985, 26/1/1987, 1/2/1988, 18/7/1998, 9/10/2003, 18/7/2005, etc.) y del TSJA (S. 1/2011): en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de preva-*

*ler la intención sobre sus palabras, intención que ha de resultar de una interpretación lógica y sistemática del testamento.*

**74: FIDUCIA SUCESORIA: FIDUCIA COLECTIVA:** Cuestiones futuras: *El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 Lec.) y no en preceptos alegados (el art. 463.2 CDFEA) a modo de hipótesis de cuestiones futuras. Es claro que la pretensión de que se declare cuál ha de ser el mecanismo de nombramiento del nuevo heredero carece de interés real y actual en este momento, puesto que no se ha cumplido todavía la condición exigida en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales para que entre en juego la fiducia colectiva: que el heredero muera sin hijos. La aplicación del procedimiento de nombramiento de nuevo heredero previsto en la cláusula e) dependerá de los hechos que concurran cuando el actual heredero fallezca.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 478 Lec.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La parte recurrida alega en su escrito de oposición al recurso, con carácter previo a los motivos de fondo, su inadmisibilidad por alegarse como infringidos preceptos de derecho civil común en los motivos segundo y cuarto. Entiende que, conforme a la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, el recurso se ha de fundar, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del derecho civil aragonés.

2. Sin embargo, aun cuando se invoquen como infringidos preceptos de derecho común, el Tribunal Superior de Justicia es competente para conocer si se alegan junto a normas de derecho civil aragonés. Así se desprende del art. 478 LEC, y de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho en numerosas resoluciones del citado precepto. Es el caso del Auto del Pleno del Alto Tribunal de 11 de noviembre de 2015 (recurso 736/2015), entre otros, en el que se dice: *«Lo que prima en esta distribución de la competencia, conviene insistir, es atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento de Derecho foral o especial y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en este caso de alegación de norma constitucional. Adviértase que en ambos criterios de distribución el legislador no divide la competencia para el conocimiento de un mismo recurso sino que la atribuye a un único órgano, aunque para ello deba sacrificar los intereses perseguidos con la regla precedente, generando así una excepción al régimen general de conocimiento: respecto a la atribución al Tribunal Supremo cuando se invoca norma de Derecho foral o especial, y una excepción a la excepción: respecto a la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia, cuando se cita norma constitucional».*

Por lo expuesto, debemos rechazar la inadmisibilidad del recurso por las razones invocadas.

#### Segundo.- ANTECEDENTES RELEVANTES

3. El 26 de abril de 1960, con ocasión del matrimonio que contrajo el primogénito D. A. V. L. con D<sup>a</sup> M. P. F., se otorgó escritura pública de capitulaciones matrimoniales. En ella, los cónyuges D. J. V. P. y D<sup>a</sup> M. L. L., padres de D. A. V. L., lo instituyen heredero. Así mismo, el esposo con-

trayente aporta al matrimonio seis fincas propiedad de sus padres. Son las registrales: 474, 475, 476, 473, 447 y 478, inscritas en el Registro de la Propiedad de B.

4. Como condiciones de la institución de heredero que guardan relación con lo debatido en el presente recurso se pactaron las siguientes:

«a).- Que los instituyentes se reservan la facultad de disponer por cualquier título de las fincas de este patrimonio, si no le fueran prestados por el heredero y familia de éste la ayuda, asistencia y cuidados que correspondan a personas de su posición social o fueran abandonados por su hijo heredero y familia; pero los hechos supuestos deberán ser probados por el dicho ante Notario de los señores Alcalde, Juez y Cura que sean de C.

b).- Para enajenar o gravar fincas de la herencia se precisará el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes.

e).- Si el heredero muere sin hijos o éstos fallecen siendo menores de edad y sin testar, revertirá esta herencia a los instituyentes o sobreviviente al objeto de nombrar nuevo heredero entre sus hijos, sin perjuicio de los derechos reconocidos en esta escritura a la contrayente. Fallecidos los padres antes que el heredero podrán designar el nuevo heredero, un pariente de cada uno de ellos y el Sr. cura de C., juntos o en su mayor parte.»

5. En la sentencia de primera instancia, de fecha 30 de junio de 2016, se califica la cláusula e) de la institución de heredero contenida en capitulaciones matrimoniales como una sustitución fideicomisaria de residuo con condición de descendencia sin hijos, «por cuanto la misma solo operará si se produce el fallecimiento del nombrado heredero en las condiciones establecidas en la citada cláusula» (Fundamento de Derecho Tercero). En la misma resolu-

ción, atendiendo a la voluntad de los instituyentes (arts. 675 CC y 416 CDFA), se califica el fideicomiso de residuo otorgado como perteneciente a la modalidad *eo quod supererit* (Fundamento de Derecho Tercero).

6. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 6 de abril de 2017, también califica la institución como un fideicomiso de residuo que, a falta de pacto expreso, tan solo autoriza las disposiciones a título oneroso.

Para llegar a la conclusión de que se trata de un fideicomiso de residuo, la sentencia de apelación entiende que la condición e) de la institución de heredero –que se refiere a la reversión de toda la herencia–, no puede interpretarse prescindiendo de la condición b) –que regula la enajenación de las fincas–, de manera que del juego de ambas cláusulas cabe concluir que solo deberán revertir aquellas fincas que no hubieran sido enajenadas respetando las previsiones contempladas en la cláusula b).

7. La sentencia de la Audiencia Provincial, al interpretar la condición b) de la institución de heredero: «Para enajenar o gravar fincas de la herencia se precisará el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes», considera, tal como hizo la sentencia de primera instancia, que la referencia final a los «sobrevivientes» permite entender que no existe una prohibición absoluta de disposición para después de haber fallecido los instituyentes pues, tal y como está redactada dicha cláusula, el heredero siempre podría disponer por sí mismo o contando con el consentimiento de su esposa si no hubiese fallecido.

8. La sentencia de la Audiencia Provincial se pronuncia sobre la condición e) de la institución de heredero en su Fundamento de Derecho Sexto. Y lo hace en el

sentido de indicar que habrá que esperar a que se cumpla la condición de que el heredero muera sin hijos para que, en su caso, entre en acción la fiducia colectiva dispuesta por los instituyentes.

En el mismo fundamento de derecho, a modo de *obiter dicta*, se señala que si se cumple la condición y llega a entrar en acción la fiducia colectiva, quedará sometida, entre otros preceptos, a lo previsto en el art. 463 CDFa. Conforme al mismo «Cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos, una vez agotada la posibilidad de designación en el supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo 459, no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes, aunque solo quede uno, salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa». A la luz de este precepto la sentencia, para la futura e hipotética situación de cumplimiento de la condición exigida –el fallecimiento del heredero sin hijos– y, en su caso, aplicación de la fiducia colectiva, concluye que no puede afirmarse en el momento de dictarse la resolución que dicha fiducia será de imposible ejecución, incluso aun cuando nadie ejerza la función de cura de C.

9. Frente a la referida sentencia se ha interpuesto recurso de casación por razón de la cuantía –al no poder cuantificarse–, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

**Tercero.- PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN. INFRACCIÓN DEL ART. 416 CDFa**

10. El recurrente entiende infringido el art. 416 CDFa, precepto que contiene las reglas o criterios a seguir para la interpretación de los testamentos.

En síntesis, el motivo considera que la sentencia recurrida no ha respetado el

primero de los criterios del precepto, que exige atender al sentido literal de las disposiciones testamentarias salvo que se demuestre que fue otra la voluntad del otorgante. Con arreglo al propio sentido de la condición e) de la institución de heredero, que el recurrente entiende que no puede ser interpretada conjuntamente con la condición b), la reversión de la herencia para el caso de cumplirse la condición impuesta, debe afectar a todos los bienes de la herencia y no solo a aquellos que no hayan sido objeto de enajenación.

De esta interpretación concluye el recurrente que la condición e) no configura un fideicomiso de residuo, como sostienen las dos sentencias, sino un fideicomiso *si sine liberis*.

En el recurso se ataca también la interpretación que efectúa la sentencia de apelación de la cláusula b) de la institución de heredero, considerando que su sentido literal no faculta al heredero para disponer de los bienes sin autorización de los instituyentes.

11. El recurso, amparándose en la infracción del art. 416 CDFa, rechaza la interpretación que de las condiciones e) y b) de la institución de heredero han realizado las sentencias dictadas en la primera instancia y en apelación.

Debe recordarse con carácter previo, tal como ya dijimos en nuestra sentencia de 21 de marzo de 2017 (recurso de casación 63/2016) que, con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo (SSTS 9 de octubre de 2003 y 22 de junio de 2010 entre otras muchas), «la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desor-

bitada, arbitraria o contraria al buen sentido». En este mismo sentido se pronunciaron con anterioridad las sentencias de esta Sala de 29 de septiembre de 2014 (recurso de casación 30/14) y 18 de febrero de 2013 (recurso de casación 48/13), con mención de otras anteriores.

12. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial motiva detalladamente los argumentos que le llevan a concluir que la institución de heredero contiene un fideicomiso de residuo. Acertadamente entiende que para conocer la verdadera voluntad de los otorgantes deben tenerse en consideración las diferentes declaraciones de voluntad contenidas en la institución de heredero, de tal manera que la cláusula e) debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en la cláusula b), pues si ésta permite enajenar fincas de la herencia con el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes, la reversión prevista en la condición e) solo afectará a las fincas que no hayan sido enajenadas conforme a la cláusula b). Y ninguna duda interpretativa cabe respecto de esta última, puesto que la referencia a los sobrevivientes permite concluir razonablemente que se pueden enajenar fincas después de fallecidos los instituyentes.

Este modo de proceder se ajusta a la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo que, entre otras, en su sentencia de 9 de junio de 1987 establece que, aun cuando la primera regla interpretativa del testamento sea la de la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar la voluntad del testador, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de la hermenéutica, e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento. Aunque la sentencia del Alto Tribunal se refiere al art. 675 del Código Civil, en dicho precepto figura el sentido literal de las disposiciones testa-

mentarias como primer criterio interpretativo, en iguales términos que en el art. 416 CDFR.

13. Por otra parte, como hemos dicho en la sentencia de esta Sala de 26 de enero de 2011 (recurso de casación 16/10), «los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y éstas (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1984, 29 de enero de 1985, 1 de febrero de 1988, 18 de julio de 1998, 9 de octubre de 2003, 18 de julio de 2005, etc.).

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

14. Por todo lo expuesto, en modo alguno puede calificarse la interpretación realizada por la Audiencia Provincial como ilógica y absurda, debiéndose rechazar el motivo.

**Cuarto.- SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN:  
INFRACCIÓN DEL ART. 781 CC**

15. Como el recurrente rechaza que nos encontramos ante un fideicomiso de residuo, alega infringido el art. 781 CC por entender que dicho precepto regula en nuestro ordenamiento tal institución.

Lo cierto es que la contrucción del motivo no se sustenta realmente en lo dispuesto en el art. 781 CC, sino que se desarrolla por otros derroteros, como veremos



a continuación. En todo caso, debemos indicar que la norma invocada como infringida no regula, ni siquiera indirectamente, el fideicomiso de residuo. Se está refiriendo a la sustitución fideicomisaria ordinaria, con deber de conservar, puesto que la mención a que el heredero «conservé y transmita el todo o parte de la herencia» no lo es a que el fiduciario pueda disponer de parte de ella, sino a que la sustitución ordinaria puede comprender toda la herencia o parte de ella, de tal manera que en este segundo supuesto, el fiduciario estará obligado a entregar la parte fideicomitada de la herencia al fideicomisario. En otras palabras, establece que la sustitución puede ser de toda o parte de la herencia, no que el fiduciario pueda disponer de toda o parte de la herencia.

La admisión del fideicomiso de residuo en nuestro ordenamiento jurídico, que no resulta discutida ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, deriva del principio de la soberanía de voluntad del testador y, si tiene alguna plasmación normativa en el Código Civil, no es en el art. 781, sino, más bien, en el art. 783, párrafo segundo, al señalar que «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo en el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

Estas consideraciones conducen a desestimar el motivo de casación, puesto que ninguna infracción del precepto alegado se ha producido, porque ni se ha aplicado, ni es aplicable.

16. En realidad, lo que el recurrente está impugnando a través de este motivo es la interpretación que la sentencia recurrida ha dado a la cláusula b) de la institución de heredero, al entender que la misma solo autoriza a disponer en vida de los instituyentes. Sin embargo, a esta cuestión ya se ha dado cumplida respuesta en el

motivo anterior. Como se ha dicho, la sentencia recurrida entiende acertadamente que la mención expresa al consentimiento de los sobrevivientes permite disponer de las fincas una vez han fallecido los instituyentes, en cuyo caso solo será necesario el consentimiento de las otras personas mencionadas que sobrevivan: el heredero y/o su esposa. Esta interpretación lleva a integrar el sentido de la cláusula e) de la institución de heredero, de modo que la reversión de la herencia a que se refiere esta última debe entenderse como un fideicomiso de residuo, puesto que solo revertirán los bienes de los que no hubiera dispuesto el heredero antes o después del fallecimiento de sus padres.

**Quinto.- TERCER MOTIVO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DEL ART. 463 CDFA**

17. Este motivo de casación se fundamenta en la infracción del art. 463 CDFA, cuyo número 2 regula la extinción de la fiducia colectiva. Entiende el recurrente que el mecanismo para la designación de un nuevo heredero previsto en la cláusula e) de la escritura pública –que atribuye la designación a un pariente de cada uno de los padres ya fallecidos y al Sr. cura de C.– no puede aplicarse por inexistencia en la actualidad de esta última figura. Rechaza la posibilidad de que pueda utilizarse como mecanismo para solucionar esta imposibilidad el previsto para la fiducia colectiva en el precepto alegado como infringido, que dispone que la pérdida de la condición de fiduciario por algunos de los que la integran no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes. Por ello, solicita del tribunal sentenciador que declare que la designación debe recaer a favor de la demandante –por ser la voluntad de los causantes– o, subsidiariamente, que hay que abrir la sucesión *ab intestato*.

18. El motivo debe ser rechazado sin entrar en disquisiciones de futuro por un

hecho evidente: el art. 463 CDFA no ha sido aplicado en la sentencia recurrida para resolver la controversia, sino que se incluye a modo de un mero *obiter dicta* o un argumento de futuro.

La sentencia, en su Fundamento de Derecho Sexto, rechaza las pretensiones de la demanda por no haberse cumplido la condición impuesta en la cláusula e) para la reversión de la herencia y nombramiento de un nuevo heredero: que el heredero actual fallezca sin hijos o estos fallezcan siendo menores y sin testar; esta es la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia. Como quiera que el heredero no ha fallecido, no es posible atender a la designación del nuevo heredero en los términos solicitados por la demandante. Y añade, como un simple argumento hipotético que no configura la decisión que la sentencia da a la cuestión controvertida, que cuando el heredero muera sin hijos, «en su caso», entrará en juego la fiducia colectiva que, entre otros preceptos, quedará sometida a lo previsto en el art. 463 CDFA. Con toda claridad se desprende de la sentencia ese razonamiento meramente hipotético al decir: «por lo que no puede afirmarse ahora que la fiducia, si llegara a tener que entrar en acción, será de imposible ejecución aun en la hipótesis de que nadie actuara en el futuro como cura de C. cuya parroquia, según la misma demanda, es atendida en la actualidad por sacerdotes que la diócesis de B. envía». Y con igual claridad, en el mismo fundamento de derecho se afirma, en relación a las pretensiones de la recurrente, que «no procede, desde luego, la designación como heredera de la propia demandante pues los tribunales nunca eligen herederos, pues tal tarea sólo corresponde a los causantes, sus fiduciarios o a la Ley y tampoco procede disponer que si A. muere finalmente sin hijos se abrirá la sucesión intestada pues todo ello forma parte de un incierto futuro

que nadie puede vaticinar ahora si sucederá o no».

El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC) y no en preceptos alegados a modo de hipótesis de solución de cuestiones futuras.

19. Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 20/1993, de 18 de enero, refiriéndose a las acciones declarativas, dispuso que su viabilidad, «como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, está subordinada a la concurrencia de un interés real, actual y concreto en que los órganos judiciales pongan fin a la falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate». Es claro que la pretensión de que se declare cuál ha de ser el mecanismo de nombramiento del nuevo heredero carece de interés real y actual en este momento, puesto que no se ha cumplido todavía la condición exigida en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

**Sexto.- CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LOS ARTS. 781 Y 1258 CC, POR RELACIÓN ESTE ÚLTIMO CON EL ART. 1.118.1 DEL CC**

20. Este último motivo de casación se fundamenta por el recurrente en la infracción de los mencionados artículos del Código Civil. Sin embargo, dichos preceptos, que no han sido aplicados en las sentencias recurridas, son traídos al recurso de manera forzada, alegándose injustificadamente su infracción.

El art. 781 CC es mencionado en el encabezamiento del motivo del recurso,

pero desaparece en su desarrollo, sin que conste referencia alguna a las razones por las que se entiende infringido por la sentencia. Si éstas son, como sucede en el segundo motivo, que su vulneración deriva simplemente de ser la norma que admite el fideicomiso de residuo en nuestro ordenamiento civil, la respuesta ha de ser la misma: tal precepto no se refiere expresamente al fideicomiso de residuo. Por tanto, en modo alguno ha sido vulnerado.

21. La vulneración del art. 1.258 CC, en relación al art. 1.118.1 CC parece derivar, según se recoge en el recurso, de que no siendo posible ya el cumplimiento de la condición, debe integrarse el procedimiento para la designación de un nuevo heredero, previsto en la cláusula e) de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales que recoge la institución de heredero. Estos argumentos no suponen ninguna vulneración del art. 1.258 CC, puesto que el precepto contiene un principio general de perfección por el mero consentimiento que conlleva la obligación de cumplir no sólo lo expresamente pactado, sino también, todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y la ley.

22. Y respecto de la supuesta infracción del art. 1.118.1 CC, pese a las disquisiciones del recurso sobre la imposibilidad del actual heredero, don Alberto, para tener hijos naturalmente o por adopción, lo cierto es que no se ha producido el hecho básico para que se entienda cumplida la condición y se proceda a nombrar nuevo heredero: que el actual haya fallecido.

Como acertadamente se expresa en la sentencia, habrá que esperar a que se cumpla la condición para que, en su caso, entre en juego el mecanismo de nombramiento de nuevo heredero previsto en la cláusula e), no resultando posible adelantarse a ese momento, tal como propone la

parte recurrente. Y ello porque la aplicación del procedimiento de nombramiento de nuevo heredero dependerá de los hechos que concurren en ese momento, una vez se cumpla la condición. Esos hechos pueden ser distintos a los existentes en la actualidad, sin que la sentencia recurrida deba pronunciarse sobre futuros supuestos hipotéticos.

Por lo expuesto, no se ha producido la vulneración del art. 781 CC, ni del art. 1.258 CC, en relación con el art. 1.118.1 CC, debiéndose rechazar el motivo.

#### **Séptimo.-** COSTAS

23. De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

#### **FALLAMOS**

**Primero.-** Desestimar el presente recurso de casación núm. 30/2017, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Paloma Domínguez Tomás, en nombre y representación de D<sup>a</sup> M. P. V. L., contra la sentencia de fecha 6 de abril de 2017 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca.

**Segundo.-** Con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

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, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

20

## NÚM. 20

S. TSJA 22/2017  
de 22 de noviembre de 2017

**6436: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: CUSTODIA COMPARTIDA:**

**Juicio de proporcionalidad:** *La Sala desestima todos los motivos de infracción procesal (tres) y todos los motivos del recurso de casación (siete), con expresa imposición de costas a la parte recurrente, y pérdida del depósito constituido por ella. No se aprecia falta de motivación en la sentencia recurrida, ni arbitrariedad, irrazonabilidad o manifiesto error en la valoración de la prueba. Los motivos de casación carecen de contenido o desarrollo. En el cuarto se alega vulneración del art. 82.2,3 y 4 CDFJ, por no respetarse su contenido y la proporcionalidad para fijar la contribución de cada progenitor a la atención de las necesidades de los hijos. Juicio de proporcionalidad que no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico o irracional, cosa que no se aprecia en el caso. La Sala reitera que el recurso de casación no permite una nueva valoración de la prueba, salvo en los casos previstos por la vía de la infracción procesal, que en este caso han sido rechazados.*

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

*a los actos de enajenación y gravamen, con inclusión de la constitución de hipoteca, pero no a los actos obligacionales. En la jurisprudencia citada en el recurso hay supuestos de disposición sobre derechos que gravitan directamente sobre la vivienda familiar, como la disposición sobre el derecho de arrendamiento (SAP Madrid, de 13 noviembre 2013), la disposición que implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real (STS 8 octubre 2010, SAP de Zaragoza 91/2001, de 12 febrero).*

**El otorgamiento de fianza no es acto de disposición:** *La cuestión jurídica planteada en el recurso es si la fianza personal por parte de un cónyuge sometido al régimen consorcial es un acto de disposición a los efectos del art. 190 CDFJ, como afirma el recurrente. Tras recordar las distinciones entre actos de disposición y actos obligacionales, por un lado, y actos de disposición y actos de administración, por otro, la Sala afirma que la fianza no encaja como acto de disposición en ninguna de ellas, pues solo supone la asunción de una obligación personal de garantía que no recae, sujeta o altera directamente ninguno de los bienes o derechos del garante al cumplimiento de dicha obligación; por otra parte, la responsabilidad patrimonial universal impuesta a todo deudor por el art. 1911 Cc. sólo podría repercutir sobre la vivienda mediante la ejecución forzosa (acto de disposición no voluntaria que quedaría extramuros del art. 190 CDFJ).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 190 CDFJ, 51 Comp., 1320, 1911 Cc.

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

21

## NÚM. 21

S. TSJA 24/2017  
de 28 de noviembre de 2017

**661: FAMILIA EN GENERAL: VIENDA FAMILIAR: Actos de disposición voluntaria:** *La doctrina del art. 51 Comp. entendió que, aunque no contenía como presupuesto para su aplicación que el acto de disposición fuese «voluntario», era aplicable*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**- El objeto del presente procedimiento, iniciado por demanda de D. J. C., radica en la pretensión de nulidad del aval concertado por su esposa, D<sup>a</sup> M. S., con quien contrajo matrimonio el día 4 de junio de 1999 bajo el régimen consorcial aragonés, en garantía del crédito hipotecario concedido por la demandada, CAJA, a su hermano, D. R., el día 18 de junio de 2007 por un importe de 425.000€.

Sostenía el actor que el aval otorgado por su esposa es nulo porque él no había dado el consentimiento que en dicha fecha exigía el art. 8 L 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (hoy art. 190 CDFA), y que este era necesario porque su mujer comprometía con el aval la vivienda familiar, que ella había adquirido con anterioridad al matrimonio, pero cuya adquisición fue sufragada por el consorcio.

Subsidiariamente a tal pretensión de nulidad, solicitaba que se declarara que la citada vivienda fuera *excluida del alcance del aval* por el incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones precontractuales y contractuales de diligencia, lealtad, información y transparencia, y por no haber tenido en cuenta las limitaciones impuestas por el derecho común y el autonómico a la vivienda familiar.

Finalmente, como petición alternativa a las dos anteriores, solicitaba la nulidad del aval de mención por ser un acto de disposición gratuita hecha por un cónyuge sobre un bien común, y ello de acuerdo con los arts. 1378, 1322.2 y 1324 CC.

La sentencia de primer grado sienta que la vivienda es propiedad privativa de la esposa y rechaza las tres pretensiones deducidas en la demanda. La principal porque no ha sido efectuado por la esposa ningún acto de disposición que exigiera para su validez el consentimiento de su

marido de acuerdo con el art. 8 L 2/2003 (hoy art. 190 CDFA), y en cualquier caso porque la acción de nulidad se hallaría prescrita. Rechaza igualmente la subsidiaria porque entiende que el actor no está legitimado para hacerla valer por no haber sido parte en el contrato en relación al cual se predicen los incumplimientos que se indican en la demanda. Finalmente, rechaza el juzgado la pretensión hecha valer de modo alternativo porque el aval otorgado por D<sup>a</sup> M. S. no supone la vinculación de bienes pertenecientes a la sociedad consorcial por ser un *acto obligacional que no conlleva de suyo la vinculación de bienes de la sociedad consorcial*.

Tal decisión fue confirmada por la Sala de apelación, que, tras advertir que no cabe plantear en el proceso cuestión alguna acerca de una posible abusividad de la cláusula de aval por falta de transparencia, dado que ello ha sido ya resuelto con fuerza de cosa juzgada en un juicio anterior, y que no cabe *equiparar, como se hace en el recurso, al fiador personal al «avalista hipotecario»*, sintetiza la cuestión jurídica planteada en la *muy concreta* de *si la fianza personal por parte de un cónyuge sometido al régimen consorcial es un acto de disposición a los efectos del art. 190 CDFA*.

La respuesta que da la Sala se concreta en el fundamento de derecho n<sup>o</sup> 5 de su sentencia en los siguientes términos:

«La fianza personal **no es un acto dispositivo**. El art. 190 CDFA, antes transcrito, incluido dentro del régimen primario del matrimonio, debe ser objeto de una interpretación estricta lo que supone, (i) que se debe tratar de una «disposición voluntaria», lo que excluye las forzosas, (ii) que tal disposición lo sea sobre los derechos que uno de los cónyuges tiene sobre la vivienda familiar. La regulación se diferencia relevantemente de la del art. 1320 C.Civil; pues en este precepto la disposición sobre la vivienda familiar que conlleva la necesidad

de consentimiento conjunto es la de cualquier disposición, mientras que el art. 190 CDFA la impone para la disposición «voluntaria», con lo que el legislador acota y limita de una manera más precisa el alcance del requisito de la disposición conjunta, de manera que en el Derecho Aragonés solo aquellos **actos o negocios que comprometan de una manera directa e inmediata los derechos sobre la vivienda familiar** pueden entenderse comprendidos en el ámbito del art. 190 CDFA.

Por tanto no puede ser incluido dentro de la necesidad de un consentimiento del cónyuge no titular aquellos **actos que no suponen disposición**, lo que acaece en la fianza en la que uno se obliga a cumplir por otro. Que por tanto **que se responde con todo su patrimonio (art. 1911 C.Civil) de esa obligación no supone disponer directamente de la vivienda familiar, y se situaría el cumplimiento con el apremio de la vivienda dentro de la esfera de la disposición «forzosa», no comprendido en el CDFA.** Podría incluirse, y no dejaría de tener un margen de discusión, en su caso en esa limitación la constitución de una hipoteca, que es a lo que se refiere la STS de 8/10/2010. Pero no una fianza personal.

Con la tesis de la parte recurrente la solvencia del aragonés casado quedaría disminuida, pues no solo la fianza sino la asunción de cualquier obligación o compromiso, en cuanto conllevara el potencial riesgo de responder con todo su patrimonio, por tanto también con la vivienda familiar, haría el bien intransmisible e inembargable de no haber contado con el consentimiento del cónyuge no titular al tiempo de contraerse la obligación.

Es clara la voluntad del legislador de limitar la concurrencia de la voluntad de los cónyuges a las transmisiones voluntarias» [la negrilla es nuestra].

Por lo demás, la Sala de apelación entiende innecesario conocer sobre la cuestión del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad porque niega que exista motivo alguno que determine dicha nulidad. Tampoco merece para la Sala consideración especial la nulidad radical *vía Código Civil* por disposición de bienes comunes sin consentimiento del cónyuge que se hace valer con base en dicho cuerpo legal, porque no es aplicable al régimen aragonés, y porque es artificiosa la consideración de que la vivienda no es privativa de la mujer, dado lo dispuesto por el art. 211 CDFA.

**Segundo.-** EL RECURRENTE ASIENTA SU RECURSO EN DOS MOTIVOS, AMBOS POR INFRACCIÓN DEL ART. 190 CDFA

En el primero, en el que insiste en su pretensión principal, el actor reitera en un apartado A que la fianza personal sí es un *acto dispositivo a título gratuito* conforme a una doctrina y Jurisprudencia que no revela en el desarrollo del motivo, con la única excepción de la cita de la sentencia dictada por esta Sala el día 10 de abril de 1995. Y en un apartado B insiste en la vigencia de la acción de nulidad ejercitada.

En el segundo de los motivos, en que, como se dice, también alega infracción del art. 190 CDFA, sostiene la prosperabilidad de la pretensión subsidiaria, porque, pese a lo que ha entendido la Sala de apelación, no tiene por fundamento el carácter abusivo de la cláusula impugnada, sino que la entidad demandada no tuvo en cuenta las limitaciones impuestas a la vivienda familiar cuando pactó el aval.

**Tercero.-** PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN

El apartado B del motivo, por cuyo estudio comenzamos en razón a una mayor claridad expositiva, discute algo que no fue objeto de decisión en la instancia: si la

acción de nulidad se hallaba o no caducada por haber transcurrido el plazo que para su ejercicio se halla señalado en el art. 190.2 CDFA.

Como hemos dicho, la Sala descarta entrar en el estudio de si la acción de nulidad se hallaba o no caducada porque *niega en principio que exista anulabilidad de ningún tipo*.

Hay pues una decisión deliberada de la Sala de no entrar a conocer del asunto. Si ello es así, difícilmente la sentencia puede haber incurrido al darle respuesta en la infracción de norma sustantiva –en el caso, art. 190.2 CDFA– que constituye el único motivo en que puede ser sustentado el recurso de casación de acuerdo con el art. 477.1 LEC.

Todo lo más podría intentarse discutir tal decisión mediante un motivo por infracción procesal, afirmando que dicha falta de respuesta pudiera infringir el derecho a obtener una resolución sobre el fondo que se halla integrado en art. 24 CE, como ha señalado el TC en SS nº 39/2015 y 49/2016, pero tal motivo no ha sido hecho valer en el presente caso.

En consecuencia, este apartado B del primero de los motivos de casación no puede ser acogido.

El núcleo de la cuestión es abordado en el apartado A, y consiste, como paladinamente reconoce el recurrente, en la sintetizada por la Sala en los siguientes términos: «si la fianza personal por parte de un cónyuge sometido al régimen conсорcial es un acto de disposición a los efectos del art. 190 CDFA». Norma esta última que proviene del art. 8 L 2/2003 y que ha sido incorporada al texto del CDFA aprobado por DLeg. 1/2011, por lo que no hay cuestión sobre su aplicación, pues se hallaba vigente el tiempo en el que el aval fue pactado.

Pues bien, el actor ahora recurrente no acierta a dar razón alguna, más allá de su personal e interesada interpretación de las normas que desgrana a lo largo del motivo, sin citar referencia doctrinal o jurisprudencial alguna, que se oponga a la afirmación inicial de la que parte la Sala de apelación, que no es otra que la de que la fianza no es un *acto de disposición*.

Así, afirma que discrepa del criterio de la Audiencia, y sostiene que la fianza, sobre todo cuando como en el caso se otorga como solidaria, *tiene naturaleza de acto dispositivo a título gratuito porque con ella se altera con carácter extraordinario y se compromete de forma grave una parte sustancial del patrimonio... en particular la vivienda familiar como parte del patrimonio del fiador*.

En definitiva, lo que afirma es que como con la fianza el fiador puede verse obligado a responder con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación garantizada en virtud del principio de responsabilidad universal establecido en el art. 1.911 CC, su otorgamiento implica un acto de disposición sobre la vivienda familiar que forma parte de él, y que por ello debe ser tenido por acto de disposición sujeto al actual art. 190 CDFA, y todo sin desvelar a esta Sala de donde extrae tal parecer.

La Doctrina científica y la Jurisprudencia han señalado la dificultad de distinguir entre los actos de disposición y de los actos que no lo son.

En la primera pueden ser destacadas dos tendencias; una primera contrapone con una perspectiva netamente jurídica los *actos de disposición* a los *obligatorios*, y entien de por los primeros los que producen indistintamente una pérdida del derecho o una modificación gravosa, es decir, aquellos por los que se trasmite, se grava, se modifica en su contenido o se extingue inmediatamente un derecho; y por los se-

gundos los que no producen una pérdida del derecho, sino que se limitan a prepararla, esto es, a imponer una deuda al patrimonio del deudor. Una segunda corriente doctrinal, de sesgo más económico, contraponen los actos de *simple administración* a los de *extraordinaria administración o dispositivos*, de tal forma que los primeros serían aquellos que miran únicamente a la conservación, disfrute y mejora del patrimonio, así como al empleo de las rentas, mientras que los segundos son aquellos que disminuyen la sustancia y la entidad económica del patrimonio, como lo es toda forma de enajenación, constitución de derechos reales o derechos de obligación de larga duración que se equiparan a los reales, como sucede con los arriendos de inmuebles de larga duración.

Por su parte, la Jurisprudencia (STS nº 328 de 17 de octubre de 1978) acomete la distinción, desde la segunda de las perspectivas, entre *actos de disposición* y *actos de administración*, y tiene por los primeros los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes, y por los segundos los que tienden a la conservación, goce y uso de las cosas, si bien admite como género intermedio los actos de *extraordinaria administración*, que son aquellos que por su trascendencia o importancia que despliegan sobre las cosas impiden o dificultan su realización.

Pues bien, la fianza, que como se halla definida en el art. 1822 CC es el contrato por el que *se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este*, no encaja como acto de disposición en ninguna de las clasificaciones antes señaladas, pues solo supone la asunción de una obligación personal de garantía que no recaerá, sujeta o altera directamente ninguno de los bienes o derechos del garante al cumplimiento de dicha obligación, y al efecto ha de ser destacada la clara distinción entre la responsabilidad patrimonial uni-

versal impuesta a todo deudor por el art. 1911 CC y la sujeción de los bienes del deudor al cumplimiento de una concreta obligación que supone un derecho directo e inmediato sobre los mismos al acreedor, cual ocurre con la prenda, o la hipoteca.

Consecuentemente con ello, la doctrina (IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Actas) que analizó en su día el art. 51 de la Compilación tras su reforma por la L 3/1985, de 21 de mayo, que, a diferencia de la norma actual, no contenía como presupuesto para su aplicación que el acto de disposición fuese *voluntario*, entendió como actos a los que era de aplicación la exigencia del consentimiento del cónyuge no titular del derecho los de enajenación y gravamen, con inclusión de la constitución de hipoteca, pero no aquellos obligacionales de los que pudieran dar lugar a la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911.

Por lo tanto, como con toda razón arguye la sentencia apelada, no se da el presupuesto de aplicación del art. 190 CC que se dice infringido, que consiste en que exista un *acto de disposición* sobre los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda familiar.

Por otra parte, el art. 8 L 2/2003 de Aragón, ahora incorporado al art. 190 CDFA, incluye como presupuesto de aplicación que el acto de disposición sea *voluntario*, y es el caso que no cabe entender que la fianza de autos sea una actuación *voluntaria sobre los derechos que corresponden a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar*, pues la repercusión de tal comportamiento sobre los derechos del cónyuge actuante sobre la vivienda solo podría tener lugar vía exigencia de la responsabilidad patrimonial universal, y esta solo podría ser articulada mediante la ejecución forzosa, que quedaría extramuros del precepto.



La cita que contiene el recurso de la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1995 en nada afecta a lo dicho, pues, aparte de que se refería a un contrato de opción de compra que tiene una naturaleza, objeto y efectos totalmente distintos al de fianza de que aquí se trata, en nada atañe, en lo que es reproducida en apoyo del motivo, a la cuestión debatida, pues parte de que se dan los presupuestos de aplicación de la norma, lo que aquí se niega.

#### **Cuarto.-** SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN

El recurrente indica en este segundo motivo de casación que la Sala ha interpretado mal su pretensión subsidiaria al anularla con la problemática de las cláusulas abusivas por incumplimiento por la prestamista demandada de los deberes de información y transparencia que le impone la legislación sectorial, pues el fundamento de tal pretensión era el mismo que la principal: que no se tuvo en cuenta el art. 190 CDFR.

Como ha quedado más arriba expresado, es cierto que el actor basó su pretensión subsidiaria en dos alegatos; el primero la desatención de los deberes de información y transparencia por parte de la entidad de crédito, y el segundo, que es el que aquí se reitera, que dicha entidad actuó *sin tener en cuenta las limitaciones impuestas a la vivienda familiar tanto por el Código Civil como, muy especialmente por la Legislación Foral Aragonesa*.

Para el rechazo de este motivo es suficiente con reiterar lo dicho más arriba, esto es, que no se da el presupuesto de aplicación de la norma; que el otorgamiento de fianza no se halla dentro del ámbito de acción del art. 190 CDFR por no ser *un acto de disposición voluntaria* de los derechos que correspondían a la avalista *sobre la vivienda familiar*, pues si ello es así difícilmente puede afirmarse de la demandada *no ha tenido en cuenta las limitaciones impuestas a la vivienda familiar* que resultan de

dicha norma al pactar la garantía personal en el préstamo concedido a D. R. por la sencilla razón de que no las hay.

En cualquier caso, no razona el recurrente por qué de aquella circunstancia se sigue la consecuencia jurídica que reclama y que concreta en que la vivienda familiar *sea excluida del alcance del aval*.

Tampoco aquí la cita de las sentencias que recoge el recurso puede valer en su apoyo, pues, a diferencia de la fianza aquí contemplada, tratan de supuestos de disposición sobre derechos que gravitan directamente sobre la vivienda familiar, como lo son la disposición sobre el derecho de arrendamiento (SAP Madrid, de 13 de noviembre de 2013), de actos de disposición que implican la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real (caso de la STS 8 de octubre de 2010), o en fin, constitución del derecho real de hipoteca (caso de la SAP de Zaragoza nº 91/2001, de 12 de febrero).

En consecuencia, procede la desestimación de este segundo motivo, y con él del recurso de casación.

**Quinto.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de casación formulado contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2017, dictada por la Sección 4ª de la AP de Zaragoza en el Rollo nº 86/2017, que confirmamos.

Imponer las costas del recurso a la parte actora.

Decretar 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.

22

### NÚM. 22

S. TSJA 25/2017 de 5 de diciembre de 2017

**82: RELACIONES DE VECINDAD: DISTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES:** Tradición jurídica centenaria: *El Derecho civil aragonés distingue claramente entre las relaciones de vecindad y la ordenación de las servidumbres prediales, y lo hace siguiendo una tradición jurídica centenaria, proveniente de los Fueros y Observancias, recogida como materia de Derecho foral que se debía conservar en el Apéndice de 1925 –art. 14–, desarrollada más tarde con depurada técnica jurídica en la Compilación de 1967 –arts. 144 y ss.– y regulada actualmente en el CDFa. Separadamente del régimen normal de relaciones de vecindad, nuestro derecho regula las servidumbres, como derechos reales limitativos de las facultades del propietario, las formas de constitución y los derechos que su existencia confiere al titular del predio dominante sobre el sirviente.*

**REGULACIÓN FAVORECEDORA DE LA BUENA VECINDAD:** *Las relaciones entre edificios colindantes, que en muchas ocasiones son fuente de conflictos entre sus titulares, se regulan en Aragón con un criterio favorecedor de la buena vecindad, que permite hacer todo aquello que protege la mejor condición de uso de cada edificio, siempre que respete los derechos del colindante.*

**83: LUCES Y VISTAS: RELACIONES DE VECINDAD: Regulación favorecedora de la buena vecindad:** *Para favorecer la buena vecindad el Derecho aragonés establece la posibilidad de abrir huecos para obtener luz y vistas –art. 545–, si bien deberán estar cerrados con reja remetida en la pared y red de alambre o medio similar, dentro de las distancias que fija el art. 545.2; aunque esta forma de apertura no genera derechos a la adquisición de servidumbre predial –art. 549– ni impide al dueño del edificio colindante construir en su propiedad, incluso tapando los huecos –art. 550–, si bien esta forma de cierre habrá de tener una justificación razonable de uso de su derecho, y no ser realizada con abuso de la situación jurídica –SS TSJA 31 marzo 2004 y 23 enero 2008–.*

**SERVIDUMBRE: Adquisición por usucapión:** *El legislador aragonés no ha querido dejar la posibilidad de adquisición de una servidumbre de luces y vistas por usucapión al albur de la consideración de la apariencia de las servidumbres y a la existencia o inexistencia de acto obstativo, en la forma en que se recogía en el art. 14 del Apéndice de 1925, siguiendo el criterio del Cc. –art. 538– como momento de inicio del plazo de posesión «ad usucapionem» (para la usucapión). Por el contrario, siguiendo y ampliando la regulación contenida en el art. 145 Comp., deja fijada la cuestión expresando que solo son signos aparentes los voladizos, en la forma en que se expresa en el art. 574, y que, en su defecto, no se puede ganar esta servidumbre por usucapión.*

**La no aparente no puede adquirirse por usucapión:** *Las servidumbres de luces y vistas tienen consideración de continuas y negativas. El carácter de aparentes o no aparentes, que en el Derecho del Código civil común ha dado lugar a intensos debates, zanjados en reciente jurisprudencia del TS que fija su carácter de aparentes cuando los huecos se abren en pared medianera y de no*

*aparentes cuando se ubican en pared propia –STS 317/2016, de 13 mayo, y las que en ella se citan–, es objeto de regulación expresa y rotunda en el art. 574 CDFa: los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el art. 545 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Y, a tenor del art. 575, la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión. En el caso de autos, al no existir voladizos, no puede adquirirse por usucapión.*

**VOLADIZOS: Naturaleza y configuración:** *Sobre la naturaleza y configuración de los voladizos se ha pronunciado esta Sala en SS de 27 septiembre 2007 –sobre los tendedores y otros objetos que sobresalen de la línea de la fachada–, de 14 julio 2008 –sobre los balcones como voladizos– y de 30 noviembre de 2009. Esta última distingue las servidumbres de las relaciones de vecindad, lo que el legislador llama «régimen normal de luces y vistas», refiriéndose a las relaciones entre vecinos en materia de luces y vistas sobre fundo ajeno, y confirma el criterio según el cual «in facultativis non datur praescriptio» respecto a la imprescriptibilidad de la acción para exigir las protecciones en las relaciones de vecindad.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Arts. 14 Ap., 144 y ss. Comp., 537 y ss. CDFa.*

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

*En Zaragoza, a cinco de diciembre de dos mil diecisiete.*

En nombre de S. M. el Rey.

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

recurso de casación número 36/2017, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 2 de junio de 2017, en el rollo de apelación número 109/2017, dimanante de autos de juicio verbal núm. 148/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Calatayud. Son partes, como recurrentes, D<sup>a</sup> María Teresa B. S. y D. José Manuel V. S., representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nadia Quteishat Revilla y dirigidos por el Letrado D. Roberto Gallego Monge, y como parte recurrida D. Ángel Domingo M. O. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Rosario C. S., representados por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Blasco Pérez y dirigidos por el Letrado D. Arturo Ocaña Ocaña.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** El Procurador de los Tribunales D. José Manuel Blasco Pérez, en nombre y representación de D. Ángel Domingo M. O. y D<sup>a</sup> María Rosa C. S., presentó demanda de juicio verbal en acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas y acción negatoria de servidumbre de luces y vistas contra D. José Manuel V. S. y D<sup>a</sup> María Teresa B. S., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando que, previos los trámites legales pertinentes, «dicte sentencia declarando la procedencia de la acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas, respecto de las ventanas tapadas con una chapa metálica en la actualidad, así como estime igualmente la procedencia de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, respecto de la ventana abierta por los vecinos a nuestra terraza, cerrando la misma con la finalidad de preservar la intimidad de la terraza privativa a la que da la citada ventana, así como se proceda condenando a los

demandados en el presente procedimiento a estar y pasar por la anterior declaración. Se solicita se acompañe a la declaración de estimación y procedencia de los pedimentos de la demanda, la estimación del abono a la parte demandante, de la indemnización por los daños y perjuicios causados y sufridos por la perturbación de los derechos de mi mandante, siendo con un valor no determinable en el escrito de demanda. Todo ello con expresa condena de costas del procedimiento a la parte demandada.»

**Segundo.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 10 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido contestó la parte demandada, oponiéndose ésta a la planteada de contrario, y previos los trámites legales oportunos, incluido el de recibimiento a prueba que se interesa, se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, con expresa condena en costas al actor.

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

**Tercero.-** Admitida a trámite la contestación a la demanda, y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Calatayud, se dictó sentencia en fecha 25 de noviembre de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo.- ESTIMO EN PARTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Blasco Pérez, en nombre y representación de Doña María Rosa C. S. y Don Ángel Domingo y DECLARO la existencia de una servidumbre de luces y vistas a favor de los demandantes sobre el predio de los demandados y, en consecuencia, ACUERDO la obligación de los demandados de eliminar los elementos que impidieran el uso y disfrute normal de

dicha servidumbre. Absolviendo del resto de peticiones contenidas en la demanda a la parte demandada. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

**Cuarto.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Quteishat Revilla, en nombre y representación de D. José Manuel V. S. y de D<sup>a</sup> María Teresa B. S., recurso de apelación contra la sentencia de 25 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Calatayud, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose la parte recurrida y suplicando «se dicte la oportuna resolución, en la que se confirme íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 2 de Calatayud, con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en el proceso y en esta instancia de apelación.»

**Quinto.-** Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba que fue admitida, la Sección Cuarta, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 2 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos.- Que debemos desestimar y desestimamos totalmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora, Sra. Quteishat Revilla contra la Sentencia de 25 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Calatayud, confirmando ésta íntegramente, y con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.»

**Sexto.-** La representación legal de D. José Manuel V. S. y de D<sup>a</sup> María Teresa B. S., interpuso ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, recurso de casación que se fundamenta en un primer y único motivo: motivo de casación foral invocado por infracción legal de los arts. 575, 552.2<sup>o</sup>, 574 y 548 del Código del

Derecho Foral de Aragón (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), en adelante, CDFA; infringiendo, igualmente, por aplicación indebida, los arts. 561 y 568 de ese cuerpo legal.

**Séptimo.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 27 de septiembre de 2017 se acordó declarar la competencia y admitir a trámite el recurso interpuesto. El Excmo. Sr. Presidente, designado inicialmente como ponente, se abstuvo del conocimiento de este recurso, abstención que se declaró justificada por Auto de la Sala de fecha 13 de septiembre pasado, designándose nuevo ponente.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo.

En fecha 31 de octubre se señaló por providencia para votación y fallo el día 22 de noviembre de 2017.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **Primero.- ANTECEDENTES RELEVANTES**

La representación de D<sup>a</sup> María Rosa C. S. y D. Angel Domingo M. O. interpuso demanda de juicio verbal en ejercicio de acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas –así la denomina– y de acción negatoria de servidumbre de luces y vistas frente a D<sup>a</sup> María Teresa B. S. y D. José Manuel V. S. En el *petitum* solicitaba, en lo que ahora interesa, que se dictase sentencia declarando la procedencia de la acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas respecto de las ventanas con una chapa metálica en la actualidad.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora indicando, respecto de la acción que considera meramente declarativa, confesoria de servidum-

bre de luces y vistas, que es de aplicación el régimen de relaciones de vecindad regulado en el derecho aragonés, sin que proceda la declaración solicitada de contrario por imposibilidad de usucapión de la servidumbre, al no existir signo aparente, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 545, 550, 561, 574 y 575 del CDFA.

Conforme a los alegatos de las partes y a la prueba practicada entiende la Sala comprobado que los actores son propietarios de un inmueble situado en la localidad de A. (Zaragoza) que es colindante con el de los demandados. En dos habitaciones de su casa los demandantes tienen abiertas sendas ventanas, que dan a un patio de los demandados, y por esas ventanas las habitaciones reciben luz y ventilación. Dichas ventanas han sido tapadas por los demandados mediante unas chapas metálicas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a la pretensión que se ha descrito precedentemente. Al efecto razonó que es el propio demandado D. José Manuel quien ha reconocido que las ventanas que hoy se encuentran tapadas y por las que reclama el demandante llevaban abiertas doce años y que «no las tapó antes porque no sabía que podía hacerlo»; que se trata de dos ventanas que son la única fuente de ventilación de habitaciones en las que se hallan; que dan a un patio propiedad de los demandados, llevan abiertas unos doce años de forma visible, aparente y continua, habiéndolas tapado el demandado recientemente; y concluye que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 568 del CDFA existe una servidumbre de luces y vistas constituida por usucapión.

La citada sentencia desestimó la pretensión de la actora respecto a la acción negatoria, pronunciando éste que no fue recurrido.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de los demandados frente a la sentencia de primera instancia, en cuanto había estimado la declaración de existencia de una servidumbre de luces y vistas y ordenado a los demandados eliminar los elementos que impidieran el uso y disfrute normal de dicha servidumbre, el recurso fue admitido y tramitado con arreglo a derecho. Las alegaciones de la parte recurrente se fundaban, desde un punto de vista jurídico sustantivo, en la vulneración del artículo 575 del CDFA por imposibilidad de adquirir la servidumbre de luces y vistas por usucapión, y al efecto hacía cita de los artículos 548 y 574 del mismo cuerpo legal y 444 y 1942 del Código civil.

La sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida en casación, ha desestimado íntegramente el recurso de apelación.

#### **Segundo.- MOTIVO ÚNICO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso de casación se articula sobre un motivo único, que impugna la sentencia de la Audiencia Provincial por infracción de los artículos 575, 552, 574 y 548 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA). En el desarrollo del motivo la parte recurrente refiere que se ha infringido el art. 575 por cuanto la servidumbre invocada por la actora, al no ser aparente, no puede adquirirse por usucapión; también el 574, en cuanto a la consideración de que solo los voladizos son signos aparentes de esta clase de servidumbres, relacionado con el 548 que determina lo que debe entenderse por voladizos, y el 552.2 en cuanto al concepto de servidumbres aparentes. Finalmente añade que la sentencia ha infringido, por aplicación indebida, los arts. 561 y 568 del CDFA, toda vez que no estamos ante servidumbres aparentes por carecer las ventanas litigiosas de voladizo.

A estos argumentos se opone la parte recurrida, aduciendo la corrección en derecho de la sentencia de la Audiencia, por cuanto: está acreditado que las ventanas llevaban abiertas doce años; que la servidumbre era preexistente, por cuanto los demandados reconocieron su existencia durante más de doce años; y que la servidumbre de autos es aparente. Concluye solicitando la desestimación del recurso de casación.

#### **Tercero.- RELACIONES DE VECINDAD**

El derecho civil aragonés, articulado ahora en el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), distingue claramente entre las relaciones de vecindad y la ordenación de las servidumbres prediales, y lo hace siguiendo una tradición jurídica centenaria, proveniente de los Fueros y Observancias, recogida como materia de derecho foral que se debía conservar en el Apéndice foral de 1925 –art. 14–, desarrollada más tarde con depurada técnica jurídica en la Compilación de 1967 –arts. 144 y siguientes– y regulada actualmente en el CDFA.

Las relaciones entre edificios colindantes, que en muchas ocasiones son fuente de conflictos entre sus titulares, se regulan en Aragón con un criterio favorecedor de la buena vecindad, que permite hacer todo aquello que protege la mejor condición de uso de cada edificio, siempre que respete los derechos del colindante. Para ello establece la posibilidad de abrir huecos para obtener luz y vistas –art. 545–, si bien deberán estar cerrados con reja remetida en la pared y red de alambre o medio similar, dentro de las distancias que fija el art. 545.2; aunque esta forma de apertura no genera derechos a la adquisición de servidumbre predial –art. 549– ni impide al dueño del edificio colindante construir en su propiedad, incluso tapando los huecos –art. 550–, si bien esta forma de cierre habrá de tener una justificación razonable

de uso de su derecho, y no ser realizada con abuso de la situación jurídica –sentencias del TSJ de Aragón de 31 de marzo de 2004 y 23 de enero de 2008–.

**Cuarto.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS EN ARAGÓN**

Separadamente del régimen normal de relaciones de vecindad, nuestro derecho regula las servidumbres, como derechos reales limitativos de las facultades del propietario, las formas de su constitución y los derechos que su existencia confiere al titular del predio dominante sobre el sirviente. De esto trata la controversia en el proceso, y a ello se refiere el recurso de casación.

Las servidumbres de luces y vistas tienen consideración de continuas y negativas. El carácter de aparentes o no aparentes, que en el derecho del Código civil común ha dado lugar a intensos debates, zanjados en reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que fija su carácter de aparentes cuando los huecos se abren en pared medianera y de no aparentes cuando se ubican en pared propia –STS 317/2016, de 13 de mayo, y las que en ella se citan–, es objeto de regulación expresa y rotunda en el CDFa: conforme al art. 574, los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo 545 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio.

Y, a tenor del art. 575, la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión.

**Quinto.- ACCIÓN EJERCITADA Y ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

En el caso de autos la parte actora ejercitó una acción declarativa que puede

considerarse como confesoria de servidumbre de luces y vistas, respecto de las ventanas que habían sido tapadas por los demandados. Aunque en la demanda se refería a «acción reivindicatoria de servidumbre», y en el suplico se pedía al juzgado que declarase «la procedencia de la acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas», la naturaleza jurídica de la acción ejercitada había de calificarse como confesoria de la servidumbre de dicha clase, adquirida por usucapión. En cuanto a la adquisición porque, de los modos de constitución de las servidumbres recogidos en el art. 561 del CDFa, el único que podía ser aplicado al caso era el citado, a la vista de los hechos en que se fundaba la demanda: apertura de las ventanas hacía doce años, consentida sin oposición por los demandados.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda en cuanto a dicha pretensión, según hemos visto. En el escrito de recurso de apelación, los recurrentes invocaron la infracción de los artículos 548, 574 y 575 del CDFa, juntamente con los arts. 444 y 1942 del Código civil, referidos éstos a los actos meramente tolerados que no afectan a la posesión y a la ineficacia a efectos de prescripción adquisitiva de los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o mera tolerancia del dueño.

La sentencia de la Audiencia tiene en cuenta las alegaciones de la parte recurrente –fundamento de derecho segundo–, pero considera que esta servidumbre, como aparente, podrá ser adquirida por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título o buena fe (artículo 568 del CDFa) y que está acreditado que las ventanas sobre las que se ejercita la acción confesoria preexistían al ejercicio de la acción y llevaban abiertas más de doce años,

además de que constituyen la única fuente de ventilación e iluminación.

Finaliza su fundamentación afirmando que «reconocida por las partes la existencia de la servidumbre carece de fundamentación jurídica la aplicación del artículo 574 CDFA, que establece cuáles serán los signos aparentes a que debemos acudir para determinar la existencia de una servidumbre. El motivo se desestima».

**Sexto.- SOBRE LA PROCEDENCIA DEL MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

La sentencia yerra al afirmar que está reconocida por las partes la existencia de la servidumbre, pues la parte demandada y ahora recurrente no la ha reconocido a lo largo de todo el proceso. Reconoce, eso sí, la existencia de las ventanas, abiertas y sin protección, durante un largo lapso de tiempo, pero no la consecuencia jurídica pretendida de contrario, es decir, que estuviese constituida una servidumbre de luces y vistas sobre su casa, en la que el predio de los actores fuese dominante y el de los demandados sirviente.

A la vista de los hechos admitidos y los declarados como probados resultaba de obligada observancia la aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 574 y 575 del CDFA, pues el legislador aragonés, al regular las formas de constitución de las servidumbres de luces y vistas, no ha querido dejar la posibilidad de adquisición por usucapión al albur de la consideración de la apariencia de las servidumbres y a la existencia o inexistencia de acto obstativo, en la forma en que se recogía en el art. 14 del Apéndice foral de 1925, siguiendo el criterio del Código civil –art. 538– como momento de inicio del plazo de posesión *ad usucapionem* (para la usucapión). Por el contrario, siguiendo y ampliando la regulación contenida en el art. 145 de la Compilación, deja fijada la cuestión expresando que solo son signos aparentes los voladizos,

en la forma en que se expresa en art. 574, y que, en su defecto, no se puede ganar esta servidumbre por usucapión.

Sobre la naturaleza y configuración de los voladizos se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 27 de septiembre de 2007 –sobre los tendedores y otros objetos que sobresalen de la línea de fachada–, de 14 de julio de 2008 –sobre los balcones como voladizos– y de 30 de noviembre de 2009. Esta última distingue las servidumbres de las relaciones de vecindad, lo que el legislador aragonés llama «régimen normal de luces y vistas», refiriéndose a las relaciones entre vecinos en materia de luces y vistas sobre fundo ajeno, y confirma el criterio según el cual *in facultativis non datur praescriptio* respecto a la imprescriptibilidad de la acción para exigir las protecciones en las relaciones de vecindad.

En el caso de autos no existen voladizos, ni siquiera se invoca su presencia por la parte actora. Y la mera existencia de las ventanas, abiertas en pared propia sobre fundo ajeno, sin la protección de reja y red, no constituye signo aparente de servidumbre a los efectos de su adquisición por usucapión, conforme a los preceptos forales antedichos y a lo dispuesto en el art. 1942 del Código civil. De este modo no llegó a constituirse la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, pues conforme a derecho no puede adquirirse por usucapión.

En consecuencia procede la estimación del recurso de casación; y la Sala, retomando la instancia, ha de acordar la íntegra desestimación de la demanda deducida por los actores, al no haber razón jurídica para la prosperabilidad de sus pretensiones procesales.

**Séptimo.- COSTAS**

En cuanto a costas procesales procede, en aplicación de lo establecido en los arts.



394 y 398 de la LEC: a) imponer las de primera instancia a la parte actora, ya que sus pedimentos resultan íntegramente desestimados; b) no hacer especial pronunciamiento acerca de las del recurso de apelación, que debió ser estimado; c) ni respecto a las del recurso de casación, que se estima.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Vistos, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

**Primero.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª María Teresa B. S. y D. José Manuel V. S., contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 2 de junio de 2017, en el rollo 109/2017 dimanante de autos de juicio verbal nº 148/2016, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Calatayud; sentencia que casamos y anulamos.

**Segundo.-** En su lugar desestimamos las pretensiones deducidas por los demandantes D. Ángel Domingo M. O. y Dª María Rosario C. S. contra los antes citados.

**Tercero.-** Imponemos a los demandantes las costas del juicio en primera instancia; y no hacemos especial imposición de las causadas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

**Cuarto.-** Acordamos la devolución a los recurrentes de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Líbrese la certificación correspondiente a la mencionada Audiencia, con devolu-

ción de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

#### AUTO

*Zaragoza a veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** En esta Sala se sigue recurso de casación con el núm. 36/17, iniciado en virtud del planteado por la Procuradora de los Tribunales Dª Nadia Quteishat Revilla, en nombre y representación de Dª María Teresa B. S. y de D. José Manuel V. S., frente a Dª Mª Rosario C. S. y D. Ángel Domingo M. O., representados por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Blasco Pérez, en el que se dictó Sentencia con fecha 5 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

#### FALLAMOS

**Primero.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª María Teresa B. S. y D. José Manuel V. S. , contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 2 de junio de 2017, en el rollo 109/2017 dimanante de autos de juicio verbal nº 148/2016, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Calatayud; sentencia que casamos y anulamos.

**Segundo.-** En su lugar desestimamos las pretensiones deducidas por los demandantes D. Ángel Domingo M. O. y Dª María Rosario C. S. contra los antes citados.

**Tercero.-** Imponemos a los demandantes las costas del juicio en primera instancia; y no hacemos especial imposición de las causadas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

**Cuarto.-** Acordamos la devolución a los recurrentes de los depósitos constituidos para recurrir.»

Con fecha 14 de los corrientes, la representación procesal de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Rosa C. S. y de D. Ángel Domingo M. O., presentó escrito interesando: «El concepto que esta parte necesita sea aclarado, es la necesidad o no, según el CDFA, de poner reja y red en las ventanas existentes, quitando los vecinos las chapas colocadas en la pared compartida. Se pide esta aclaración respetuosamente y con el único ánimo de saber cómo actuar en lo que se refiere al tratamiento de las ventanas existentes, sobre el patio del demandado, en el sentido de que sea aclarado si estas deben llevar reja y red en atención a lo dispuesto en el artículo 545 CDFA, debiendo la parte demandada retirar las chapas puestas para obstaculizar dichas ventanas o si por el contrario, dichas chapas pueden permanecer tapando los huecos de ventanas tapadas.»

#### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Único.-** La pretensión de aclaración de la sentencia no se refiere a lo decidido en el fallo, cuyos pronunciamientos son claros y precisos: estimar el recurso de casación, casar y anular la sentencia impugnada y, conociendo de las pretensiones planteadas, desestimar la demanda.

Lo pretendido por el recurrente se refiere a que la Sala le ilustre sobre la necesidad o no, según el CDFA, de poner reja y red en las ventanas existentes, quitando los vecinos las chapas colocadas en la pared compartida. Y afirma la parte solicitante de la aclaración que «se pide esta aclaración respetuosamente y con el único ánimo de saber cómo actuar en lo que se refiere al tratamiento de las ventanas existentes, sobre el patio del demandado».

Evidentemente esa petición se refiere a una acción no ejercitada y trata de obtener

un asesoramiento jurídico que es impropio de la función jurisdiccional, por lo que no tiene cabida ni apoyo legal en lo establecido en el art. 267 de la L.O.P.J.

Así pues, no hay lugar a la aclaración de la sentencia al no concurrir los supuestos de aclaración previstos en la ley.

Por lo expuesto,

#### LA SALA ACUERDA

No ha lugar a la aclaración, solicitada por el Procurador Don José Manuel Blasco Pérez, de la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2.017 dictada por esta Sala en el recurso de casación 36/2017.

Así por este nuestro auto, del que se extenderán los oportunos testimonios, lo acordamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 23

*S. TSJA 26/2017  
de 21 de diciembre de 2017*

**3: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de motivación de la sentencia: *Tampoco se aprecia que haya falta de motivación en la sentencia recurrida. El TC ha circunscrito los límites de la exigencia en sentencias tales como la 13/2001, 9/2015, y las en ellas citadas. La sentencia recurrida explica suficientemente el conjunto de factores por los que considera que la recurrente no es acreedora de una asignación compensatoria, y la discrepancia frente a tal valoración no es falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.***

**Valoración errónea de la prueba: *Entre los motivos de infracción procesal del art. 469 Lec. no se encuentra específicamente el de manifiesto error en la valoración de***

la prueba, si bien la Sala 1ª del TS la admite al amparo del número 1.4º de dicho precepto por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE. Pero por este medio no se trata de desvirtuar una valoración de la prueba sino de acreditar que la valoración de la prueba realizada no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar manifiestamente arbitraria, irracional o ilógica (la Sala cita las SSTS 785/2013, de 16 diciembre; 273/2016, de 22 abril, 445/2016, de 1 julio). En el caso de autos no se aprecia que haya error en la valoración de la prueba en los términos exigidos en el art. 469.1.4ª Lec.

**6437: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:** *Es doctrina jurisprudencial (SSTS 22 junio 2011, 10 octubre 2011 y 2 enero 2013) que la pensión compensatoria no tiene como finalidad una garantía vitalicia de sostenimiento, o perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando, o equiparar económicamente los patrimonios, y que se deben confrontar las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura, debiendo tener su origen el desequilibrio en la pérdida de derecho o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. En el caso de autos el desequilibrio tiene su punto de partida en la diferente cualificación profesional de ambos y no en la especial dedicación de la esposa a la familia que le hubiera provocado detrimento en sus expectativas profesionales. El motivo se desestima.*

**MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL:** *Falta de motivación de la sentencia: Tampoco se aprecia que haya falta de motivación en la sentencia recurrida. El TC ha circunscrito los límites de la exigencia en sentencias tales como la 13/2001, 9/2015, y las en ellas citadas. La sentencia recurrida explica suficientemente el conjunto de facto-*

*res por los que considera que la recurrente no es acreedora de una asignación compensatoria, y la discrepancia frente a tal valoración no es falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Arts. 469 Lec.*

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Actora y demandado contrajeron matrimonio el 4 de septiembre de 1982. De esta unión nacieron dos hijos, J.-E., el 1986, y R.-F., el 1995.

Presentada demanda de divorcio por la esposa, tras los trámites correspondientes recayó sentencia de 19 de mayo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza, que decretó la disolución del matrimonio por divorcio y atribuyó la guarda y custodia del hijo R., declarado incapaz, a ambos progenitores de forma compartida. El uso del domicilio familiar fue atribuido a Dª A. hasta el 31 de diciembre de 2016. Fue desestimada la solicitud de asignación compensatoria.

Interpuso la actora recurso de apelación y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 6 de junio de 2017 que estimó parcialmente el recurso en lo relativo al término del uso de la vivienda familiar, que se fijó en el 1 de enero de 2018, y lo desestimó respecto a la solicitud de asignación compensatoria.

**Segundo.-** Interpuso la representación de Dª A. recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por lo que, conforme a lo dispuesto en la regla 6ª del número 1 de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), deberá resolverse en primer lugar

el recurso extraordinario por infracción procesal.

El primero de los motivos de infracción procesal se interpuso *«al amparo del motivo 4º del n° 1 del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución».*

Alega manifiesto y patente error de hecho en la valoración de la prueba documental, que considera arbitraria e ilógica por razones que se pueden resumir así: que la sentencia solo pone de relieve una mayor percepción de ingresos del esposo respecto a los de la esposa, ambos con ingresos estables, y que hay un patrimonio consorcial no desdeñable que proporcionará liquidez a ambas partes; que se ha atribuido a la esposa el uso del domicilio familiar, pero solo hasta el 1 de enero de 2018; que el esposo va a tener que afrontar nuevos gastos como los de vivienda, sin tener en cuenta que lo mismo será aplicable a la esposa; que no ha apreciado especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le haya impedido o postergado el desempeño de su actividad laboral, sin tener en cuenta que lleva más de diecinueve años dedicándose en exclusiva y sin poder trabajar al cuidado de la familia, en particular al hijo R. afectado de parálisis cerebral e hidrocefalia, mientras el esposo ha seguido una completa carrera militar, con los traslados constantes que a ella le han impedido desarrollar una buena actividad profesional; que la sentencia no ha tenido en cuenta que los ingresos del marido casi triplican a los de la esposa por lo que a ella solo le quedará una pensión de jubilación puramente asistencial.

El error en la valoración de la prueba ya había sido el motivo principal del recurso de apelación de la actora, centrado en la diferencia de ingresos entre ambas partes y en la dedicación de la madre al cuidado de los hijos, dada la carrera militar del padre

y los continuos traslados de la familia que a ella le habrían impedido desarrollar su actividad profesional por tener que atender sola al cuidado de los hijos.

La sentencia de apelación resolvió lo relativo a la valoración de la prueba en su fundamento segundo en los siguientes términos:

«Llevado a ello al presente caso, y no apreciando el aludido error valorativo del juez de instancia sobre las pruebas practicadas que dan lugar a la fijación de los hechos declarados probados, no creemos que el criterio sustentado en la instancia deba en este punto modificarse. Así dentro de los parámetros que al efecto viene a exigir el art. 83 CDFA, lo único que cabe poner de relieve es una mayor percepción de ingresos por parte del esposo respecto de los cobrados por la esposa, lo cual es sólo una parcela del parámetro más amplio de «recursos económicos» de la que trata el párrafo 1 del 83.2. La solicitante lleva trabajando mucho tiempo dentro de la misma actividad donde es previsible continúe percibiendo sus ingresos de modo regular, al igual en este punto que el esposo. No encontramos incidencias en el tema de los hijos, habida cuenta la edad de uno, y las características especiales del otro que incidan sobre ambos progenitores; la atribución del uso familiar se ha otorgado a la esposa; no se ha apreciado una especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le haya impedido o postergado para el desempeño de su vida laboral; tampoco se ha acreditado que se abandonara los estudios que cursara para dedicarse a la familia; ha habido una prolongada vida en común, y se han observado la existencia de bienes consorciales de importancia cuya finalidad última será el reparto igualitario entre los consortes.

Con esos parámetros no observamos la existencia de ese desequilibrio económico exigible si nos atenemos a que el esposo en

razón del divorcio también va a tener que afrontar nuevos gastos como son los relacionados con la vivienda.»

Entre los motivos de infracción procesal del artículo 469 LEC no se encuentra específicamente el de manifiesto error en la valoración de la prueba, si bien la Sala Primera del Tribunal Supremo la admite al amparo del número 1. 4º de dicho precepto por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE. Pero por este medio no se trata de desvirtuar una valoración de la prueba sino de acreditar que la valoración de la prueba realizada no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar manifiestamente arbitraria, irracional o ilógica. Dice la STS 785/2013, de 16 de diciembre:

«La revisión de la valoración probatoria no está expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha valoración sólo puede, excepcionalmente, ser denunciada como infracción procesal mediante un soporte adecuado (STS de 16 de marzo de 2013), bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), bien la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto, al resultar manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de determinada prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de no-

viembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación (27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/200)».

La parte recurrente asegura que la sentencia recurrida ha incurrido en manifiesto y patente error de hecho en la valoración de la prueba documental obrante en autos y la considera manifiestamente arbitraria e ilógica. En el desarrollo del motivo se hace un repaso a las circunstancias resumidas al comienzo de este fundamento (ingresos de ambos esposos; atribución del domicilio familiar a la esposa hasta enero de 2018; dedicación de la esposa a las tareas familiares, especialmente al hijo discapacitado, sin poder estudiar su carrera universitaria) y se propone un análisis de todos los antecedentes fácticos relativos a tales circunstancias, realizando de ese modo una completa revaloración de la prueba. Como prueba documental que justificaría el error sufrido por la sentencia recurrida se citan las declaraciones de IRPF y nóminas de ambos esposos, documento de traslado de su matrícula a la Universidad de Lérida y certificación de su vida laboral más sus contratos e ingresos desde 2001.

No se siguen, por lo tanto, los requisitos señalados por la jurisprudencia para poder apreciar error en la valoración de la prueba basada en error patente relativo a los aspectos fácticos inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

La STS 445/2016, de 1 de julio (recurso 329/2014) reitera la doctrina extraída de la n.º 273/2016, de 22 de abril (recurso 63/2014):

«1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga

relevancia para la estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4° LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 20/2005, de 14 de febrero, y 21/2009, de 26 de noviembre, destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2011, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia».

2.- A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril y 44/2015, de 17 de febrero, (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1°) que se trate de un error fáctico –material o de hecho–,

es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2°) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En este caso, los errores denunciados no son fácticos, sino de valoración jurídica, pues se refieren a dos cuestiones de naturaleza estrictamente sustantiva y de interpretación de la póliza de seguro (...)

Podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico las conclusiones de la sentencia recurrida son acertadas, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, al corresponder a la valoración jurídica propia de un recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo:

No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo de ordinal 4° del artículo 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (...) con la revisión de la valoración jurídica... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esa, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esa valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial.

En el presente caso lo que intenta la parte recurrente es que se revise la totalidad de la prueba o, más bien, la valoración jurídica sobre el concepto de desequilibrio que permite atribuir una asignación compensatoria, lo que será objeto, en su caso, del recurso de casación.

De la mera enumeración que hace la recurrente de la prueba documental a la que hemos hecho referencia no se desprende error en la valoración de la misma en los términos exigidos en el artículo 469.1.4ª LEC, por lo que este motivo ha de ser desestimado.

**Tercero.-** El segundo motivo de infracción procesal se interpone *«al amparo del motivo 2 del nº 1 del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia».*

Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe el deber de motivación exigido por el artículo 218.2 LEC porque *«la motivación contenida en su fundamento primero para denegar la existencia de desequilibrio patrimonial en la recurrente es total y absolutamente insuficiente pues está desprovista de razonabilidad y desconectada con la realidad de la prueba obrante en autos, siendo la escasa motivación que contiene una mera apariencia, lo cual conduce a afirmar la arbitrariedad e irrazonabilidad de la misma y, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias damos por reproducidas las alegaciones formuladas en el anterior motivo de impugnación».*

Frente a esta escueta argumentación, de contenido genérico y sin concretar en qué aspectos encuentra la falta de motivación, comprobamos que en la fundamentación de la sentencia que hemos transcrito se recogen no solo los mayores ingresos del marido respecto a los de la esposa, sino también el tiempo en el que ella viene desarrollando una actividad laboral con ingresos regulares; la no especial incidencia de los hijos respecto a los progenitores; la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa; que no se ha apreciado una especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le hayan impedido o postergado el desempeño de su vida laboral; que no se ha acreditado que abandonara los estudios que cursaba para dedicarse a la familia; que ha habido una prolongada

vida en común y que existen bienes consorciales de importancia para su reparto igualitario.

En este motivo no justifica la parte recurrente en qué aspecto concreto de los antes aludidos encuentra falta de motivación, salvo que considere que la sentencia hubiera debido rebatir todos y cada uno de los elementos fácticos que a su juicio debieron llevar a la conclusión de concederle la asignación compensatoria solicitada. Como se ha dicho, tales elementos habían sido ampliamente desarrollados en su recurso de apelación desde la perspectiva de error en la valoración de la prueba, que la sentencia rechaza en el fundamento antes transcrito.

El Tribunal Constitucional ha circunscrito los límites de la exigencia de motivación en sentencias tales como la nº 13/2001 y la 9/2015, en la primera de las cuales se dice, con criterio reiterado en la segunda:

*«Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la ratio decidendi que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye,*

lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2).»

La sentencia recurrida explica suficientemente el conjunto de factores por los que considera que la recurrente no es acreedora de una asignación compensatoria, y la discrepancia frente a tal valoración no es falta de motivación.

En consecuencia, no se aprecia infracción del artículo 218.2 LEC, por lo que este motivo debe ser rechazado.

**Cuarto.-** El motivo único del recurso de casación se interpone *«al amparo del motivo 3º.3 del artículo 477.2 LEC y del artículo 3.1 de la ley de casación foral aragonesa, por presentar interés casacional la sentencia recurrida, por manifiesta infracción en su aplicación del artículo 83 apartado 1 y 2 del CDFA, y de la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sus sentencias..., así como de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo...»*.

Afirma la parte recurrente que la sentencia recurrida ha realizado una interpretación arbitraria y sesgada de los parámetros establecidos en el artículo 83.2 del CDFA y ha obviado realizar una ponderación equitativa de dichos criterios, siendo manifiestamente ilógico e irracional el juicio prospectivo realizado para denegar la asignación compensatoria a la esposa por el desequilibrio patrimonial que le produce el divorcio en relación con la posición económica de su esposo.

Achaca a la sentencia, fundamentalmente, que no ha tenido en cuenta la razón por la que la esposa estuvo diecinueve años dedicada al cuidado de la familia y

no accedió al mercado laboral hasta el año 2001, y la razón por la que tuvo que trabajar con jornada reducida desde 2002 hasta marzo de 2015, mientras que el esposo se habría podido dedicar plenamente a su carrera como militar hasta su pase a la reserva como coronel de Artillería en el año 2011, por lo que no puede comprender que la sentencia no haya apreciado su especial dedicación a las tareas familiares que le impidieran el desarrollo de su vida laboral.

Asegura la recurrente que desde su matrimonio en septiembre de 1982 siguió a su esposo a todos sus destinos hasta el último y definitivo en Zaragoza en 1987, razón por la que no pudo continuar sus estudios de Filología Inglesa que cursaba en la Universidad de Zaragoza. Y que solo en 1990 pudo realizar una sustitución en el INNS durante 181 días y otras más muy cortas entre 1991 y 1993, habiendo tenido que renunciar a una plaza de funcionaria de carrera al cuerpo auxiliar de la Administración de la Seguridad Social, en Teruel, obtenida por oposición en 1992, que no llegó a ocupar.

La sentencia recurrida considera que no se ha acreditado que abandonara sus estudios para dedicarse a la familia, y resulta justificada tal afirmación si se tiene en cuenta que cuando contrajo matrimonio tenía 25 años de edad y ya había prácticamente abandonado los estudios tras varios años sin aprovechamiento. Su primer hijo nació en 1986, un año antes de ser destinado definitivamente el esposo a Zaragoza, y a partir de 1990 realizó sustituciones e incluso aprobó en 1992 una oposición al cuerpo auxiliar de la Administración. Su segundo hijo, afectado de una grave discapacidad, nació en abril de 1995, pese a lo cual pudo la recurrente empezar a trabajar de forma regular a partir de 2001, contando el primer hijo con quince años y el segundo con seis, es decir, en situación bas-



tante más difícil que en 1990 cuando inició su actividad laboral haciendo sustituciones.

Hubo una reducción de la jornada laboral de la recurrente en el año 2002 (de un 31%) hasta marzo de 2015 en que recuperó la jornada completa. A su vez, el esposo, en la reserva desde mayo de 2011, se dedicó desde entonces a llevar y traer a su hijo discapacitado al colegio y a realizar con él los ejercicios de natación (así se afirma en el escrito del recurso, página 30 del mismo), lo que no contradice la apreciación de la sentencia recurrida de que no encuentra incidencias en el tema de los hijos que incidan sobre ambos progenitores.

Así pues, la sentencia recurrida pone en relación los distintos factores recogidos en el artículo 83.2 del CDFa (recursos económicos de ambos, edad y perspectivas laborales del solicitante, edad de los hijos, atribución de la vivienda a la esposa hasta 2018, funciones desempeñadas por ambos progenitores y duración de la convivencia), y concluye que no se aprecian razones que justifiquen la asignación compensatoria solicitada. Tiene en consideración la doctrina jurisprudencial (SSTS de 22 de junio de 2011, 10 de octubre de 2011 y 23 de enero de 2013) conforme a la cual la pensión compensatoria no tiene como finalidad una garantía vitalicia de sostenimiento, o perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando, o equiparar económicamente los patrimonios, y que se deben confrontar las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura, debiendo tener su origen el desequilibrio en la pérdida de derechos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

Las perspectivas económicas de ambos cónyuges antes del matrimonio eran distintas dada su diferente cualificación profesional (él militar de carrera y ella estudian-

te de Filología con escaso aprovechamiento –folio 330– certificado de UNED con suspenso o no presentado en el curso 1982-83) y, según la sentencia, el distinto desarrollo profesional posterior no aparece específicamente lastrado en el caso de la esposa por la especial dedicación al cuidado de la familia. Y no es la finalidad de la asignación compensatoria la de restablecer el desequilibrio patrimonial que le produce a la esposa el divorcio en relación con la posición económica en la que queda su esposo, como expresamente pretendía la recurrente, si, como hemos visto, el desequilibrio tiene su punto de partida en la diferente cualificación profesional de ambos y no en la especial dedicación de la esposa a la familia que le hubiera provocado detrimento en sus expectativas profesionales.

Por todo ello no se aprecia que la sentencia recurrida haya incurrido en una inadecuada valoración jurídica de las circunstancias y parámetros que deben tenerse en cuenta en la aplicación del artículo 83 del CDFa.

En consecuencia, debe ser desestimado el motivo del recurso de casación.

**Quinto.-** Se desestiman los recursos de infracción procesal y de casación y, en consecuencia, procede imponer las costas a la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### **FALLAMOS**

**Primero.-** Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación nº 35 de 2017, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> María José Ferrando Hernández en nombre y representación

de D<sup>a</sup> A. M. C. H. M. contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 6 de junio de 2017.

**Segundo.-** Con expresa imposición de costas a la parte recurrente, y pérdida del depósito constituido por ella, al que se dará el destino legal.

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

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

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

#### NÚM. 24

S. TSJA 27/2017  
de 22 de diciembre de 2017

**511: LEY: CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: CÓDIGO UNITARIO:** *El CDFA tiene la consideración de un código unitario, que aun viniendo de la reunión de textos legales precedentes, ha sido objeto de unificación y dotado de coherencia, con pretensiones de generalidad y plenitud –en la medida que correspondía a una norma de Derecho foral y conforme al art. 149.1.8 de la CE–, y así se desprende del iter legislativo y se recoge expresamente en el preámbulo del Decreto legislativo 1/2011, en el que se afirma –apartado VIII– que «en la refundición efectuada se ha hecho uso, en los pocos casos que se ha considerado necesario, de la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales refundidos»; de forma que se ha preocupado el legislador de evitar contradicciones en la regulación u olvidos en la redacción de los preceptos.*

**514: JURISPRUDENCIA. APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS: INTERPRETACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CASO: Valor de la doctrina científica:** *El debate procesal se centra en una cuestión estrictamente jurídica: la eficacia revocatoria de un testamento ológrafo unipersonal respecto de una fiducia instituida en testamento mancomunado. El litigio y, en este trámite, el recurso de casación, ha de ser resuelto a través de la determinación de la ley aplicable y su interpretación, sin que exista jurisprudencia recaída al efecto. Los estudios de la doctrina científico-jurídica son ciertamente útiles para realizar una acertada exégesis de la norma, mas las opiniones doctrinales no pueden constituir la forma de fijar el significado y alcance de las normas jurídicas.*

**723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS: TESTAMENTO OLÓGRAFO: Normativa aplicable:** *Dado que el testamento ológrafo cuya nulidad se pretende fue escrito de puño y letra del testador en fecha 14 de mayo de 2006, resulta de aplicación la Ley aragonesa 1/1999, de 24 febrero, de sucesiones por causa de muerte. Aunque el testamento ológrafo era (antes de su protocolización) un documento privado, no resulta de aplicación el art. 1227 Cc. respecto a su fecha, ya que ambas partes son contestes en cuanto al momento en que fue escrito y firmado por el testador. No obstante, la regulación de la Ley de sucesiones ha pasado íntegramente al vigente CDFA, y es a éste al que se refieren los escritos de las partes y las sentencias de primera y segunda instancia. Por ello la argumentación hará cita del Código.*

**74: FIDUCIA SUCESORIA: REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO:** *El art. 443.1 CDFA dispone que «el nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública». No limita la utilización del testamento a*

*alguna de las formas testamentarias permitidas en Derecho aragonés, ni condiciona el uso de cualquiera de ellas a la forma en que se hubiera establecido el nombramiento.*

**REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO HECHO EN TESTAMENTO MANCOMUNADO:** El art. 443.1 es norma especial respecto del art. 421.4 CDFa: *En el caso de autos es claro que la concesión de facultades fiduciarias de cada uno de los testadores a favor del otro no son disposiciones correspondientes. El art. 421.4 CDFa ordena que toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, exigencia formal que el legislador previene para posibilitar la comunicación al otro cónyuge, en cumplimiento del deber de lealtad, lo que se realiza mediante la notificación que el Notario realizará. Pero la norma no anuda a la exigencia formal la consecuencia pretendida por el recurrente, de nulidad o ineficacia del testamento ológrafo, pues el mismo 421.4 «in fine» establece que sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante –sobre la existencia del anterior testamento mancomunado– o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación.*

**Mediante testamento ológrafo unipersonal:** *El art. 443.1 CDFa es una norma que especialmente regula la forma de revocación de la designación de fiduciario y resulta de directa aplicación al caso de autos ya que la única modificación que introdujo el testamento ológrafo respecto del anterior testamento mancomunado fue dejar sin efecto las facultades fiduciarias que el causante había concedido a su cónyuge. Esta interpretación se asegura si tenemos en cuenta los trabajos prelegislativos; la constatación de que el legislador, al redactar el contenido del art. 443 –igual que el del art. 128 de La Ley 1/1999– no ignoraba la existencia de normas reguladoras del testamento man-*

*comunado, y sin embargo mantuvo su redacción; y la consideración del CDFa como un código unitario, dotado de coherencia, con pretensiones de generalidad y plenitud, de forma que se ha preocupado el legislador de evitar contradicciones en la regulación u olvidos en la redacción de los preceptos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 443, 421.4 CDFa.

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

*En Zaragoza, a veintidós de diciembre de 2017.*

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 37/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 13 de junio de 2017, recaída en el rollo de apelación número 71/2017, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario núm. 385/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup> M. A. L. M., D<sup>a</sup> María D. de G.L. y D<sup>a</sup> María C. de G.L., representadas por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Inmaculada Isiegas Gerner y dirigidas por el Letrado D. David Arbués Aisa, y como parte recurrida D<sup>a</sup> María Á. de G.L., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Beatriz Utrilla Aznar y dirigida por el Letrado D. Javier Sancho Arroyo López Rioboo.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Inmaculada Isiegas Gerner, ac-

tuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> María de los Ángeles L. M., y de D<sup>a</sup> María D. y D<sup>a</sup> María C. de G.L., presentó demanda de Juicio Ordinario contra D<sup>a</sup> María de los Ángeles y D<sup>a</sup> María P. de G. L. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dictara en su día sentencia por la que:

«Se declare la nulidad del testamento ológrafo de Don J. A. de G. A., de fecha 14 de mayo de 2006, cuya protocolización se ha acordado en autos n<sup>o</sup> 883/2.014 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 8 de Zaragoza, o subsidiariamente negar cualquier efecto revocatorio, por nulidad de las disposiciones del mismo que suponen modificación y revocación de lo testado mancomunadamente, en concreto la disposición por la que dispone *«quiero cambiar el testamento que hice con mi esposa María Á. L. M. DNI ..... con fecha 6 de Noviembre de 1986, ante el Notario de Zaragoza Don Pascual Gomis Vidal. Así pues mi última voluntad y testamento, es que todos mis bienes, derechos, acciones,... en fin todo lo que actualmente tengo o pueda tener pase a ser heredado por mis queridas 4 hijas, María Á., María D., María P. y María C.»*, derivada de la inobservancia del requisito de forma de testamento abierto notarial y declarar la plena vigencia y efectividad del testamento mancomunado otorgado entre Don J. A. de G. A. y Doña María de los Ángeles L. M., el día 6 de Noviembre de 1986, autorizado por el Notario que fue de Zaragoza, don Pascual Gomas Vidal, con número de protocolo 1.987 y todo con imposición de costas a las demandadas si se opusiesen».

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

Contestada la demanda dentro de plazo por la representación procesal de D<sup>a</sup>

María Á. y D<sup>a</sup> María P. de G. L., se opuso a la misma y suplicó al juzgado que, previos los trámites legales, dictase sentencia por la que: *«se desestime íntegramente la demanda absolviendo de la misma a mis representadas, con expresa imposición de costas a las demandantes».*

**Tercero.-** El Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 21 de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia en fecha 31 de octubre de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

*«FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> Inmaculada Isiegas Gerner, en representación de M<sup>a</sup> Á. L. M. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> D. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> C. de G. L., contra D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> A. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pl. de G.L., representadas por la Procuradora D<sup>a</sup> Beatriz Utrilla Aznar, debo declarar y declaro la nulidad de las disposiciones del testamento ológrafo de D. J. A. de G.A., de fecha 14 de mayo de 2006, cuya protocolización se ha acordado en autos n<sup>o</sup> 883/2014 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 8 de Zaragoza, que suponen modificación y revocación de lo testado mancomunadamente, en concreto, la disposición por la que dispone *«quiero cambiar el testamento que hice con mi esposa María Á. L. M. con fecha 6 de noviembre de 1986, ante el Notario de Zaragoza D. Pascual Gomas Vidal. Así pues mi última voluntad y testamento es que todos sus bienes, derechos y acciones... en fin todo lo que actualmente tengo o pueda tener pase a ser heredado por mis queridas cuatro hijas, María Á., María D., María P. y María C.»*, derivada de la inobservancia del requisito de forma de testamento notarial y, en consecuencia, declarar la plena vigencia y efectividad del testamento otorgado entre D. J. A. de G. A. y D<sup>a</sup> María Á. L. M., anteriormente referido, sin hacer expresa imposición de las costas procesales.»*

**Cuarto.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Utrilla Aznar, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Á. de G.L., recurso de apelación contra la sentencia antes dictada, se dio traslado del mismo a

la contraparte, oponiéndose al planteado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes y previos los trámites legales, con fecha 13 de junio de 2017 recayó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

#### FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña María A. de G. L y doña María P. de G.L., representadas por la Procuradora Sra. Utrilla Aznar, contra la Sentencia 230/2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Zaragoza en el Procedimiento Ordinario 385/2016 el 31 de octubre de 2016, revocamos la expresada resolución.

En su lugar, acordamos: desestimar la demanda formulada por doña María A. L. M., doña María D. de G.L. y doña María C. de G.L., representadas por la Procuradora Sra. Isiegas Gerner, contra doña María A. de G.L. y doña María P. de G.L., absolviendo a las demandadas de la petición de la demanda. No se hace expresa imposición de las costas de primera instancia.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir».

**Quinto.-** La Procuradora D<sup>a</sup> Inmaculada Isiegas Gerner, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Á. L. M., D<sup>a</sup> C. y D<sup>a</sup> María D. de G. L., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, en base a los siguientes motivos:

«Único.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC y artículo 2.2 y 3.1 de la Ley Aragonesa 4/2005, por infracción del artículo 421.4 del Código del Derecho Foral de Aragón en relación con el artículo 443 del mismo cuerpo legal».

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, se formó rollo de casación núm. 37/2017, en el que se personaron todas las partes y se pasaron al Ponente Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Zubiri de Salinas.

Por auto de 27 de septiembre de 2017 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.

Por providencia de 14 de noviembre de 2017 se señaló para votación y fallo el día cinco de diciembre pasado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **Primero.-** *Antecedentes relevantes*

De los hechos admitidos por las partes, que son base para las decisiones adoptadas en las sentencias dictadas en primera y segunda instancia, resultan comprobados los siguientes datos relevantes:

D. J. A. de G. A. y D<sup>a</sup> María Á. L. M., cónyuges, de vecindad civil aragonesa, otorgaron testamento mancomunado el día 6 de noviembre de 1986 ante el Notario que fue de Zaragoza D. Pascual Gomis Vidal. En dicho testamento disponían: «segundo. Se conceden mutua y recíprocamente, usufructo de viudedad universal, con expresa relevación de formalizar el inventario y de prestar fianza. Tercero. Los testadores se instituyen herederos fiduciarios, para que el sobreviviente pueda distribuir los bienes del cónyuge premuerto y los propios de él, entre los hijos comunes y sus descendientes, en la proporción, tiempo, forma y condiciones que tenga por conveniente, tanto por actos inter vivos como mortis causa. Y si dicho sobreviviente

falleciera sin haber hecho uso de la anterior facultad distributiva, recaerán los bienes de ambos testadores, en sus hijos María-Á., J.-A., María-D., María-P. y María-C., por partes iguales. En defecto de cualquiera de ellos, les sustituirán sus respectivos descendientes, excepto en el caso de repudiación de la herencia».

Posteriormente D. J. A. de G. A. otorgó testamento ológrafo el día 14 de mayo de 2006. En dicho testamento expresó lo siguiente: «quiero cambiar el testamento que hice con mi esposa María Á. L. M. D.N.I. .... con fecha 6 de noviembre de 1986, ante el Notario de Zaragoza D. Pascual Gomis Vidal. Así pues mi última voluntad y testamento, es que todos mis bienes, derechos, acciones, .... , en fin todo lo que actualmente tengo o pueda tener pase a ser heredado por mis queridas 4 hijas, María Á., María D., María P. y María C.».

D. J. A. de G.A. falleció el 6 de enero de 2012. En dicha fecha le sobrevivieron sus cuatro hijas, habiendo premuerto su hijo J. A., quien falleció soltero y sin descendencia.

Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Zaragoza se tramitaron Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 883/2014 en los que se acordó la protocolización del testamento ológrafo antes citado.

#### **Segundo.- EL ITINERARIO PROCESAL**

La representación de Doña María Á. L. M., Doña María D. de G. L. y Doña María C. de G. L., formuló demanda en juicio ordinario frente a Doña María Á. de G. L. y Doña María P. de G. L., en la que solicitaba del juzgado que declarase la nulidad del testamento ológrafo de Don J. A. de G. A., o subsidiariamente se le negase cualquier efecto revocatorio, por nulidad de las disposiciones del mismo que suponen modificación y revocación de lo testado mancomunadamente.

En el proceso seguido ante el juzgado de primera instancia las demandadas se opusieron a las pretensiones de la parte actora. Tras la tramitación del juicio ordinario recayó sentencia de primer grado estimatoria de la demanda, disponiendo en el fallo –que se ha transcrito en los antecedentes de hecho- la nulidad de las disposiciones del testamento ológrafo, en concreto la que cambiaba el testamento otorgado con su esposa Doña María Á., nulidad que la sentencia entendía derivada de la inobservancia del requisito formal de testamento notarial.

La parte demandada, no conforme con dicha sentencia, la recurrió en apelación, y la sentencia recaída al efecto ha estimado el recurso y decide desestimar la demanda, absolviendo a las demandadas de la petición formulada en su contra.

#### **Tercero.- ARGUMENTOS DE LAS SENTENCIAS**

La sentencia de primera instancia centra el tema objeto del debate, al afirmar que «como se señaló por las partes en la audiencia previa, estamos ante una cuestión jurídica. La validez de un testamento ológrafo en cuanto a la posible revocación de una fiducia otorgada en testamento mancomunado».

El fallo acoge la demanda, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 431 a 438 del CDFR, sobre la revocación de las disposiciones testamentarias. Cita reiteradamente un estudio doctrinal del notario Sr. Pemán Melero, al que sigue en la fundamentación jurídica, y concluye en apreciar que, dado que el nombramiento de fiduciaria se hizo en testamento mancomunado, deben cumplirse los requisitos exigidos por el art. 421.4 para su revocación.

El recurso de apelación discrepa de las consideraciones de la sentencia de primer grado, y razona en derecho sobre la aplica-

ción de las normas jurídicas aragonesas al caso. Argumenta también sobre las cuestiones doctrinales, y al efecto explica que frente a la opinión de Don Mariano Pemán existe otra corriente doctrinal, en la que se incluye la opinión de Don Fernando García Vicente y Doña María Ángeles Parra Lucán, según la cual es revocable la designación del fiduciario en cualquier clase de testamento o en escritura pública.

La Audiencia Provincial, al examinar el recurso de apelación, determina el objeto del proceso y del recurso estableciendo que «la sentencia de primera instancia analizó la cuestión, que es puramente jurídica. Se trata del análisis de los artículos 421.4, 432, 441 y 442 del Código de Derecho Foral Aragonés». Hace referencia a los argumentos de la parte recurrente, recoge las opiniones doctrinales indicadas y, expresamente, afirma que la tesis de Don Mariano Pemán es contraria a la doctrina reflejada por Don Alfredo Sánchez Rubio García, en los comentarios al CDFa dirigidos por Don Jesús Delgado Echeverría. Finalmente concluye estimando el recurso de apelación. Los argumentos fundamentales que justifican el fallo son: i) que la forma del nombramiento de fiduciario no condiciona que la revocación deba hacerse en idéntico tipo de instrumento formal; ii) que debe prevalecer siempre que sea posible la voluntad del causante; iii) que en el caso de autos no se efectuó en el testamento ológrafo protocolizado ninguna modificación en lo que atañe a las disposiciones testamentarias realizadas en el mancomunado, simplemente se dejó sin efecto la institución fiduciaria, que el art. 443 del CDFa autoriza a verificar en testamento (sin especificar) o escritura pública.

#### **Cuarto.- ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso de casación que interpone la parte actora se funda en un motivo único,

que denuncia la infracción del art. 421.4 del CDFa, en relación con el art. 443 del mismo cuerpo legal. Expone la recurrente que, salvo error, no existe doctrina jurisprudencial sobre el supuesto sometido a casación, una cuestión estrictamente jurídica: la eficacia revocatoria de un testamento ológrafo unipersonal respecto de una fiducia instituida en testamento mancomunado.

Cita la doctrina que ha estudiado la materia, y se apoya en la evolución legislativa desde el art. 97.2 de la Compilación, precepto que compara con el texto legal comprendido en el art. 421 del Código hoy vigente, y al efecto expone que el inicio de la norma «Toda revocación ...» ha de incluir necesariamente el caso de autos, de modo que solo se podía modificar válidamente el testamento mancomunado mediante otro en forma notarial. Se refiere también a la lealtad debida al otro otorgante del testamento mancomunado, a la que alude la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa de sucesión por causa de muerte; critica la tesis doctrinal que ha seguido la sentencia recurrida y, en conclusión, solicita la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y la íntegra estimación de la demanda.

Frente a tales razones la parte recurrida arguye que el derecho vigente a la fecha del otorgamiento del testamento estaba constituido por la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, aunque se aviene a argumentar sobre los preceptos del CDFa, que no modifican la regulación anterior. Entiende de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 443, que no contiene ninguna exigencia de la forma del testamento, y sustenta que no hay por qué suponer que este precepto tiene relación con el art. 421.4: si el legislador hubiera querido relacionarlos, pudo haberlo hecho sin ningún problema, pero

no fue así. Reitera la cita de argumentos doctrinales, expone las razones por las cuales, según su criterio, el testador modificó su decisión inicial sobre las facultades fiduciarias, y concluye en que es de aplicar, como ley especial, el contenido del art. 443, sin que sea aplicable al caso lo dispuesto en el art. 421.

#### **Quinto.- DECISIÓN SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN**

##### *1. Normativa aplicable*

El proceso tiene por objeto la pretensión de nulidad del testamento ológrafo, y subsidiariamente la negación de cualquier efecto revocatorio sobre el testamento anterior mancomunado, por nulidad de las disposiciones del primero que suponen modificación y revocación de lo testado mancomunadamente. Dado que el testamento cuya nulidad se pretende fue escrito de puño y letra del testador en fecha 14 de mayo de 2006, resulta de aplicación la Ley Aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte. Aunque el testamento ológrafo era un documento privado, no resulta de aplicación el artículo 1227 del Código civil respecto a su fecha, ya que ambas partes son contestes en cuanto al momento en que fue escrito de puño y letra y firmado por D. José Antonio.

No obstante, la regulación de la Ley de sucesiones ha pasado íntegramente al vigente CDFA, y es a éste al que se refieren los escritos de las partes y las sentencias de primera y segunda instancia. Por ello la argumentación hará cita del Código.

##### *2. La fuente del derecho: ley y jurisprudencia*

Las sentencias de primer y segundo grado se refieren reiteradamente a estudios doctrinales, y especialmente la de primera instancia sigue el pormenorizado estudio del Notario D. Mariano Jesús Pemán Melero, indicando que va a servir de base

para la resolución de la presente controversia, a falta de jurisprudencia consolidada sobre la misma.

Igualmente los escritos de ambas partes aluden a distintos estudios jurídicos y comentarios a la legislación aragonesa, estando conformes en que el debate procesal se centra en una cuestión estrictamente jurídica.

Es preciso recordar que, conforme a lo prevenido en el artículo 1 del Código civil, son fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. A tenor del apartado 6 del mismo artículo, la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar las fuentes del derecho. Y, en materia en la que la competencia casacional corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia, corresponde a estos últimos fijar la doctrina jurisprudencial. En este sentido se pronuncia la Ley aragonesa 4/2005, de 14 de junio, de Casación Foral.

En el caso de autos el litigio y, en este trámite, el recurso de casación, ha de ser resuelto a través de la determinación de la ley aplicable y su interpretación, sin que exista jurisprudencia recaída al efecto. Los estudios de la doctrina científico-jurídica son ciertamente útiles para realizar una acertada exégesis de la norma, mas las opiniones doctrinales no pueden constituir la forma de fijar el significado y alcance de las normas jurídicas.

##### *3. Regulación de la revocación de la fiducia*

La regulación de la fiducia sucesoria en derecho aragonés se realiza en el título IV del libro tercero del CDFA, y en el mismo se incluye el art. 443, cuya rúbrica es «Revocación del nombramiento», y en su apartado primero establece: «1. El nom-



*bramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública».*

Esta norma es de directa aplicación al caso de autos ya que, como consta comprobado y se afirma en la sentencia recurrida, la única modificación que introdujo el testamento ológrafo respecto del anterior fue dejar sin efecto las facultades fiduciarias que Don J. A. había concedido a su cónyuge.

El precepto expresa que el nombramiento de fiduciario podrá ser revocado por el causante en testamento. No limita la utilización para ello a alguna de las formas testamentarias permitidas en derecho aragonés, ni condiciona el uso de cualquiera de ellas a la forma en que se hubiera establecido el nombramiento. Si esto resulta claro de la dicción del precepto, esta interpretación se asegura si tenemos en cuenta:

a) los trabajos prelegislativos de preparación de la Ley 1/1999, llevados a cabo en el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, a partir de la Ponencia General de 1996 y recogidos en las Actas de sus reuniones, en las que aparece que la redacción inicial del precepto mantenía que «2. *El nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en escritura pública o cualquier clase de testamento*» (Apartado 2 del artículo IV), y la Comisión opinaba que «se está de acuerdo en que debe dejarse claro que en cualquiera de las formas que expresa el mismo apartado 1 puede el comitente revocar el nombramiento de fiduciario y las instrucciones que en su caso haya dado. Se delega en los miembros de la ponencia la redacción más adecuada para expresarlo así, la cual se someterá a aprobación el próximo día» (Acta de 1 de octubre de 1997), y en la sesión siguiente se aprobó

la redacción del citado párrafo en los mismos términos en que se expresa el actual apartado 1 del artículo 443 (Acta de fecha 15 de octubre de 1997);

b) la constatación de que el legislador, al redactar el contenido del art. 443 –igual que el del art. 128 de la ley de 1999– no ignoraba la existencia de normas reguladoras del testamento mancomunado, que habían sido elaboradas por la misma comisión y aprobadas por las Cortes de Aragón en un único procedimiento legislativo, y sin embargo mantuvo la redacción del precepto en los inequívocos términos que se han transcrito;

c) la consideración del CDFa como un código unitario, que aun viniendo de la reunión de textos legales precedentes, ha sido objeto de unificación y dotado de coherencia, con pretensiones de generalidad y plenitud –en la medida que correspondía a una norma de derecho foral y conforme al art. 149.1.8 de la CE–, y así se desprende del iter legislativo y se recoge expresamente en el preámbulo del Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el CDFa, en el que se afirma –apartado VIII– que «*en la refundición efectuada se ha hecho uso, en los pocos casos que se ha considerado necesario, de la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales refundidos*»; de forma que se ha preocupado el legislador de evitar contradicciones en la regulación u olvidos en la redacción de los preceptos.

En definitiva, se trata de una norma que especialmente regula la forma de revocación de la designación de fiduciario y permite llevarla a efecto en testamento, cualquiera que hubiese sido la forma en que se hiciera; y esta norma ha sido aplicada correctamente por la Audiencia Provincial, que no ha incurrido en la infracción que denuncia el motivo.

#### 4. Aplicabilidad de las normas reguladoras del testamento mancomunado

La parte recurrente denuncia la infracción del art. 421.4 del CDFA. Este artículo regula la forma de revocación del testamento mancomunado, distinguiendo las disposiciones correspectivas de aquellas que no lo son.

En el caso de autos es claro que la concesión de facultades fiduciarias de cada uno de los testadores a favor del otro no son disposiciones correspectivas.

El último apartado, al que se refiere la parte que recurre en casación, ordena que toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, exigencia formal que el legislador previene para posibilitar la comunicación al otro otorgante, en cumplimiento del deber de lealtad a que se refiere el preámbulo de la Ley, lo que se realiza mediante la notificación que el Notario realizará, dentro de los ocho días hábiles siguientes, del mero hecho del nuevo otorgamiento. Pero la norma no anuda a la exigencia formal la consecuencia pretendida por el recurrente, de nulidad o ineficacia del testamento ológrafo, pues el mismo apartado 4º, *in fine* establece que «*sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante –sobre la existencia del anterior testamento mancomunado– o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación*».

En consecuencia la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 421.4 del CDFA, sino que lo ha tenido en cuenta, recogiénolo expresamente en su fundamento de derecho primero, para concluir de forma ajustada a derecho en la estimación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimar íntegramente la demanda formulada.

#### 5. Conclusión

Por las razones expuestas procede la desestimación del motivo de casación y la confirmación de la sentencia recurrida.

#### Sexto.- COSTAS

La existencia de dudas de derecho en la materia, que se desprende de la complejidad técnica de la cuestión controvertida, de la existencia de dos sentencias de contenido distinto y del debate doctrinal, son razones para no realizar imposición de las costas de este recurso, de conformidad con lo establecido en los arts. 394 y 398 de la LEC.

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

Vistos, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

**Primero.-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Inmaculada Isiegas Gerner, en la representación que ostenta en estos autos, contra la sentencia de fecha 13 de junio de 2017, dictada por Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sentencia que confirmamos.

**Segundo.-** No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

**Tercero.-** Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

## NÚM. 25

S. TSJA 1/2018 de 5 de enero de 2018

**6435: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: ATRIBUCIÓN AL PROGENITOR NO CUSTODIO: Mejor interés para las relaciones familiares:** *En el caso de autos la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio (la madre) está totalmente imbricada con la decisión sobre custodia de las menores: se atribuye al padre, pero no sólo a él realmente, ya que esta decisión se condiciona a que el padre y las menores vivan con la abuela paterna y en la casa de ésta. En esta especial situación, la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre es lo mejor para el interés global de las menores, ya que sólo así cabe considerar garantizado un correcto ejercicio del régimen de visitas establecido a favor de la madre. El mejor interés para las relaciones familiares imponía aplicar la excepción prevista en el art. 81.2 CDFa y atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, ya que con ello, en definitiva, se favorecía directa y especialmente a las menores. En el caso de autos la decisión sobre la vivienda no se puede separar de las demás medidas adoptadas ni observarla tan solo desde el prisma meramente economicista.*

**CUSTODIA INDIVIDUAL: Interés prevalente del menor:** *El art. 81.2 CDFa debe ser interpretado en todo caso en atención sobre todo al interés de los hijos menores. Así resulta de lo ordenado, con carácter general, en los arts. 76 y 79 del CDFa. Y también del propio art. 81.2, ya que ordena, con carácter previo y principal, que el uso de la que fue vivienda familiar lo disfrute el progenitor bajo cuya custodia queden los menores, en previsión que sólo podrá ser inobservada cuando el mejor interés de las relaciones familiares aconsejen otra decisión. Así, la referencia que utiliza el legislador cuando permite la especial atribución al progenitor no custodio no es a*

*las relaciones entre progenitores, sino a las familiares entendidas en su conjunto y, dentro de ellas de nuevo debe incluirse la atención primordial de los hijos menores en el conjunto de tales relaciones familiares. En definitiva, la presencia de los menores es el factor esencial a tener en cuenta en cada caso como más necesitado de protección al atribuir el uso de la vivienda que fue común (cita la STS 426/2013, de 17 junio, y ésta el art. 233-20 CCCAT).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** art. 81.2 CDFa.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Los litigantes, doña Caridad y don Pedro Jesús mantuvieron relación de convivencia durante varios años, fruto de la cual tuvieron dos hijas, Santiago, nacida el día ... de 2004, y Rebeca, nacida el ... de 2005. Contrajeron matrimonio el día 8 de octubre de 2008 que quedó disuelto, como resulta de los antecedentes de hecho antes expuestos, por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de ... dictada el día 22 de noviembre de 2016, que luego fue parcialmente revocada, sólo en lo referente a duración de la asignación compensatoria, por la sentencia ahora recurrida dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 20 de junio de 2017.

En las medidas judicialmente adoptadas para regular el régimen familiar derivado del divorcio se acordó la atribución de la guarda y custodia de las menores al padre, con visitas en favor de la madre, regulación del régimen a seguir durante las vacaciones, atribución del uso del que fue domicilio familiar a la madre, fijación de

pensión de alimentos y establecimiento de asignación compensatoria a favor de la madre y a cargo del padre.

**Segundo.-** El recurso de casación presentado por el Sr. Pedro Jesús contra la sentencia del día 20 de junio de 2017 se funda en dos motivos, de los que el segundo, relativo al régimen de visitas establecido en favor de la madre fue inadmitido a trámite.

El primer motivo del recurso de casación, que sí fue admitido a trámite, está fundamentado en la infracción por aplicación indebida del artículo 81.2 del Código de Derecho Civil de Aragón (CDFA) y en él estima la parte recurrente, en síntesis, que al aplicar la excepción prevista en tal norma que posibilita la atribución del que fue hogar familiar al progenitor que no es custodio de los menores debió hacer previo análisis y juicio de ponderación acerca del modo y manera en que se protegen los derechos de las niñas menores. Y cita como elementos para hacer tal juicio los relativos a: 1) ser una situación temporal la que dio lugar a que las niñas vivieran en casa de la abuela; 2) que las limitaciones del padre para atender en solitario a las niñas quedan subsanadas por medios distintos a atribuir la vivienda familiar a la madre; 3) que no tiene relevancia a efectos de atribución de la vivienda el régimen de custodia establecido; y 4) y 5) que deben valorarse cuestiones económicas como que el padre es quien paga la hipoteca de la vivienda o que puede aumentarse la asignación compensatoria para favorecer a la madre, pero no atribuirle el uso de la vivienda.

La parte recurrida y el Ministerio Fiscal estiman que la sentencia impugnada es conforme a derecho, por lo que interesan la desestimación del recurso de casación interpuesto contra ella.

**Tercero.-** El artículo 81.2 del CDFA que el recurrente entiende infringido por la sentencia recurrida debe ser interpretado en todo caso, al igual que el resto de la legislación reguladora de las relaciones paternofiliales tras la crisis convivencial de los progenitores, en atención sobre todo al interés de los hijos menores que se ven inmersos en la quiebra del sistema y organización familiar biparental en el que han nacido y han vivido antes de que sus padres decidan vivir separados. Así resulta de lo ordenado, con carácter general, en los artículos 76 y 79 del CDFA. Y también, de modo particular, en la propia norma que el recurrente entiende infringida, ya que ordena, con carácter previo y principal, que el uso de la que fue vivienda familiar lo disfrute el progenitor bajo cuya custodia queden los menores, en previsión que sólo podrá ser inobservada cuando el mejor interés de las relaciones familiares aconseje otra decisión. Así, la referencia que utiliza el legislador cuando permite la especial atribución al progenitor no custodio no lo es a las relaciones entre progenitores, sino a las familiares entendidas en su conjunto y, dentro de ellas de nuevo debe incluirse la atención primordial de los hijos menores en el conjunto de tales relaciones familiares.

En definitiva, sea por atribución directa del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, sea por valorar especialmente su existencia dentro de las relaciones familiares, la presencia de los menores es el factor esencial a tener en cuenta en cada caso como más necesitado de protección y, por ello, como guía de la resolución del conflicto de que se trata en el caso de atribución de uso de la vivienda que fue común. Porque, como indica, entre otras, sentencia 426/2013, de 17 de junio de la Sala 1º del Tribunal Supremo : «hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno (...). Otro, que el hijo no

precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (SSTS 10 de octubre 2011; 5 de noviembre de 2012).

Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un *status* si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familia (...).

**Cuarto.-** Pues bien, la atención al interés de las menores como preeminente en todo supuesto al tiempo de resolver sobre las medidas derivadas de la separación, nulidad o divorcio, es la que ha sido considerada en el particular caso que se resuelve. En él se observa que la atribución del uso de la que fue vivienda familiar no cabe decidirla de modo aislado o independiente del resto de medidas que puedan afectar a las niñas, ya que, como evidencian ambas resoluciones dictadas en la instancia, están totalmente imbricadas las decisiones sobre

custodia de las menores con las propias de la determinación de cuál de los progenitores debe quedar ocupando el que fue hogar conyugal.

Así, como evidencia al respecto la sentencia recurrida, y por su referencia la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, se parte en el presente caso de que existen limitaciones en ambos progenitores para atender las necesidades de las hijas, y sólo por el resultado comparativo entre las posibilidades al respecto de uno y otra es por lo que se concluye que el padre reúne mejores condiciones que la madre. Es por ello por lo que la sentencia recurrida confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia en el sentido de que la guarda y custodia fuera ejercida por el padre, pero no sólo por él realmente, ya que esta decisión se condiciona a que el padre y las menores vivan, a su vez, en la que es casa de la madre de él y abuela de ellas.

De modo que en la decisión sobre el aspecto más trascendental en la crisis convivencial, como es determinar la custodia mejor para los menores, queda comprometido directa y especialmente dónde vivirán las niñas, que lo harán en todo caso en casa de su abuela paterna. Inherente a tal decisión es que no conviene a las menores vivir en el que fue domicilio conyugal, ya que no es el domicilio de la abuela, apoyo esencial para la custodia.

Partiendo de la anterior especial situación impuesta por conseguir la mejor atención de las menores resulta que la atribución de la vivienda que fue común parece quedar libre de condicionamiento derivado de la custodia de las menores. Pero tal apariencia inicial no es real, ya que, como expone con claridad la sentencia recurrida y, por su confirmación en este punto, la dictada en primera instancia, deriva también del interés de las menores la regulación de su uso y atribuirlo a la madre, ya

que sólo así cabe considerar garantizado un correcto ejercicio del régimen de visitas establecido a favor de la madre. Ciertamente luego las resoluciones judiciales tendrán en cuenta también tal atribución al fijar la contribución a los alimentos de las hijas y la asignación compensatoria a favor de la esposa, pero esa consideración es sólo secundaria respecto de la principal y esencial antes citada de asegurar el interés de las niñas de modo global, que justifica ofrecer vivienda digna a las menores, tanto durante su vida habitual bajo custodia del padre con apoyo inmediato y directo de la abuela en casa de ésta, como cuando corresponda estar con la madre en la vivienda que fue familiar.

Por tanto, no cabe sino concluir que fue correcta y plenamente ajustada a la delicada situación familiar existente la decisión judicial tomada en la sentencia recurrida de confirmar íntegramente la aplicación en el presente caso de la excepción prevista en el artículo 81.2 del CDFa, atendiendo a que el mejor interés para las relaciones familiares imponía atribuir el uso de la vivienda a la madre, ya que con ello, en definitiva, se favorecía directa y especialmente a las menores.

**Quinto.-** Frente a la anterior conclusión no son de estimar las concretas argumentaciones que hace la parte basadas en la temporalidad de la convivencia de las menores en casa de la madre del recurrente antes del dictado de la sentencia recurrida, en la existencia de otros medios distintos de la convivencia en casa de la abuela para paliar las limitaciones tuitivas del padre, o en si debe replantearse el sistema de custodia en caso de mantener el uso de la vivienda familiar en favor de la madre, ya que la sentencia recurrida ya valoró, con el resultado de la prueba practicada, que no había tal temporalidad, y que el mejor medio de atender a las niñas era, precisa-

mente, que vivieran en todo caso con la abuela paterna.

Y no son de observar tampoco las argumentaciones basadas en cuestiones meramente económicas ya que, como se ha expuesto, la especialidad del caso presente exige el tratamiento conjunto de todas las medidas a adoptar ante la crisis de convivencia, entrelazando las distintas decisiones que se toman sobre custodia, visitas, atribución de vivienda y régimen de pensión de alimentos y asignación compensatoria, de modo que la resolución sobre a qué progenitor atribuir el uso de la vivienda no se puede separar de las demás ni observarla tan solo desde el prisma meramente economicista.

**Sexto.-** Dada la complejidad de la cuestión suscitada por la especialidad que presenta, no se hace expresa imposición de las costas causadas.

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

#### **FALLAMOS**

**Primero.-** Desestimar el recurso de casación nº 39 de 2017, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José I. Bericat Nogué en nombre y representación de D. Pedro Jesús contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 20 de junio 2017.

**Segundo.-** No se hace expresa imposición de costas.

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

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

## NÚM. 26

*S. TSJA 2/2018 de 18 de enero de 2018*

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Valoración errónea de la prueba:** *Al amparo del art. 469.1.4º Lec. se alega error en la valoración de la prueba pericial, en la exploración del menor y en la valoración de la nueva situación laboral de la recurrente. Una abundante doctrina de la Sala civil del TS ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4º Lec., limitando la posibilidad de realizar una nueva valoración de la totalidad de la prueba practicada, lo que equivaldrá a convertir la casación en una nueva instancia. En este sentido STS 29 abril 2015, con referencia a otras anteriores. La recurrente incurre en el defecto señalado, puesto que pone de manifiesto su disconformidad con la valoración probatoria efectuada por al Audiencia, con la intención de sustituirla por la suya, proceder que debe rechazarse. Además, como en casación sólo se combate el régimen de custodia compartida, no es admisible un motivo de infracción procesal que pretenda modificar unos hechos relativos a los gastos y alimentos del menor.*

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA COMPARTIDA:** *Falta de fundamento de la custodia individual: El recurso de casación se funda, básicamente, en que la sentencia recurrida ha acordado mantener la custodia compartida pese a que dicho régimen se ha acreditado perjudicial, pero la sentencia de apelación no considera acreditados los perjuicios sobre el hijo que la madre atribuye al régimen de custodia compartida y expresamente rechaza que sea perjudicial para él. Además la madre alega que la custodia*

*compartida no es el régimen recomendado por el informe psicológico y que contradice los expresos deseos del menor, expuestos en la exploración de que fue objeto. En realidad sucede que los juzgadores de las dos instancias han llegado a una solución distinta a la propuesta en el informe pericial, que no les vincula, puesto que a quien corresponde la función de juzgar es a los jueces (art. 117.3 CE). Por último, la Audiencia ha valorado la opinión del menor (STSJA 2/10/2015, entre otras) y, teniendo en cuenta su edad –11 años– y el resto de las pruebas, ha concluido que lo mejor para el menor es mantener la custodia compartida.*

**Preferencia legal:** *De acuerdo con la regulación del art. 80.2 CDFA, esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la aplicación del régimen de custodia en Aragón, estableciendo el carácter preferente de la custodia compartida por ser el que –a priori– mejor garantiza el interés del menor, permitiendo, como señala el preámbulo del CDFA, satisfacer el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de estos a la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar. No obstante, podrá establecerse un sistema de custodia individual cuando resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrán de evaluarse los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código. En este caso, 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.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Art. 80 CDFA.*

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.- ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Las partes, D<sup>a</sup> Flora y D. Severino, contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 13 de agosto de 2003, del que nació, el ... de 2006, el hijo común Juan Carlos.

2. Por sentencia de fecha 9 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, se acordó la disolución del matrimonio en autos de divorcio de mutuo acuerdo. En la resolución se decretó que la guardia y custodia del hijo menor correspondía a la Sra. Flora.

3. Por sentencia de fecha 15 de octubre de 2009, dictada en procedimiento de modificación de medidas iniciado a instancia del Sr. Severino, se acordó una ampliación del régimen de visitas y vacaciones a favor del padre.

4. Por sentencia de fecha 19 de marzo de 2012, en procedimiento de modificación de medidas iniciado a instancia del Sr. Severino, se acordó la custodia compartida del hijo común entre sus progenitores.

5. Instado nuevo procedimiento de modificación de medidas, en este caso a petición de la Sra. Flora, se dictó sentencia de fecha 30 de diciembre de 2016 por la que se mantenía el régimen de custodia compartida, si bien se sustituía el período de estancia con cada progenitor, que venía siendo bimensual o trimestral, por períodos alternos semanales. Recurrída la sentencia en apelación, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en resolución de fecha 21 de julio de 2017, se desestimó el recurso, confirmando la sentencia de instancia.

### Segundo.- RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

6. Al amparo del art. 469.1.4<sup>o</sup> LEC se interpone recurso extraordinario por in-

fracción procesal, alegándose error en la valoración de la prueba pericial y en la exploración del menor. Entiende el recurrente que la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial es manifiestamente irrazonable.

En el recurso, primeramente se atribuye la valoración errónea a toda la prueba practicada en segunda instancia para, seguidamente, centrarse en algunas de las pruebas practicadas. Así, se afirma que la sentencia recurrida obvia tanto las conclusiones del informe psicológico como lo manifestado en la exploración por el menor, considerando ambas pruebas de manera parcial e interesada.

7. Una abundante doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4<sup>o</sup> LEC, limitando la posibilidad de realizar una nueva valoración de la totalidad de la prueba practicada, lo que equivaldría a convertir la casación en una nueva instancia. En este sentido, en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2015 (rc. 803/2014), con referencia a otras anteriores, se dice:

«Como recoge la sentencia de 23 marzo 2011, Rc. 2311/2006, las reglas y principios que deben observarse en 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, pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando por ser la valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.



A salvo este supuesto, la valoración de la prueba es función de la instancia (27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, STS 28 de noviembre de 2008, Rc. 1789/03). Si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, no es posible tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer (SSTS de 9 de mayo de 2007, Rc. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005), lo que convertiría el recurso en una tercera instancia contraria a su naturaleza y función (STS de 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005)».

En este motivo de infracción procesal, el recurrente incurre en el defecto señalado, puesto que pone de manifiesto su disconformidad con la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, con la intención de sustituirla por la suya, proceder que debe rechazarse.

8. Por otra parte, basta con leer la sentencia recurrida para comprobar que en ella no se efectúa una valoración parcial y sesgada de la pericial psicológica, ni de la exploración del menor, sino que se recogen las conclusiones de la psicóloga y las manifestaciones del menor y se exponen de manera pormenorizada y razonada los argumentos por los que la sala se aparta de las recomendaciones de la primera y de los deseos del segundo, ninguno de los cuales vincula al juzgador.

No se aprecia, por tanto, una valoración probatoria irrazonable por la Sala, sino perfectamente razonada. En realidad, como ya se ha indicado, aunque el recu-

rrente fundamenta su recurso en la irracionalidad de la valoración probatoria recogida en la sentencia, en el fondo, lo que subyace es el intento de sustituirla por la suya.

9. Por último, en este motivo de infracción procesal también se impugna la valoración probatoria efectuada en primera y segunda instancia sobre la nueva situación laboral de la recurrente, a los efectos de rechazar las cantidades fijadas en sentencia en concepto de alimentos y gastos extraordinarios del menor. Esta impugnación debe ser rechazada con los mismos argumentos que se acaban de mencionar. Pero, además, porque en el recurso de casación solo se alega como infringido el art. 80.2 CDFA –que regula la custodia compartida–, no siendo admisible un motivo de infracción procesal que pretende modificar unos hechos que no se encuadran dentro del motivo de casación, puesto que en éste solo se combate el régimen de custodia compartida, y no los gastos y alimentos del hijo menor. El propio suplico del recurso solo peticiona la atribución de la custodia individual a la madre.

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

### **Tercero.- RECURSO DE CASACIÓN**

10. El recurrente alega la existencia de interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala. Entiende infringido el art. 80.2 CDFA, referido al régimen de custodia y al carácter preferente de la compartida, por entender que, en este caso, la individual resulta más conveniente para el interés del menor.

11. A pesar de la reiteración de argumentos en la construcción del recurso, éste se funda, básicamente, en que la sentencia ha acordado mantener la custodia compar-

tida sobre el menor pese a que dicho régimen se ha acreditado perjudicial y, además, no es el recomendado por el informe psicológico obrante en autos y contradice los expresos deseos del menor, expuestos en la audiencia de que fue objeto.

12. Respecto de la primera afirmación, la sentencia de apelación expresamente rechaza que la custodia compartida del hijo común sea perjudicial para él. Se indica que «En lo que respecta a los resultados escolares nada acredita que la baja que se afirma le sea imputable al demandado. No hay prueba tampoco de los vómitos y diarreas que asaltan a Juan Carlos cuando se va a iniciar el período de estancia con el padre. Y los e-mails aportados, intercambiados por la Sra. Flora y el profesor de Juan Carlos, no proporcionan una información útil [sic], al contener únicamente indicaciones del profesor y manifestaciones de la demandante. Los correos intercambiados por padre e hijo sí reflejan la mala relación entre ellos».

Por tanto, la resolución de apelación no considera acreditados los perjuicios sobre el hijo que la madre atribuye al régimen de custodia compartida. Y de esta valoración probatoria hemos de partir en el recurso de casación, al no haber sido desvirtuada por el motivo de infracción procesal, de acuerdo con lo expuesto en estos mismos fundamentos de derecho.

13. En relación al informe emitido por la psicóloga adscrita a los juzgados, la Audiencia Provincial lo valora detalladamente. La sentencia recoge los razonamientos esenciales de los que parte el informe pericial: que la mejor alternativa para el menor es un sistema de reparto y organización del tiempo basado en la responsabilidad e implicación compartida de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos y, al mismo tiempo, el nivel de tensión y conflictividad existente entre los progenitores. Tomando en consideración estos ra-

zonamientos llega a una conclusión distinta a la del informe pericial. En éste, la psicóloga, partiendo de la mala relación entre los progenitores y atendiendo a la opinión del menor, considera más adecuado establecer un régimen de custodia individual a favor de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, cercano a una distribución equitativa del tiempo. La Audiencia Provincial atiende a la capacidad e idoneidad del padre para ocuparse del menor y a la compatibilidad de los trabajos de ambos progenitores, y valora especialmente –tal como recoge el propio informe pericial– que el menor se encuentra inmiscuido en la conflictividad existente entre los progenitores, habiendo tomado partido a favor de la madre y en contra del padre. También que la madre fomenta las diferencias del hijo con su padre, permitiéndole que sea partícipe en la toma de decisiones sobre la relación a mantener con éste, decisiones que no le corresponden ni por su edad (11 años en la actualidad) ni por su rol de hijo. Todo ello lleva a la Audiencia Provincial, al igual que hizo el magistrado de primera instancia, a concluir que la atribución de la custodia individual a la madre empeorará esta situación, agravando el problema, por lo que resulta más favorable para el hijo mantener la custodia compartida, si bien modificando los períodos de estancia con cada progenitor que, en vez de ser bimensuales o trimestrales, pasarán a ser semanales.

Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 80.3 CDFA, se han recabado informes psicológicos de especialistas cualificados e independientes, que han sido debida y razonadamente valorados por los juzgadores de las dos instancias. Y, en ambos casos, en el legítimo ejercicio de la función judicial, han llegado a una solución distinta a la propuesta en el informe pericial, que no les vincula, puesto que a quien corresponde constitucionalmente y

en exclusiva la función de juzgar es a los jueces (art. 117.3 CE).

14. Por último, y en relación a la opinión del menor manifestada en la exploración efectuada en apelación, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que la opinión de los hijos menores, siempre que tengan suficiente juicio, es un criterio a valorar, previsto expresamente por el legislador en el art. 80.2.c) CDFA. No obstante, esta opinión debe ser ponderada con cautela, valorando su edad y experiencia. Así lo dijimos, entre otras, en la sentencia de 2 de octubre de 2015 (r.c. 29/2015):

Esta opinión «(...) 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 –o niño–, 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».

15. En el caso enjuiciado, la Audiencia Provincial ha valorado la opinión del menor, que manifestó que su padre le trataba bien, aunque prefería permanecer con su madre, por la que se sentía más escuchado. Teniendo en cuenta su edad –11 años– y el resto de pruebas, concluye que la decisión de mantener la custodia compartida no se revela como errónea, atendiendo al interés del propio menor.

16. De acuerdo con la regulación del art. 80.2 CDFA, esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la aplicación del régimen de custodia en Aragón, estableciendo el carácter preferente de la custodia compartida por ser la que –a priori– mejor garantiza el in-

terés del menor, permitiendo, como señala el preámbulo del CDFA, satisfacer el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de estos a la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar. No obstante, podrá establecerse un sistema de custodia individual cuando resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrán de evaluarse los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código. En este caso, 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.

17. Atendiendo a la regulación legal y a la doctrina jurisprudencial expuesta, en el caso enjuiciado las dos instancias han considerado más beneficioso para el menor el régimen de custodia compartida. Para ello han valorado la prueba obrante en autos, de manera detallada y razonada a juicio de esta Sala, por lo que no existe motivo alguno que justifique la revocación de la sentencia recurrida, al no apreciarse la infracción del art. 80.2 CDFA, lo que conduce a la desestimación del motivo de casación.

#### **Cuarto.- COSTAS**

18. Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la especial naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer aplicación del criterio objetivo del vencimiento.

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

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

#### **FALLAMOS:**

1.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación e

infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Flora contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 21 de julio de 2017, en autos de procedimiento de modificación de medidas contencioso núm. 526/2016, procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza.

2.- No hacer imposición de las costas del recurso.

3.- Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

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

Líbrense 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.

27

#### NÚM. 27

*S. TSJA 4/2018 de 1 de febrero de 2018*

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Valoración errónea de la prueba:** *Sostiene la recurrente que las sentencias de instancia infringieron la constante doctrina jurisprudencial que sienta que las manifestaciones dadas en actas notariales no tienen valor probatorio, ni como testificales ni como documental, pues hurta el derecho a la contradicción a la parte que no ha propuesto dicha prueba. Es cierto que, como afirma el recurrente, las afirmaciones vertidas en condición de testigos en un acta de manifestación notarial no tienen valor probatorio, salvo que hayan sido ratificadas en juicio por*

*quienes las hayan hecho (STS 1090/2003, ATS 28/9/2010). Pero el cambio de domicilio del hijo es un hecho paladinamente reconocido por la recurrente y tal admisión supone que tal hecho afirmado por el actor se halla exento de prueba (art. 281.3 Lec.). Además, junto a las manifestaciones del hijo, existen otros elementos de prueba (declaración de renta del padre, empadronamiento del hijo). Lo que no sucede con la afirmación de que es la madre quien soporta su alimento diario, que además no debe ser tenida por probada ex arts. 405.3 y 316 Lec.*

**6435: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: LIMITACIÓN TEMPORAL. Obligación de desalojo al cesar:** *Sostiene el recurrente que una vez que se produce el cese de la atribución del uso de la vivienda familiar acordada en el procedimiento matrimonial, cuando dicha vivienda es de propiedad común de los esposos, el juzgador que conoce de aquel procedimiento carece de competencia para decidir el desalojo, pues desde entonces rigen las reglas de la comunidad ordinaria, y al efecto cita diversas sentencias de la Sec. 2ª de la AP de Zaragoza. Pues bien, es cierto que dicho tribunal ha venido manteniendo la tesis que se sostiene en el recurso, pero la misma ha sido desautorizada por esta Sala, como ya indica la sentencia de segundo grado, en nuestras SS 25/2016, dictada en recurso 33/2016, y 13/2017, en recurso 3/2017. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 81 CDFa.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Los autos de los que trae causa el presente recurso tienen por origen la pretensión deducida por D. Pedro José

para que fueran modificadas las medidas vigentes que regulaban el divorcio de su mujer, D<sup>a</sup> Edenize, fijadas primero por sentencia de fecha 27 de junio de 2005, dictada en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo n<sup>o</sup> 521/2005, y luego por la dictada en el procedimiento de modificación de medidas n<sup>o</sup> 460/2007, que terminó por sentencia de segundo grado de fecha 20 de julio de 2007.

La sentencia de primer grado entendió que habían cambiado las circunstancias desde que fueron adoptadas las medidas, y estimó en parte la demanda en el sentido de instaurar una pensión alimenticia de 125 € mensuales a cargo de la madre como contribución al sostenimiento del hijo común, Pedro José, nacido el día 4 de mayo de 1998, que convive con su padre y continúa sus estudios; asimismo estimó la pretensión de cese de la atribución del derecho de uso de la que fuera vivienda familiar a la madre con efectos de 30 de junio de 2017, de manera que a dicha fecha la demandada y quienes con ella convivan deberían haberla desalojado.

La sentencia de apelación confirma tal decisión, con la sola excepción del importe de la pensión fijada, que reduce a 80 €.

Contra tal decisión se alza D<sup>a</sup> Edenize mediante recurso por infracción procesal y de casación. El primero por errónea valoración de la prueba; el segundo por infracción de los arts. 81 CDFa y 33 de la CE.

**Segundo.- RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL, ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

El motivo va dirigido a combatir la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia de que ha habido una alteración sustancial de circunstancias que permiten la variación de las medidas acordadas en las sentencias matrimoniales previas.

La sentencia de primer grado señala a tal efecto que en las medidas a modificar había sido acordada la custodia compartida del mencionado hijo por ambos progenitores, quienes soportarían los gastos de éste durante el tiempo que conviviera con ellos, y que en la actualidad ninguno de los tres hijos vivía ya con su madre en el domicilio familiar, a diferencia de la situación anterior producida tras la sentencia de divorcio, en que fue atribuida a la madre la custodia de los dos hijos menores de edad en aquel tiempo.

Para justificar tal conclusión, el Juzgado razona:

«Actualmente Pedro José es mayor de edad y reside de forma habitual en el domicilio paterno desde hace ya varios años. Así se desprende entre otras, de la prueba documental practicada consistente en el acta de manifestaciones realizadas por el citado hijo el pasado 7 de marzo ante el Notario de esta Ciudad D. José Manuel Martínez Sánchez y ante quien el referido Pedro José afirmó residir con su padre desde el año 2010 y ser su deseo continuar haciéndolo en lo sucesivo. El citado documento no puede evidentemente ser considerado como prueba testifical pero sí como prueba documental que, además, viene corroborada por otros datos como lo es el hecho de que el actor incluya al citado hijo en su declaración de IRPF del ejercicio 2015 como conviviente con él (casilla 80), lo que no hace la Sra. F. quien, por otro lado, reconoce en su escrito de contestación a la demanda que el citado hijo convive con el actor desde mediados del año 2013.

Por otro lado, en la citada escritura de manifestación el hijo común refiere y afirma que es su padre quien se hace cargo de todos sus gastos y que si bien mantiene buena relación con su madre visitándola en ocasiones, con esta ni convive ni come habitualmente, no habiendo tampoco la

misma contribuido a sus gastos. Frente a tales manifestaciones, la demandada no ha acreditado haber satisfecho gasto alguno del hijo común ni contribuido económicamente a su manutención desde que el mismo convive con el padre, ni tampoco ha acreditado que Pedro José pernocte ni coma de forma habitual, o al menos frecuente, en el domicilio de la demandada.

En suma, es el Sr. B. con quien convive de forma habitual y establece el hijo común y quien hace frente a todos los gastos del mismo, debiendo por tanto la Sra. F. contribuir a dicha manutención conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón».

Por su parte, la Audiencia ratifica tales conclusiones fácticas del siguiente modo:

«Ha quedado debidamente acreditado por la prueba practicada y explicitada en la sentencia recurrida, en términos que comparte esta Sala, que el hijo Pedro José reside habitualmente con el padre, que asume todos sus gastos, sin que en la actualidad resida con la madre en el domicilio familiar ninguno de los hijos comunes con el Sr. B. y si hijo de otra relación respecto del que ninguna obligación debe asumir el Sr. B.».

Sostiene la recurrente que el Juzgado primero, y la Sala al ratificar su decisión, infringieron la constante doctrina jurisprudencial que sienta que las manifestaciones dadas en actas notariales no tienen valor probatorio, ni como testificales ni como documental, pues hurta el derecho a la contradicción a la parte que no ha propuesto dicha prueba.

Es cierto que, como afirma la recurrente, las afirmaciones vertidas en condición de testigos en un acta de manifestación notarial no tienen valor probatorio, salvo que hayan sido ratificadas en juicio por quienes las hayan hecho; y en este sentido pueden ser citados la STS 1090/2003 o el

ATS 28 de septiembre de 2010, en recurso 486/2009.

Pero es el caso que el hecho relevante de que el único hijo dependiente ha cambiado el domicilio que tenía en compañía con su madre por el de su padre es un hecho paladinamente reconocido por la recurrente, quien al contestar la demanda afirma que:

«El hijo Pedro José se encuentra todavía en pleno período de formación realizando sus estudios, y, aun cuando convive con el padre desde mediados de 2013 ya que antes lo hacía con la madre, pernocta con ella en ocasiones y con ésta es con la que habitualmente come encargándose ella de sufragar tal necesidad».

Tal admisión supone que el hecho afirmado por el actor se halla exento de prueba, de acuerdo con el art. 281.3 LEC; pero es que, además, existen, junto a las manifestaciones del hijo, otros elementos de prueba, como son la declaración de hacienda del padre, que lo incluye como conviviente, y de la certificación de empadronamiento, de la que resulta tal convivencia.

Afirma la recurrente que si se tiene por admitido el hecho de la convivencia del hijo con el padre, también debería haber sido tenido por probado que es ella quien soporta su alimento diario, pero tal afirmación choca con la regla de valoración establecida en el artículo 405.3 LEC, que regula la contestación a la demanda, y el art. 316 LEC, que hace lo propio para el interrogatorio de partes, conforme al que solo han de ser tenidas por probadas las afirmaciones de parte que le son perjudiciales, pues si bien es cierto que el último precepto incorpora el principio de indivisibilidad que contenía el art. 1253 CC, en el caso solo el hecho de la convivencia se halla respaldado por otros elementos probatorios.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el hecho en cuestión es irrelevante para dar respuesta al único motivo de casación, que se haya dirigido a discutir la decisión sobre el lanzamiento de la vivienda en su día conyugal, una vez concluido el plazo por el que fue atribuido su uso a uno de los esposos.

En consecuencia, el motivo de infracción procesal ha de ser desestimado.

**Tercero.-** EL MOTIVO DE CASACIÓN AFIRMA INFRACCIÓN DEL ART. 81 CDFA, Y DEL ART. 33 CE

En su desarrollo nada dice sobre la infracción del precepto constitucional que se denuncia, por lo que poco podemos decir para dar contestación a tal alegato.

Sí se ocupa, en cambio, la recurrente de explicar la infracción del de Derecho Aragonés. Sostiene que una vez que se produce el cese de la atribución de uso de la vivienda familiar acordada en el procedimiento matrimonial, cuando dicha vivienda es de propiedad común de los esposos, el juzgador que conoce de aquel procedimiento carece de competencia para decidir el desalojo, pues desde entonces rigen las reglas de la comunidad ordinaria, y al efecto cita diversas sentencias de la sec. 2ª de la AP de Zaragoza.

Pues bien, es cierto que dicho tribunal ha venido manteniendo la tesis que se sostiene en el recurso, pero la misma ha sido desautorizada por esta Sala, como ya indica la sentencia de segundo grado, en nuestras SS 25/2016, dictada en recurso nº 33/2016; y 13/2017, en recurso 3/2017.

Así, en la primera de ellas, dijimos:

«En el presente caso, la sentencia recurrida, después de valorar las circunstancias concretas de la familia, en particular los ingresos de ambos progenitores, ratifica la finalización de la atribución del uso de la

vivienda familiar fijado por la sentencia de primera instancia en la fecha del último día del mes de diciembre de 2017, en aplicación del art. 81.3 CDFA. La propia sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, expresamente indica que le «parece razonable y adecuada la limitación temporal que fija la sentencia apelada, que por ello se confirma».

Sin embargo, esta confirmación de la limitación temporal es meramente aparente, puesto que, a continuación, se estima la petición subsidiaria de la Sra. M., autorizándole a seguir ocupando la vivienda hasta la venta de la misma por entender que, al ser copropietaria, viene amparada por el art. 394 CC.

La ampliación del uso de la vivienda a la Sra. M. hasta su efectiva venta, en aplicación de un precepto no alegado por las partes y que se refiere a un ámbito completamente distinto al de las medidas patrimoniales a adoptar en el proceso de divorcio –como es el régimen de uso de la cosa común por los copropietarios al que se refiere el art. 394 CC–, desnaturaliza la exigencia legal de fijación de un límite temporal cierto a la atribución del uso de la vivienda familiar regulado en el art. 81.3 CDFA, puesto que dicho uso, de acuerdo con el fallo de la sentencia recurrida, no finará el 31 de diciembre de 2017, sino que queda a expensas de la voluntad de una de las partes –la propia interesada–, que deberá prestar su consentimiento y su colaboración para que el inmueble sea vendido. En definitiva, la aplicación indebida y no solicitada del art. 394 CC frustra la finalidad perseguida por el art. 81.3 CDFA de establecer un límite temporal cierto al uso de la vivienda familiar, por lo que debe entenderse infringido este último precepto.

La mención incluida en el fallo de que la ocupante de la vivienda deberá tener una conducta activa en las gestiones con-

ducentes a la venta, ninguna incidencia tiene, puesto que no es más que un mero desiderátum sin trascendencia jurídica real. En todo caso, aun cuando la conducta de la interesada fuera activa a favor de la venta, seguiría desvirtuándose la exigencia de fijación de un límite temporal cierto, puesto que el momento de la efectiva venta estará sujeto a numerosas variables que no dependen, exclusivamente, de la voluntad de los vendedores.

Por lo expuesto, al infringir la sentencia recurrida el art. 81.3 CDFA, procede estimar el recurso de casación por este motivo, casando la sentencia de apelación y confirmando la de primera instancia en este punto».

Y en la segunda dijimos, en la misma línea:

«Las anteriores conclusiones son, por otra parte, las que permitirán hacer realidad la previsión imperativa recogida en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 81 del CDFA, cuando ordenan que el Juez debe establecer la atribución del uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta, bien el acuerdo de los interesados, bien las circunstancias concretas de cada familia, y con limitación temporal. Si, como acuerda la sentencia recurrida, el fin del plazo judicialmente fijado como término del derecho de uso de la madre no supone el desalojo de la vivienda, tal pronunciamiento pierde la precisión y eficacia que la norma impone. Porque, en lugar de quedar libre la vivienda y a disposición de ambos copropietarios en régimen de igualdad a partir del día indicado, se mantiene una situación de supremacía de la ocupante, aun ya carente del título judicial que en su momento la habilitó como usuaria, frente al otro coposeedor, que si quiere disponer de los efectos de la copropiedad tendrá, primero, que accionar para desalojar al copropietario carente de título.

En definitiva, el cumplimiento de lo acordado en la sentencia recurrida conllevaría aparentemente sostener el título judicial habilitante de uso a la madre sólo hasta el día 30 de septiembre de 2017 pero luego, sin embargo, y contradictoriamente, mantenerla de facto poseyendo, y a expensas, no ya de la ejecución del auto que en el procedimiento de familia habilitó para poseer, sino de la interposición de nueva demanda por el actor ante Juzgado distinto del que dio en su momento el título ya extinguido a la usuaria. Todo lo cual contradice tanto el artículo 81.3 CDFA como la línea jurisprudencial seguida por esta Sala en su interpretación, de la que cabe destacar la sentencia de 4 de enero de 2013 que casó el pronunciamiento que abocaba a las partes a que, por indebida aplicación del artículo 394 del Código Civil, instaran demanda de modificación de medidas una vez finado el plazo de uso de la vivienda señalado; o la sentencia de 14 de octubre de 2016, que casó la sentencia en lo que daba posibilidad de mantener el uso más allá del plazo fijado y hasta la venta de la vivienda.»

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

**Cuarto.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso por motivo de infracción procesal formulado contra la sentencia de fecha 28 de julio de 2017 dictada por la Secc. 2ª de la AP de Zaragoza en el Rollo 345/2017.

Desestimar el recurso por motivo de casación contra la expresada resolución.

Imponer las costas a la parte recurrente.



Decretar 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.

28

### NÚM. 28

S. TSJA 5/2018 de 15 de febrero de 2018

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA COMPARTIDA: Preferencia legal:** *La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido en constante doctrina que el régimen de custodia compartida lo establece el legislador aragonés como el que prima facie debe fijarse para los casos de crisis de convivencia de los progenitores, como ordena con claridad el art. 80.2 CDFa. Sirva como ejemplo de tal doctrina la indicada, por referencia a anteriores resoluciones, en la STSJA de 14 septiembre 2016. A su vez, el legislador establece diversos factores a valorar en cada caso por la autoridad judicial para determinar si realmente procede excluir el régimen preferente de custodia. Por tanto, en Aragón el Juez o Tribunal viene inicialmente vinculado al establecimiento de la custodia compartida y para fijar otro régimen está obligado a valorar detenida y razonadamente, caso a caso, los distintos criterios expuestos en la norma u otros que, como el propio precepto autoriza, sean de especial relevancia para la convivencia.*

**CUSTODIA INDIVIDUAL: Falta de fundamento:** *La atención exclusiva y de gran intensidad que la sentencia recurrida presta a uno de los informes psicológicos obrantes en las actuaciones como motivo decisor de la custodia individual a favor de la madre no*

*viene acompañada de justificación de por qué son descartados los demás factores previstos por el legislador, y que son los que precisan de razón objetiva en contra para separarse del régimen preferente legal de custodia compartida. En el caso consta que ambos progenitores tienen aptitud y capacidad para cuidar al hijo menor, tienen semejantes estilos y criterios educativos, trabajo estable con una situación económica desahogada, viven en la misma urbanización, ambos muestran cariño hacia el menor e interés real por participar en el desarrollo diario de su vida, y entre ellas ha existido siempre buena relación hasta la judicialización de la crisis convivencial. En conclusión, no fue ajustada a la previsión legal la decisión tomada en la sentencia recurrida al no tener en cuenta todos los factores legalmente ordenados y considerados probados en la instancia.*

**EL CAMBIO DE RÉGIMEN OBLIGA A LA NECESARIA ADAPTACIÓN:** *El riesgo genérico de inestabilidad no es relevante: Esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el real alcance que cabe dar a la posibilidad meramente genérica de riesgo de causar inestabilidad en el menor por el cambio de régimen de custodia, así por ejemplo, en la S 20/2016, de 7 septiembre. El cambio puede comportar a corto plazo molestias y problemas de adaptación. Pero, salvo en los casos concretos en que pueda cobrar especial relevancia el riesgo real de pernicioso afección psíquica del menor, no cabe considerar en términos generales que la necesidad de adaptación a un nuevo régimen sea impedimento para decidir en cada caso cuál es el mejor sistema de custodia a medio y largo plazo, y ello conforme a la preferencia de la custodia compartida ordenada por el art. 80.2 CDFa. Conclusión que debe observarse más aún cuando, como en el caso, estamos ante un niño de 7 años, y el régimen de custodia fijado puede durar más de diez años.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 80.2 CDFA.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Como se ha expuesto con detalle en los anteriores antecedentes de hecho, por sentencia dictada el día 30 de diciembre de 2016 el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza acordó las medidas relativas a la guarda y custodia del menor V. G. M., nacido el día 20 de junio de 2010 e hijo de los litigantes, D. V. A. G. G. y D<sup>a</sup> N. M. S., quienes desde septiembre de 2013 habían puesto fin a la convivencia que mantenían desde 2008, con registro como pareja de hecho en 2009.

Establecido en la anterior sentencia la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre, con régimen de visitas del padre y fijación de pensión de alimentos para el hijo menor, D. V. apeló tal resolución en solicitud de que se acordara el régimen de guarda y custodia compartida que había interesado en su demanda, así como la reducción de la pensión por alimentos señalada.

El recurso de apelación fue resuelto por sentencia dictada el día 11 de julio de 2017 por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuyo pronunciamiento fue íntegramente desestimatorio del recurso y confirmatorio de la sentencia apelada.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial es ahora interpuesto el presente recurso de casación, en el que, como ya se indicó en auto de admisión dictado por esta Sala el día 20 de octubre de 2017, los que se numeran como motivos de casación primero, segundo y octavo (se

dice octavo cuando debió decir cuarto) no pueden ser considerados motivos de casación por no referirse al fondo de la cuestión sino a la mera cita de cuestiones procesales, no citar norma infringida o recoger esquemáticas alegaciones.

El motivo tercero del recurso de casación se subdivide en dos partes, la primera de ellas fundamenta el recurso en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) que entiende el recurrente producida por no haberse acordado en el presente caso la custodia compartida de ambos progenitores. Y la segunda parte del motivo se basa en la inobservancia del artículo 82 CDFA que considera el recurrente que se ha producido al fijar la pensión por alimentos del hijo menor de los litigantes.

La parte recurrida, al amparo de la previsión del artículo 485.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), realizó diversas alegaciones sobre causas de inadmisibilidad a trámite del recurso de casación que entiende concurren. Alegaciones que deben ser resueltas con carácter previo a decidir sobre la parte sustantiva del recurso, como a continuación se hará.

**Segundo.-** La primera alegación de inadmisibilidad la hace la parte recurrida por entender que no se especifica con claridad la vía de casación elegida por la parte recurrente. Como se indicó en el auto de esta Sala ya citado de 20 de octubre de 2017 la admisión del recurso se hizo por ser el procedimiento de cuantía inestimable, tal y como indicó la recurrente y autoriza el artículo 2.1 de la Ley Aragonesa 4/2005 de 14 de junio. Por tanto, no se observa la incorrección en la admisión que sostiene la recurrida que tuvo lugar.

La segunda causa de inadmisibilidad viene fundada en la no especificación por el recurrente de la vía de acceso a la casación de entre las previstas en el artículo

477.2 de la LEC. Cabe indicar lo mismo que lo señalado en el párrafo anterior, esto es, que la admisión tuvo lugar por la vía prevista en el artículo 2.1 de la Ley de Aragón 4/2005, por tratarse de asunto de cuantía imposible de calcular.

Respecto del motivo tercero de recurso la parte recurrida entiende que no cabe la admisión del recurso de casación por la caótica y confusa exposición que recoge, además de por carecer de la mínima técnica casacional exigible, pues mezcla la denuncia de infracciones de preceptos diversos y heterogéneos, por todo lo cual se causa indefensión a la parte recurrida. Al respecto cabe indicar, como ya se señaló en el auto de admisión, que, efectivamente, el recurso presentado adolece de defectos materiales e incorrecciones técnico-jurídicas, pero que, no obstante tales defectos, en tal motivo vienen suficientemente diferenciadas las alegaciones relativas a la custodia del menor y las referentes a la pensión por alimentos, por lo que se trata finalmente de errores que no tienen entidad realmente relevante. No cabe, por otro lado y por la misma razón de su correcta separación, entender que sean susceptibles de causar indefensión.

Por último, indica la parte recurrida que el motivo de casación recoge nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. No cabe compartir esta alegación, ya que, sin perjuicio de concretas referencias al resultado de la prueba, la cuestión sustancial planteada es jurídica, al referirse al posible incumplimiento de las normas reguladoras del régimen de custodia y de establecimiento de pensión de alimentos en la legislación aragonesa.

**Tercero.-** Entrando en el fondo de la cuestión suscitada en el recurso, la primera razón de desacuerdo con la sentencia impugnada se funda en la concreta infracción del artículo 80.2 del CDFa, por considerar la parte, tal y como recoge en el

apartado I del motivo dedicado a la impugnación de la custodia establecida, que conforme a jurisprudencia de esta Sala lo que debe resultar acreditado es que para el menor es más beneficiosa la custodia individual que la compartida, puesto que la custodia compartida debe aplicarse por imperativo legal sin necesidad de prueba. En consecuencia con tal razonamiento, la parte impugnante mantiene la solicitud de la custodia compartida, que además basa en las circunstancias del caso concreto valoradas en ambos informes periciales obrantes en autos, de consideración de la edad del niño, arraigo social, aptitud y voluntad del recurrente, así como su posibilidad de conciliación de la vida laboral familiar. Finalmente considera que el informe evacuado por el Gabinete Psicológico fija de facto una custodia compartida al informar que el padre estuviera en compañía del menor tres días a la semana e invoca el interés del menor como razón para establecer la custodia compartida.

La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido en constante doctrina que el régimen de custodia compartida lo establece el legislador aragonés como el que *prima facie* debe fijarse para los casos de crisis de convivencia de los progenitores, pues el artículo 80.2 del CDFa ordena con claridad que «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente (...)». Así, sirva como ejemplo de tal doctrina la indicada, por referencia a anteriores resoluciones, en la sentencia de esta Sala dictada el 14 de septiembre de 2016 (recurso de casación 27/16), que recogió: «(...) esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter preferente de la custodia compartida en numerosas resoluciones (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. Entre otras muchas, en la de fecha 4-03-14, recurso de casación 41/2013 (reproducida en la de 17-09-15; recurso de casación 17/2015), 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». Y en la de 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), mencionada en el recurso, se recoge que «la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor».

A su vez, el legislador establece diversos factores a valorar en cada caso por la autoridad judicial para determinar si realmente procede excluir el régimen preferente de custodia, entre los que se encuentran, como indica el recurrente, la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, la aptitud y voluntad de los progenitores, la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y lo recogido en los informes periciales que puedan llevar a conocimiento del Tribunal la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores.

Partiendo de lo anterior es indudable que en Aragón el Juez o Tribunal viene inicialmente vinculado al establecimiento

en interés del menor de la custodia compartida como régimen preferente de cuidado, y también, que caso de considerar posible excluir tal custodia y fijar otro régimen, está obligado a valorar detenida y razonadamente, caso a caso, los distintos criterios expuestos en la norma u otros que, como el propio precepto autoriza, sean de especial relevancia para la convivencia.

**Cuarto.-** En el caso enjuiciado la sentencia ahora recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, como también hizo la dictada en primera instancia por el Juzgado de Familia, valora dos factores al tiempo de fijar el tipo de custodia: de modo muy especial uno de los informes periciales obrantes en las actuaciones y, además, el enfrentamiento que existe entre las partes.

De entre los informes periciales, la sentencia recurrida da prevalencia al evacuado por el Gabinete adscrito al Juzgado sobre el presentado por la parte ahora recurrente. Y, tras exponer lo recogido en sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010 sobre la valoración de la prueba pericial concluye que «no existe razón objetiva que conlleve a separarnos del criterio emitido por la psicólogo adscrita al Juzgado, pues no se discute la aptitud o capacidad de ambos progenitores, que no se pone en duda, sino que debe valorarse que producida la ruptura hace aproximadamente cuatro años, la adaptación del menor a la nueva situación familiar y a las diferentes medidas acordadas ha sido la adecuada, cuestión por otro lado no exenta de dificultades, teniendo en cuenta el fuerte enfrentamiento entre los progenitores, siendo evidente que la estabilidad en las condiciones y rutinas de la vida de un menor es un dato a tener en cuenta a la hora decantarse o no por el cambio de custodia, siempre que el cambio pueda suponer una alteración en el adecuado desarrollo psicoemocional del menor, la perito recomienda mantener el actual sis-

tema en evitación de asumir un riesgo psicológico innecesario (...).

La atención exclusiva y de gran intensidad al informe psicológico como motivo decisor de la cuestión debatida no viene acompañada de justificación de por qué son descartados los demás factores previstos por el legislador y arriba citados, y que son los que precisan de razón objetiva en contra para separarse del régimen preferente legal de custodia compartida. En el caso presente consta, y así se recoge en la sentencia recurrida, y por su confirmación sin salvedad alguna, por la dictada en primera instancia, que ambos progenitores tienen aptitud y capacidad para cuidar al hijo menor. Que ambos tienen semejantes estilos y criterios educativos y así lo han demostrado durante los más de tres años en los que el menor ha estado bajo custodia de la madre, pero atendido por ambos. Que padre y madre tienen trabajo estable, él en entidad bancaria y ella en centro educativo, con una situación económica desahogada. Que viven en la misma urbanización, lo que permite ir de la casa de un progenitor a la del otro sin necesidad de salir a la vía pública. Que ambos muestran cariño hacia el menor e interés real por participar en el desarrollo diario de su vida. Y, en fin, que ha existido siempre buena relación entre los progenitores hasta que se ha iniciado la judicialización de su crisis convivencial, que ha derivado mientras el proceso judicial continúa en rigideces en las posturas de los progenitores que antes no se daban.

Al lado de la no valoración de los factores de relevancia expuestos, la antedicha atención exclusiva a un informe pericial que decantó la decisión al apartamiento de la custodia compartida arranca, además, de que el informe indica un riesgo de que el cambio de las condiciones y rutinas de vida diaria del menor pueda suponer para él una afectación psicológica negativa.

Riesgo que no se expone en la sentencia como concretado en el caso de autos por algunos datos o circunstancias específicas que pudieran, realmente, hacer pensar que más allá de los inconvenientes habituales de la adaptación a un nuevo sistema de custodia pueda haber una presencia real de riesgo que supere su formulación meramente probabilística.

Respecto a la posibilidad meramente genérica de riesgo de causar inestabilidad en el menor por el cambio de la custodia inicialmente acordada, esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el real alcance que cabe dar a tal hipótesis apriorística, sin perjuicio de que en cada caso se valoren las concretas circunstancias concurrentes. Así, por ejemplo, en sentencia 20/16, de 7 de septiembre (recurso de casación 16/16) se indicó: «Es de considerar, como ya lo ha realizado esta Sala en casos similares, que la adaptación a un régimen de custodia compartida puede necesitar de apoyos para que la estabilidad de la menor no sufra, pero que el mantenimiento del «statu quo» no puede resultar de hecho la razón para no aplicar la norma contenida en el artículo 80.2 del CDFA, y no hacer posible el despliegue de los efectos beneficiosos que la custodia compartida reporta. Como expresamos en la sentencia de 17 de julio de 2013 (nº 35/2013), no es posible priorizar el statu quo, frente a la preferencia legalmente establecida a favor de la custodia compartida. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016, nº 166/16, se refiere al interés del menor, que no resulta definido legalmente ni en el artículo 92 del Código Civil ni en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la ley 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, indicando que este interés exige que las situaciones de separación se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación sim-

plemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquél.»

Esta doctrina no impide desde luego compartir, sin duda, y planteado también en términos genéricos, que el cambio del régimen de custodia puede comportar a corto plazo molestias y problemas de adaptación. Pero a salvo de casos concretos en que pueda cobrar especial relevancia el riesgo real de perniciosa afección psíquica del menor, lo que no cabe considerar en términos generales es que la necesaria adaptación a un nuevo régimen sea un impedimento para que en cada caso deba considerarse cuál sea el mejor sistema de custodia en atención al interés del menor valorado a medio y largo plazo, y conforme a la preferencia ordenada por el artículo 80.2 CDFA. Conclusión que debe observarse más aún cuando, como ocurre en el supuesto presente estamos ante un niño de 7 años, por lo que su régimen de custodia es previsible que será de atender durante más de diez años, lo que hace incorrecto fijar una custodia en atención tan solo al momento coyuntural actual de adaptación al sistema, en lugar de partir de la perspectiva de cuál es el mejor sistema hacia un futuro de varios años.

**Quinto.-** En conclusión, por tanto, no fue ajustada a la previsión legal la decisión tomada en la sentencia recurrida por la casi exclusiva relevancia otorgada al informe pericial valorado en la sentencia. Y tenidos en cuenta todos los factores legalmente ordenados y considerados probados en la instancia no cabe sino concluir que no están presentes los supuestos legamente prevenidos para excluir el régimen legal preferente de custodia compartida. Por lo que procede casar la sentencia impugnada para, en su lugar, acordar el régimen de

custodia compartida del niño entre ambos progenitores.

Las medidas concretas reguladoras del plan de relaciones familiares del régimen de custodia compartida que se acuerda fueron propuestas por el recurrente sin concreta oposición al respecto por la parte recurrida. No se observa que alguna de tales medidas pueda ser perjudicial o inconveniente para el niño, por lo que en lo personal se fijarán en lo esencial en los términos en que han sido interesadas, esto es, fijación de guardia y custodia con alternancia semanal y régimen de visitas del progenitor no custodio la tarde de los miércoles desde que el niño salga del colegio hasta las 21 horas en que será reintegrado al domicilio del custodio.

En lo económico se comparten las conclusiones obtenidas en la instancia en el sentido de hacer recaer sobre padre y madre el gasto de mantenimiento del hijo que vaya más allá del sustento diario en proporción superior para el padre. Por tanto, en la cuenta común que mantendrán para gastos ordinarios el padre ingresará mensualmente la suma de 190 euros, mientras que la madre lo hará en la cantidad de 60 euros. El abono de los gastos extraordinarios necesarios se hará en la proporción del 75 por ciento a cargo del padre y 25 por ciento a cargo de la madre. Respecto de los gastos extraordinarios no necesarios, ambos progenitores llegarán al acuerdo que estimen oportuno y, subsidiariamente a la falta de tal acuerdo, los abonará el que decida hacerlos.

**Sexto.-** La segunda parte del motivo tercero de casación se refiere a la posible vulneración del artículo 82 CDFA por entender la parte recurrente que no ha sido respetado al establecer la sentencia cuál sea el importe a abonar por el padre en concepto de prestación de alimentos al hijo menor.

Este apartado del motivo se limita a reproducir literalmente parte de lo que al respecto se recogió en el recurso de apelación, de modo que no se refiere a posibles errores jurídicos de la sentencia ahora impugnada en casación sino que pretende un nuevo conocimiento por esta Sala de lo que fue planteado como si de una nueva segunda instancia se tratara, lo cual está vedado conforme al objeto de este recurso de casación establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, este submotivo del motivo tercero del recurso parte del presupuesto de que se hubiera mantenido el sistema de custodia individual. Como tal situación no se da, ya que se ordena ahora el establecimiento de la custodia compartida, quedan sin causa los alegatos que se efectúan.

En conclusión, por tanto, no procede hacer pronunciamiento respecto de lo interesado bajo la rúbrica «CUESTIÓN ECONÓMICA» dentro del tercer motivo de recurso de casación.

**Séptimo.-** Dada la complejidad de la cuestión derivada de las cuestiones personales en debate, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia ni en casación, de conformidad con la previsión de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### **FALLAMOS**

**Primero.-** Que estimando como estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. V. A. G. G., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 11 de julio de 2017, en el Rollo de Apelación 225/2017, dimanante de los autos de Familia, guardia custodia y alimen-

tos de hijo menor nº 554/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Zaragoza, casamos y anulamos la meritada resolución.

**Segundo.-** En su lugar estimando en parte las demandas acumuladas interpuestas por las respectivas representaciones procesales de D<sup>a</sup> N. M. S. y D. V. A. G. G., acordamos que las medidas que regirán en lo sucesivo las relaciones familiares de ambos con su hijo menor V. G. M. serán las siguientes:

a) La guarda y custodia del menor será compartida entre ambos progenitores, en ejercicio de la autoridad familiar.

b) Cada uno de los progenitores ostentará la custodia del hijo menor, por periodos semanales con régimen de visitas del progenitor no custodio la tarde de los miércoles desde que el niño salga del colegio hasta las 21 horas en que será reintegrado al domicilio del custodio.

c) La mitad de cada una de las vacaciones escolares de las fiestas del Pilar, Navidad, verano y puentes festivos el menor estará a cargo de un progenitor.

d) En la cuenta común que mantendrán abierta para atención de gastos ordinarios que vayan más allá del mero sustento diario del menor el padre ingresará mensualmente la suma de 190 euros, mientras que la madre lo hará en la cantidad de 60 euros. El abono de los gastos extraordinarios necesarios se hará en la proporción del 75 por ciento a cargo del padre y 25 por ciento a cargo de la madre. Respecto de los gastos extraordinarios no necesarios, ambos progenitores llegarán al acuerdo que estimen oportuno y, subsidiariamente a la falta de tal acuerdo, los abonará el que decida hacerlos.

**Tercero.-** No se hace expresa imposición de las costas causadas en la instancia ni en este recurso.

Hágase entrega al recurrente del depósito constituido, tanto para interponer recurso de apelación como de casación.

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

Se hace saber a las partes que contra esta resolución no cabe interponer recurso jurisdiccional alguno.

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

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 22 y 84 TR Ley de cooperativas de Aragón.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ANTECEDENTES RELEVANTES

**Primero.-** La sentencia de primera instancia, recaída en los autos a que el presente rollo de casación se refiere, ha estimado la demanda interpuesta por la representación procesal de Z. A. 2008 P., Sociedad Cooperativa de Viviendas, frente a D. D. y D<sup>a</sup> K., y condena a éstos a elevar a escritura pública la adjudicación del piso, plaza de garaje y trastero que se describen en el fallo, al igual que la adjudicación de la plaza de garaje no vinculada número 145 del mismo edificio, así como a abonar a la actora la suma de 18.069,04 euros. Para llegar a esta conclusión razona que D. D. y D<sup>a</sup> K. son miembros de la cooperativa, que se encarga de la promoción de viviendas, y a la vez son adjudicatarios de los mencionados inmuebles, conforme a los contratos de reserva de fecha 7 de abril de 2009 y 6 de enero de 2011.

La parte actora había fundado sus pretensiones en el contenido de los artículos 1089, 1091, 1255, 1256, 1258 y 1279 del Código Civil.

La estimación de la demanda resulta de los propios contratos concertados, aunque en la fundamentación no se citen los preceptos que la determinan.

Recurrida dicha sentencia en apelación por los demandados, el recurso ha sido desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 10 de octubre de 2017, que es ahora el objeto del recurso de casación.

NÚM. 29

S. TSJA 6/2018 de 28 de febrero de 2018

**05: OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS:** En las de vivienda la libertad de causar baja puede estar condicionada: *La regulación aplicable a la cooperativa de viviendas está comprendida en la Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón (ahora TR aprobado por DLegislativo 2/2014), de la que la Ley estatal 27/1999 constituye únicamente derecho supletorio. El derecho de baja de los cooperativistas lo regula el art. 22, pero según su apartado f), la regulación especial para las cooperativas de viviendas se impone, como ley especial, a la normativa general. Y en las cooperativas de viviendas es lícito condicionar la eficacia de la baja voluntaria a que el cooperativista que la solicita presente un nuevo socio que se subrogue en su condición jurídica, lo que no ha sucedido en el caso de autos. El art. 84.2.b (redacción de 2010) prevé la posibilidad de que la cooperativa haya previsto la necesidad de subrogación para que la baja formulada sea eficaz y produzca efectos liberatorios. Posibilidad que no estaba prohibida con anterioridad; además la reforma de 2010 es aplicable a los efectos producidos tras su entrada en vigor (DT 2ª).*



Esta sentencia razona sobre los alegatos de la parte apelante respecto a la pretendida nulidad de los acuerdos adoptados en el seno del Consejo Rector de la Cooperativa, por contradecir la libertad de baja de los socios cooperativistas, nulidad que niega con fundamento en el artículo 84 de la Ley de Cooperativas de Aragón y jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Supremo, tal como son recogidas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de 26 de diciembre de 2016.

Expresa al efecto que *«no se discute que por el órgano competente se acordó en fecha 2 de marzo de 2009 que la elección y reserva de la vivienda por parte de los cooperativistas implicara que si se lleva a cabo la compra de la parcela no se podrá retirar las cantidades aportadas a la cooperativa hasta que un nuevo cooperativista se subrogue en la posición jurídica del cedente. Consta que el mencionado acuerdo no fue impugnado ni cabe que lo sea en el seno del presente proceso. Igualmente consta que la parcela fue objeto de adquisición y que los recurrentes el 7 de abril de 2009 firmaron el contrato de reserva, a cuyo cumplimiento va dirigido el presente proceso. El propio contenido del contrato de reserva vuelve a reiterar (folio 117 de las actuaciones) que una vez elegida vivienda un cooperativista podrá causar baja en la cooperativa cuando otro socio lo sustituya subrogándose en sus obligaciones jurídicas y económicas, especialmente incluido entre éstas el derecho a la adjudicación. Consta que los demandados no procedieron a presentar un nuevo socio que se subrogase en las obligaciones jurídicas y económicas, por lo que la negativa tras el previo requerimiento para atender sus obligaciones supone un incumplimiento de las obligaciones asumidas, en el contrato de reserva tal y como determina la sentencia de instancia, debiendo en consecuencia la misma confirmarse.»*

#### PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

**Segundo.-** El recurso de casación se funda en dos motivos, que se enuncian así:

Primero: infracción del artículo 22 a) primer párrafo y d) de la Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón, vigente desde el 30 de enero de 1999 hasta el 25 de junio de 2010, apartados no modificados por el artículo único.10 de la Ley 4/2010, de 22 de junio, en relación con los artículos 16.2.f) y 17 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, preceptos reguladores del derecho a causar baja como socio cooperativista, sin ser objeto de la presente litis la devolución de las cantidades anticipadas; Segundo: oposición a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia, con infracción de los principios recogidos en el artículo 6 de la Alianza Cooperativa Internacional, II Asamblea General, en relación con la sentencia de esta Sala nº 40/2014, de 16 de diciembre y con la sentencia de esta misma Sala nº 7/2011, de 22 de junio.

Los dos motivos de recurso van a ser objeto de examen conjunto ya que, en puridad, el recurso de casación sólo puede fundarse en la infracción de norma jurídica sustantiva, conforme a lo establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de modo que la invocación de jurisprudencia como infringida sólo puede servir de apoyo al motivo de recurso por infracción legal.

Las alegaciones que sirven como desarrollo de los motivos del recurso se centran en impugnar los razonamientos de las sentencias de primera y segunda instancia, al entender la parte recurrente que no puede escindirse el contrato societario cooperativista de la concreta adjudicación en la promoción de viviendas, y que la argumentación de dichas sentencias contradice el derecho de los recurrentes a darse de baja en la cooperativa. Explica que ambos formularon su baja mediante simple comunicación a la cooperativa, sin que el Consejo Rector se haya pronunciado, por lo que resulta de aplicación el régimen que para la baja en la cooperativa establece

el artículo 22 de la Ley 9/1998, sin que en el caso de autos exista ninguna disposición en los estatutos que limite el derecho a la baja de los socios o imponga un régimen específico de responsabilidad a quienes lo ejerciten, añadiendo que la argumentación referida a que la elección y reserva de la vivienda implicaría la imposibilidad de retirar las cantidades aportadas a la cooperativa hasta que un nuevo cooperativista se subroge en la posición jurídica del cedente no es la cuestión controvertida en estos autos, en los que no se discute la devolución de las cantidades entregadas a cuenta sino el derecho a causar baja en la entidad cooperativa, con el consiguiente cese de la obligación de escriturar.

#### DECISIÓN DE LA SALA SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

**Tercero.-** Tanto la sentencia de primer grado como la dictada en apelación se fundan, implícitamente, en las normas reguladoras de las obligaciones y contratos, singularmente en aquellas que determinan las fuentes de las obligaciones y la eficacia de los contratos: artículos 1089, 1091, 1255 a 1258 y 1279 del Código Civil. A partir de las obligaciones asumidas en los contratos de reserva el fallo de primera instancia, confirmado en apelación, condena a D. D. y D<sup>a</sup> K. a elevar a escritura pública la adjudicación del piso, plazas de garaje y trastero a que se refiere la demanda.

Ciertamente, la firma de los contratos de reserva no puede separarse de la condición jurídica de los demandados como integrantes de la cooperativa de viviendas, porque sólo en esta condición podían resultar adjudicatarios de los citados inmuebles, cuya promoción constituía el objeto de la sociedad cooperativa de viviendas.

La regulación de la cooperativa de autos está comprendida en la Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón, en la redacción vigente en las fechas de autos. La Ley

estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, constituye únicamente derecho supletorio de la normativa autonómica.

El artículo 22 de la ley aragonesa, que la parte recurrente denuncia como infringido, se refiere al derecho de baja de los cooperativistas, y su regulación se funda en el principio básico de puertas abiertas que rige con carácter general el derecho de cooperativas, y se proclama en la Declaración de Identidad Cooperativa, adoptada por la II Asamblea General de la Alianza Cooperativa Internacional, de 23 de septiembre de 1995, en su reunión en Manchester.

Distingue entre la baja voluntaria y la obligatoria, y la consideración de una y otra como justificada o no justificada. En cuanto a la voluntaria, el apartado a) establece que el socio podrá causar baja en cualquier momento observando el plazo de preaviso establecido en los Estatutos, que no tendrá una duración superior a tres meses, y si se ha fijado un plazo mínimo de permanencia, éste no podrá ser superior a cinco años, con las excepciones previstas en esta Ley, pudiendo determinarse, en su caso, la imposibilidad de causar baja antes de finalizar el ejercicio económico. En el caso de que la Asamblea General haya adoptado acuerdos que impliquen inversiones, planes de financiación o cualquier otro tipo de decisiones que exijan aportaciones extraordinarias, y éstos sean objeto de recurso, el socio que no haya recurrido deberá permanecer durante el plazo establecido y participar de la manera y con los requisitos exigidos por dicho acuerdo.

Pero el apartado f) añade que «*El contenido de este artículo se entenderá sin perjuicio de lo establecido por la normativa vigente que sea aplicable a la cooperativa por razón de la actividad*». Es por ello que la regulación especial para las cooperativas de viviendas se impone, como ley especial, a la normativa general. Y en las cooperativas de viviendas

es lícito condicionar la eficacia de la baja voluntaria a que el cooperativista que la solicita presente un nuevo socio que se subrogue en su condición jurídica, lo que no ha sucedido en el caso de autos.

La especial configuración de las cooperativas de viviendas, cuyo objeto es la promoción de viviendas para los socios cooperativistas, justifica la necesidad de continuar como socio en la cooperativa hasta que se presente otro que se subrogue en la posición jurídica del que pretende causar baja voluntaria, pues de lo contrario las fluctuaciones del precio en el mercado inmobiliario podrían significar la baja de gran parte de los cooperativistas, con la consiguiente inviabilidad económica de la sociedad.

Las cooperativas de viviendas vienen definidas en el artículo 84, a cuyo tenor *«Son las que tienen por objeto procurar al precio de coste, exclusivamente para sus socios, viviendas, servicios o edificaciones complementarios, así como su rehabilitación, pudiendo organizar el uso y disfrute de los elementos comunes y regular la administración, conservación y mejora de los mismos en el modo que se establezca en los Estatutos. En relación con las viviendas protegidas, serán de aplicación en todo caso las limitaciones de precio y coste establecidas en su normativa específica»*.

Estas cooperativas tienen caracteres propios que inciden en su regulación. Respecto de la baja de los socios cooperativistas, el apartado 2 introducido por Ley 4/2010, de 22 de junio (art. Único, 41), previene: *«En caso de baja del socio, para la devolución de las aportaciones que haya realizado se procederá del siguiente modo:*

*a) Las aportaciones al capital serán devueltas por la cooperativa conforme a lo establecido en el art. 53 de esta ley.*

*b) Las aportaciones realizadas como pago a cuenta de la vivienda y anejos vinculados, siempre que no superen el veinte por ciento de su coste estimado, deberán ser íntegramente devueltas*

*por la cooperativa dentro del plazo de quince días desde que el nuevo socio que sustituya al que causa baja haga efectivas sus aportaciones. En todo caso, la devolución deberá hacerse efectiva dentro del plazo máximo de cinco años desde la baja del socio.»*

La disposición que se ha transcrito se refiere a la baja, en cuanto a la devolución de las aportaciones realizadas por el socio, y distingue entre las realizadas al capital social y las realizadas como pago a cuenta de la vivienda, y en estas contempla expresamente la subrogación de un nuevo socio que le sustituya. Aunque, como dicen los recurrentes, no se trata en este proceso de la devolución de cantidades aportadas, lo relevante es que el legislador prevé la posibilidad de que la cooperativa haya previsto la necesidad de subrogación para que la baja formulada sea eficaz y produzca efectos liberatorios.

Esta regulación no estaba vigente en las fechas en que se concertó el contrato de reserva, pero no puede estimarse que el citado contrato fuese contrario a derecho por contravenir norma imperativa. La redacción original de la Ley de cooperativas de 1998 no prohibía que pudiera pactarse como se hizo, que una vez elegida vivienda un cooperativista sólo podrá causar baja en la cooperativa cuando otro socio lo sustituya, subrogándose en sus obligaciones.

La modificación de 2010 es aplicable al caso, conforme a su disposición transitoria segunda, *«Segunda.- Entrada en vigor de las disposiciones sobre Cooperativas de Viviendas. El régimen de las Cooperativas de Viviendas establecido en esta ley será de aplicación a todas las Cooperativas de Viviendas, aun cuando ya estuviesen inscritas en el Registro de Cooperativas en la fecha de su entrada en vigor.»* Por tanto no ha de regir sobre los efectos ya producidos según la normativa anterior, pero sí en cuanto a aquellos que se hubieran de producir una vez entrada en vigor la nueva regulación.

Este contenido normativo se mantiene en la regulación actualmente vigente (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón).

**Cuarto.-** Es en este contexto en el que, en el caso de autos, se produjo el acuerdo del órgano competente de la cooperativa conforme al cual la elección y reserva de la vivienda por parte de los cooperativistas implicaría que si se lleva a cabo la compra de la parcela no se podrá retirar las cantidades aportadas a la cooperativa hasta que un nuevo cooperativista se subrogue en la posición jurídica del cedente. Y, conforme a tal criterio, D. D. y D<sup>a</sup> K. firmaron el contrato de adquisición de su vivienda, trastero y plaza de garaje anexo, de 7 de abril de 2009, en el que constaba explícitamente que una vez elegida vivienda podrían causar baja en la cooperativa cuando otro socio les sustituyera, subrogándose en sus obligaciones jurídicas y económicas, lo que no sucedió al no presentar nuevo socio con dicho fin. Y lo mismo sucedió respecto a la segunda plaza de garaje.

Por tanto la sentencia de la Audiencia Provincial se ajustó a la regulación de la eficacia de los contratos como fuente de las obligaciones y conforme a ella resolvió confirmar la que en primer grado de jurisdicción había estimado las pretensiones de la cooperativa de viviendas actora, y no ha infringido el artículo 22 de la Ley de Cooperativas de Aragón.

**Quinto.-** Las sentencias dictadas por esta Sala resolviendo recursos de casación a las que se refiere la parte recurrente no fijan doctrina jurisprudencial aplicable al caso. La dictada por esta Sala con el número 7/2011, de 22 de junio, tras estimar el recurso por infracción procesal interpuesto por la sociedad cooperativa de viviendas allí recurrente, estimó la demanda y condenó al demandado a satisfacer a la actora una determinada cantidad, indi-

cando que conforme al artículo 20 de la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón, el socio estaba obligado a cumplir los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno, a efectuar el desembolso de las aportaciones comprometidas y a cumplir los demás deberes impuestos por los Estatutos; y concluía el razonamiento (Fundamento de derecho Quinto): «*Ni siquiera puede obtener el reintegro de lo ya entregado hasta que no entre un nuevo socio ocupando su lugar (como el propio recurrido reconoce en el escrito de oposición al recurso de casación) tal como establece el artículo 22.7 de los Estatutos Sociales, en consonancia con la previsión del artículo 89.5 de la Ley 27/1999 antes citada.*».

La sentencia 40/2014, de 16 de diciembre, resolviendo también un recurso de casación en materia de baja voluntaria de cooperativas de viviendas, se refiere al contenido y alcance de dicho derecho de baja, afirma el principio básico rector de las cooperativas de «puertas abiertas», en virtud del cual se reconoce el derecho de libre entrada y salida de socios, pero indica que en el caso de autos «*no existe ninguna disposición en los estatutos rectores de la cooperativa que limiten el derecho a la baja de los socios.*». Por ello concluye desestimando los recursos extraordinarios formulados e indica (Fundamento de derecho Quinto, *in fine*) que el socio no sólo queda liberado de realizar más aportaciones, sino que puede reclamar la devolución de las efectuadas en su día en dicha condición.

Como puede apreciarse, dichas sentencias resuelven cuestiones diferentes, considerando las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso, por lo que no puede estimarse que en la resolución de la Audiencia Provincial ahora recurrida se haya infringido doctrina jurisprudencial resultante de aquéllas.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

**Sexto.-** De conformidad a lo dispuesto en el art. 398 de la LEC, procede la imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

**Primero.-** Desestimar el recurso de casación formulado contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo de apelación num. 355/2017, que confirmamos.

**Segundo.-** Imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

**Tercero.-** Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

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.

*con el aspecto concreto de los recursos económicos de la madre, no valorados a pesar de la prueba practicada al respecto en la primera instancia. La falta de exteriorización de las razones en que se basa la decisión judicial provoca la infracción del art. 218.2 Lec. en relación con el 209.2ª (necesidad de consignar en la sentencia los hechos alegados oportunamente y las pruebas propuestas y practicadas). Todo ello de conformidad con lo expuesto sobre la motivación en las siguientes SS del TS: 441/2017, de 13 julio; 792/2013, de 20 diciembre; 577/2014, de 21 octubre; 672/2010, de 26 octubre; 362/2014, de 25 junio; 616/2014, de 18 noviembre. Pero dicha falta de motivación no resulta relevante hasta el punto de llevar a la estimación de la infracción procesal dado que, al haberse acordado la custodia individual a favor de la madre con gestión separada de los gastos ordinarios, la pensión a cargo del padre se basa en sus ingresos, y respecto a ellos 300 euros mensuales es cantidad adecuada.*

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: CUSTODIA COMPARTIDA: Preferencia legal: La doctrina de esta Sala sobre el criterio preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 está contenida en numerosas sentencias. Por todas, la sentencia de 1/2/2012 resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del art. 80 CDF. En el caso de autos se debe comprobar si la sentencia recurrida, al apartarse de la regla preferente de la custodia compartida, ha seguido adecuadamente las reglas indicadas en nuestra doctrina razonando suficientemente la decisión adoptada (custodia individual a favor de la madre).**

**CUSTODIA INDIVIDUAL: Valoración suficiente de la prueba practicada: Aunque la justificación de la sentencia recurrida para considerar más beneficioso el mantenimiento de la custodia individual**

*materna puede resultar algo esquemática (corta edad de la niña, falta de precisión del domicilio del padre, falta de concreción de su disponibilidad laboral y algunos aspectos del informe psicológico), en la medida en que se remite a las razones expuestas en la sentencia de instancia y en el auto de medidas provisionales, se produce una asunción de las mismas que no exige una motivación más extensa si no han cambiado de forma relevante las circunstancias. La valoración de la prueba practicada es suficiente para mantener, al menos de momento, la custodia individual y tal valoración no puede ser revisada en casación al no resultar irracional, ilógica o arbitraria.*

**6436: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: CUSTODIA INDIVIDUAL: Realización separada de los gastos ordinarios:** *En los casos de custodia individual, el padre custodio tiene a los hijos a su cargo en su casa y, si se ocupa (así sucederá más habitualmente) de la gestión de los gastos para atención de sus necesidades (realización separada de los gastos ordinarios), se fijará a cargo del no custodio una pensión (pago periódico del art. 82.3). Para el cálculo de esta pensión lo determinante –sobre la base de las necesidades del hijo– serán los recursos del obligado al pago de la pensión y no los del custodio, que atenderá al hijo con todos los suyos, sean los que sean.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 80.2, 82 CDFJ.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Actora y demandado mantuvieron una relación de pareja de la que nació una hija, P., el 4 de enero de 2015. Interpuesta demanda en solicitud de medi-

das relativas a guarda y custodia y alimentos de menores, recayó sentencia de primera instancia de 27 de marzo de 2017 que estimó la demanda y atribuyó la custodia individual de la hija a la madre con régimen de visitas para el padre de fines de semana alternos y dos días entre semana, y estableció una pensión de alimentos para la niña a cargo del padre de 300 euros mensuales.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del padre, la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 10 de octubre de 2017 lo desestimó y confirmó la dictada por el Juzgado.

La sentencia recurrida sitúa el domicilio del recurrente en la localidad de La Muela (Zaragoza), donde residiría habitualmente, y ocasionalmente en un piso de la calle (...) de Zaragoza, y su trabajo en Cadrete (Zaragoza) en una franja horaria de 8 a 18 horas. Destaca que la menor ha sido atendida desde su nacimiento en mayor medida por la madre y transcribe el contenido del informe pericial psicológico practicado en autos, concluyendo que lo más beneficioso para la menor en este momento es mantener la custodia individual materna con el régimen de visitas de fines de semana alternos y dos tardes entre semana, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 775 LEC (modificación de medidas), como razona el juzgador de instancia. Ratifica igualmente la pensión de alimentos de 300 euros mensuales para la niña a cargo del padre.

**Segundo.-** Contra la anterior sentencia interpuso la representación de D. Eduardo recurso de casación y extraordinario de infracción procesal.

El auto de la Sala de 11 de diciembre de 2017 admitió ambos recursos si bien en la consideración, respecto del extraordinario de infracción procesal, de que el prime-

ro de sus motivos se limitaba a enumerar lo que concretaban los siguientes, y que los motivos segundo al octavo, todos ellos al amparo del artículo 469.2 LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia (falta de motivación en relación con la pensión de alimentos y los gastos ordinarios y extraordinarios de la menor), se examinarían conjuntamente. El motivo noveno, también por falta de motivación, se amparaba en los apartados 3 y 4 del artículo 469 LEC, y sería resuelto tras el estudio de los anteriores, y el décimo no constituía propiamente un motivo sino anticipo de las peticiones del suplico, y en tal sentido se admitía.

Conforme a lo dispuesto en la regla 6ª del apartado 1 de la Disposición Adicional Decimosexta de la LEC, admitidos ambos recursos, se debe resolver en primer lugar el recurso por infracción procesal pero, dado que éste tiene por objeto únicamente lo relativo a la pensión de alimentos para la hija y la atención de sus gastos ordinarios y extraordinarios, resulta oportuno resolver previamente el recurso de casación interpuesto contra la decisión de atribuir la guarda y custodia de la hija común a la madre, que necesariamente influye en el señalamiento de pensión para la niña.

**Tercero.-** Como ya dijimos en el auto de 11 de diciembre de 2017, se admitían los motivos cuarto y quinto del recurso de casación que expresamente alegaban infracción del artículo 80.2 del CDFa, pues los tres primeros servirían tan solo como justificación auxiliar de los otros dos, encaminados todos ellos a combatir la no aplicación de la custodia preferente establecida en el artículo 80.2 CDFa.

Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón al no aplicar el criterio preferente de custodia compartida porque no se ha probado que

la custodia individual atribuida a la madre resulte más beneficiosa para la menor. Llega a tal conclusión mediante el examen de cuatro de los aspectos en los que la sentencia habría fundamentado –injustificadamente a su juicio– la decisión de mantener la custodia individual de la madre que le había sido atribuida en el auto de medidas provisionales de 27 de diciembre de 2016. Se refiere a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores; a la localización de su propio domicilio porque las sentencias de instancia y de apelación ponían en duda si se encontraba en la localidad de La Muela o en Zaragoza; a la edad de la menor; y a la dedicación de los progenitores a la niña desde la ruptura de la convivencia, cuando se adoptó como medida provisional la custodia individual a cargo de la madre.

La sentencia recurrida, al igual que las partes en sus respectivos escritos, recoge la doctrina de esta Sala contenida en numerosas sentencias sobre el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDFa, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también indica con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. Por todas, 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, que ambas partes también reflejan en sus escritos:

«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)».

Se debe comprobar si la sentencia recurrida, al apartarse de la regla preferente de la custodia compartida, ha seguido adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada.

La sentencia hace referencia a la edad de la niña (nacida el 4 de enero de 2015), de la que su madre se habría encargado en mayor medida desde su nacimiento. Indica también que la madre trabaja como coordinadora de una tienda de ropa, con tres empleadas, en cuyo local existe una zona en la que puede atender puntualmente a la menor. En cuanto al domicilio del padre, se remite al auto de medidas provisionales que llegaba a la conclusión de que la mayor parte del tiempo residía en La Muela, y ocasionalmente en el piso de calle (...) de Zaragoza.

En los aspectos antes indicados (conciliación de la vida familiar y laboral de ambos, domicilio de él, edad de la menor y dedicación de los padres a la niña) el re-

currente realiza una comparativa entre su situación y la de la madre y destaca concretas circunstancias de hecho de las que concluye que no hay argumentos para no acceder a su petición de custodia compartida, pues su situación le permite atender a la niña incluso mejor que la madre en algunos aspectos (fundamentalmente el laboral de ella y su necesidad de acudir a cuidadoras).

La sentencia recurrida recoge en buena medida aspectos que ya fueron decisivos en el auto de medidas provisionales (edad de la niña, domicilio del padre y su ocupación laboral de 8 a 18 horas), así como el contenido del informe psicológico, y concluye la conveniencia de mantener la custodia individual de la madre «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 775 LEC, tal y como razona el juzgador de instancia...*», porque la sentencia del juzgado afirmaba la posibilidad de plantear una modificación de medidas dentro de un año, dado que la guarda y custodia compartida en Aragón es preferente, si se demuestra que el padre ha consolidado su vida laboral, se aclara el tema de la vivienda sin ambigüedades y las visitas son óptimas.

Ciertamente, puede resultar algo esquemática la justificación de la sentencia recurrida para considerar más beneficioso el mantenimiento de la atribución a la madre de la custodia individual de la niña pero, en la medida en que la sentencia se remite a las razones expuestas en la sentencia de instancia y en el anterior auto de 27 de diciembre de 2016, se produce una asunción de las mismas que no exige una motivación más extensa en la medida en que las circunstancias no hubieran cambiado de manera relevante. Los aspectos más concretos de esta motivación los concreta la sentencia en la corta edad de la niña, la falta de precisión del domicilio del padre que permita comprobar su adecuación al cuidado de su hija, así como la falta de



concreción de su disponibilidad laboral, y algunos aspectos destacados por el informe psicológico. Se trata, por lo demás, de elementos así tenidos en cuenta en el momento del dictado de la sentencia, próximo al de la sentencia de primera instancia y al del auto de medidas provisionales que, según afirman ambas sentencias, no prejuzgan la posibilidad de su revisión al amparo de lo previsto en el artículo 775 LEC.

El recurrente trata en su recurso, fundamentalmente, de contrastar sus posibilidades de atender a su hija con las de la madre, con la finalidad de acreditar que puede hacerlo en similares condiciones a las de ella, pero ello no supone que la valoración realizada por la sentencia de los criterios a tener en cuenta para atribuir la custodia individual, en las concretas circunstancias examinadas, resulte contraria a lo dispuesto en el artículo 80.2 del CDFA.

La sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente de la prueba practicada y tal valoración no puede ser revisada en casación salvo si la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2.008, 8 de julio de 2.009, 10 de septiembre de 2.009 y 19 de octubre de 2.009), lo que no sucede en el presente caso pues, atendiendo al momento en que han sido examinados los factores expuestos, se ha concluido que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para la menor.

Por ello los motivos del recurso de casación examinados deben ser rechazados.

**Cuarto.-** El recurso por infracción procesal, interpuesto en sus motivos segundo al octavo al amparo del artículo 469.2 LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto del artículo 218.2 LEC por falta de motivación de la sentencia respecto a la pensión de alimen-

tos y gastos de la menor, expone que el auto de medidas provisionales de 27 de diciembre de 2016 tuvo en cuenta, en cuanto a los datos patrimoniales de la madre, los correspondientes al ejercicio de 2015 dado que en el momento de la vista de dicho procedimiento no había concluido el ejercicio fiscal 2016. En tales fechas no pudo tener en cuenta el juzgado sus ingresos como empresaria continuadora del negocio de su madre. Respecto a los tres primeros trimestres de 2016 (de alta como autónoma desde el 1 de febrero de 2016) el sistema de módulos de la boutique no permitía conocer la verdadera rentabilidad del negocio por lo que el auto no podía apreciar diferencia de ingresos de los progenitores y señaló una pensión de alimentos a cargo del recurrente de 300 euros mensuales.

Sin embargo, frente a la lógica falta de información del auto de medidas en el momento de su dictado, contraponen el recurrente que la sentencia de primera instancia confirmó dicho auto sin otro razonamiento a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo desde la fecha del mismo (27 de diciembre de 2016). Se refiere a la prueba pericial aportada por el recurrente días antes de la celebración de la vista del juicio en marzo de 2017 y el escrito de la representación de D<sup>a</sup> P. de 14 de marzo de 2017 que, en relación con las cuentas ofrecidas por el citado informe, dio las suyas propias de las que resultaría una renta anual de 45.697 euros. Todo ello habría sido ignorado por las sentencias de primera instancia y de apelación, lo que constituye –a juicio del recurrente– manifiesta falta de motivación.

La sentencia de primera instancia resuelve lo relativo a la pensión de la hija diciendo:

«La pensión de alimentos de 300 euros al mes, con revalorización anual conforme al IPC se confirma. Los gastos extraordina-

rios necesarios serán al 50% cada progenitor, como también estableció el auto de medidas.»

La sentencia de apelación razona esta cuestión en los siguientes términos:

*«Cuarto.- Sobre la contribución a los gastos del menor la solicitud en el recurso (Suplico), al parecer va unida a la petición de custodia compartida, no obstante, la oposición a la Sentencia en las alegaciones previas (folio 460), parece va dirigida a la falta de motivación en cuanto a la fijación de la pensión por alimentos de 300€/mes, de cualquier manera, es obvio, que el Juzgado de instancia ratifica la cantidad acordada en el Auto de medidas de 27-12-2016, en el que se analiza minuciosamente la situación económica de ambos progenitores.*

Partiendo pues de la custodia de la menor a favor de la progenitora, sobre la situación económica del recurrente debe indicarse que en el año 2016, ha aportado nóminas por más de 1.400€/mes y en el ejercicio 2015 sus ingresos netos fueron de casi 22.000€, a los que cabría añadir unos ingresos anteriores por actividad agrícola de 23.962€, tributando al sistema de módulos con un rendimiento neto de 2.397,04€, es propietario de una vivienda en La Muela y vehículo del año 2001 y una motocicleta matriculada en el año 2006.

La recurrida consta de alta en la Seguridad Social como autónoma desde el 01-02-2016, sienta titular de la tienda de ropa abierta a principios del mismo año, es titular de una vivienda y plaza de garaje y vehículo matriculado en el año 2005, dispone de una tercera parte de otra vivienda en Zaragoza, ambos progenitores en la comparecencia de las medidas el 22-12-2016, admitieron que aportaban la cantidad de 300€ cada uno.

Por tales consideraciones, procede mantener (Art.º 82 Código de Derecho Foral de Aragón), la cantidad fijada como pensión a cargo del progenitor no custo-

dio y la contribución a los gastos en la proporción declarada en la Sentencia apelada.»

A la vista de ambas sentencias, no cabe duda de que la de primera instancia se limita a confirmar, sin razonamiento alguno, lo resuelto en el auto de medidas provisionales a pesar de que, tras el señalamiento del juicio para el 16 de marzo de 2017 (Decreto de 19 de diciembre de 2016, folio 142), la providencia de 17 de enero de 2017 (folio 154) había acordado, para práctica de la prueba documental anticipada solicitada por la representación de D. E., requerir a Dª P. para que aportara facturas recibidas de la anualidad de 2016 y sumatorio diario de los tickets de caja de la tienda relativos a la anualidad de 2016. Contestó la representación de Dª P. (folio 157) que no estaba obligada a llevar libro de ingresos y gastos por seguir el método de estimación objetiva y, a instancia de la otra parte, la providencia de 6 de febrero de 2017 (folio 171) acordó reiterar el requerimiento que, ante su incumplimiento, fue de nuevo reiterado en providencia de 28 de febrero de 2017 (folio 206). La providencia de 8 de marzo de 2017 (folio 234) reiteró nuevamente el requerimiento mientras la representación de D. E. había aportado el 7 de marzo de 2017 (folio 246) informe del economista D. César Lorente Martínez sobre el resultado de la actividad de comercio minorista de textil de ropa de Dª P.r, quien, finalmente, aportó los datos requeridos. La representación de D. E., a la vista de la documentación aportada, hizo respecto a la misma sus propios cálculos y solicitó que la otra parte manifestara su conformidad o disconformidad con los mismos para facilitar la valoración de la prueba. En contestación a lo anterior la representación de Dª P. presentó escrito de 14 de marzo de 2017 (folios 285 y 286) haciendo sus propios cálculos *«a tenor de la documentación presentada así como el resultado económico efectuado de adverso»* con el si-

guiente resumen: «*Total ingresos, descontado a proveedores y los gastos supone una renta anual de 45.697€.*»

En su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia la representación de D. E. dedicó un primer apartado a la decisión adoptada sobre la guarda y custodia de la hija y un segundo a la pensión de alimentos de la misma (folios 492 a 506), con una primera alegación de falta de motivación de la sentencia de primera instancia sobre este punto, mediante cita específica de los artículos 218.2 y 792 LEC, por falta de valoración de la capacidad económica de D<sup>a</sup> P. resultante de su actividad como titular de la tienda de ropa.

La sentencia recurrida da cuenta en el fundamento cuarto transcrito anteriormente de que la oposición (apelación) de D. E. alegaba falta de motivación respecto a la pensión de alimentos, resultándole «*obvio que el Juzgado de instancia ratifica la cantidad acordada en el Auto de medidas de 27-12-2016, en el que se analiza minuciosamente la situación económica de ambos progenitores.*». Falta cualquier referencia a la extensa exposición del recurso de apelación sobre la falta de motivación, que justificaba el recurrente en la omisión de valoración de la prueba practicada antes de la celebración del juicio.

En el segundo párrafo del fundamento cuarto la sentencia de apelación resume la situación económica del recurrente (que no había sido cuestionada), según sus nóminas y unos ingresos anteriores por actividad agrícola. En cuanto a la situación económica de D<sup>a</sup> P.:

«La recurrida consta de alta en la Seguridad Social como autónoma desde el 01-02-2016, sienta titular de la tienda de ropa abierta a principios del mismo año, es titular de una vivienda y plaza de garaje y vehículo matriculado en el año 2005, dispone de una tercera parte de otra vivienda en

Zaragoza, ambos progenitores en la comparecencia de las medidas el 22-12-2016, admitieron que aportaban la cantidad de 300€ cada uno.»

La constancia de meros datos fácticos como su condición de autónoma desde 1-2-2016, la titularidad de la tienda de ropa desde principio de ese año, la titularidad de una vivienda, plaza de garaje y vehículo, y de una tercera parte de otra vivienda, no aporta, por sí sola, valoración de sus recursos económicos, a diferencia de los descritos de D. E., fundamentalmente sus ingresos por rendimientos de trabajo.

Esta falta de valoración sobre los recursos de D<sup>a</sup> P. resulta más llamativa si se tiene en cuenta, como se ha visto, el contenido del recurso de apelación con la concreta y amplia alegación sobre la falta de motivación de la sentencia de primera instancia. Falta de motivación que no se remedia con la afirmación de que dicha sentencia ratificaba el auto de medidas provisionales, pues esto era evidente y el recurrente había valorado positivamente la minuciosidad de dicho auto con los datos de los que entonces se disponía pero, precisamente, achacaba la falta de motivación a que nada había añadido la sentencia a pesar de contar ya con el resultado de la prueba practicada.

Y la falta de motivación tampoco se resuelve en la sentencia de apelación mediante la repetición de los datos económicos de D. E., de los que sí se desprende su capacidad económica para contribuir a los gastos de su hija, y por la mera descripción de datos de D<sup>a</sup> P., sin valoración de su capacidad económica.

Expresa reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia n<sup>o</sup> 441/2017, de 13 de julio), que la motivación cumple una doble finalidad, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada haciendo explícito que

responde a una determinada interpretación del derecho, y la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos y evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión.

Sobre la necesidad de adecuación de la motivación a la naturaleza del caso y a las circunstancias concurrentes, dice la STS 1ª n° 792/2013, de 20 de diciembre:

«En efecto, si la motivación supone la exigencia de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (razón decisoria) (SSTC, entre otras, 119/2003, de 16 de junio; 75/2005, de 4 de abril; 60/2008, de 26 de mayo), se produce infracción –carencia total–, o cuando es completamente insuficiente, y también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico. La exteriorización de las razones en las que se basa la decisión judicial, además de coherente, ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes. El juicio de suficiencia hay que realizarlo (SSTC, entre otras, 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS 9 de marzo de 2010, RC núm. 2460/2005). La motivación de la sentencia no tiene como finalidad ineludible la de persuadir a la parte condenada de la falta de fundamento de su oposición, por lo que no debe confundirse la

discrepancia con los razonamientos de la sentencia con la falta de expresión de los mismos (STS de 31 de enero de 2007, RC núm. 937/2000).»

En el caso que enjuicamos la sentencia recurrida no habría atendido, como exige la STS n° 792/2013 mencionada, al conjunto de actuaciones y decisiones que conformaron el debate procesal, con valoración de las circunstancias concurrentes, tanto las presentes, expresa o implícitamente en la resolución recurrida, como las que, no estándolo, constan en el proceso. En efecto, la total omisión en ambas sentencias de valoración de una prueba admitida y practicada en primera instancia, más la falta de respuesta en el recurso de apelación, precisamente a dicha omisión de valoración en primera instancia, provocan, por falta de exteriorización de las razones en que se basa la decisión judicial, la infracción del artículo 218.2 LEC en relación con el 209.2ª (necesidad de consignar en la sentencia los hechos alegados oportunamente y las pruebas propuestas y practicadas).

Sobre la necesidad de adecuar la motivación a la naturaleza del caso y a las circunstancias concurrentes, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones, explica la STS 1ª, n° 577/2014, de 21 de octubre:

*«Una de las exigencias que contiene el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las sentencias, constituyendo requisito procesal de ellas y no dirigida a garantizar el acierto de las mismas, es la necesidad de motivación de aquellas; de forma que se dé una respuesta a las partes ajustada a lo debatido en el proceso, explicando el sentido de la resolución, debiendo llamar la atención que, en ocasiones, se suele alegar falta de motivación cuando en realidad ésta existe pero no es aceptada por la parte que se ve perjudicada.»*

En el presente caso la parte recurrente no alega error en la valoración en la prueba porque lo que denuncia es omisión en su valoración, que constituye un deber jurisdiccional que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dice la STS 1ª, nº 672/2010, de 26 de octubre:

*«La motivación de la resolución no tiene nada que ver con el acierto o desacierto de la argumentación y hay que distinguir en relación con la valoración probatoria la falta de motivación o la motivación insuficiente, que se sitúa en el requisito procesal y exigencia constitucional de la motivación, del error en la valoración de la prueba que es un tema ajeno a la motivación (SSTS 9 de marzo de 2010, RC núm. 2460/2005 y 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005).»*

La motivación insuficiente, por falta de valoración de pruebas practicadas, no permite considerar la existencia de error en la valoración de la prueba, que exigiría identificar el error y acreditarlo como tal con base en pruebas obrantes en autos que demostraran su arbitrariedad o irracionalidad. Lo que resulta imposible si las pruebas no han sido valoradas.

Insiste la STS 1ª, nº 362/2014, de 25 de junio, como exigencia del deber de motivar, en la necesidad de valorar las pruebas practicadas pertinentes:

*«En concreto, además de pruebas documentales, se practicaron dos pruebas periciales cuyo objeto en buena parte versó sobre esta cuestión, practicada cada una de ellas a instancia de demandantes y demandada, respectivamente. Ninguna referencia concreta a estas pruebas, ninguna valoración de las mismas, se hace en la sentencia de la audiencia. Tampoco puede entenderse que el tribunal de apelación haya motivado por remisión, aceptando la valoración hecha en la sentencia de primera instancia, no solo por la declaración general del primer fundamento en que la audiencia manifestaba no aceptar los razonamientos jurídicos de la resolu-*

*ción recurrida, que serían reemplazados por los expuestos en la sentencia de apelación, sino además porque la sentencia de primera instancia no llegó a analizar esta cuestión...».*

Podría entenderse que en nuestro caso se ha producido una motivación por remisión, pero tal remisión se referiría al auto de medidas provisionales en el que no pudieron ser tenidos en cuenta los datos relativos a los recursos económicos de Dª P. por su actividad empresarial, que específicamente fueron objeto de prueba no valorada por ninguna de las sentencias. Al respecto dice la STS 1ª, nº 616/2014, de 18 de noviembre, que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 174/87, 24/96 y 115/96) que no están faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano *a quo*, cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito. En nuestro caso no se da tal circunstancia pues las remisiones de ambas sentencias se entenderían hechas al auto de medidas provisionales que, como se ha dicho, no pudo valorar las circunstancias económicas de Dª P.

La antes citada STS nº 362/2014, de 25 de junio, continúa diciendo:

*«Y con base en ello, la sentencia ha de fijar las premisas fácticas que resultan de la valoración de la prueba, sobre las cuales aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas derivadas de la normativa aplicable, o, caso de que se considere que las pruebas son insuficientes o inconcluyentes, aplicar las reglas de la carga de la prueba.»*

(...)

*No se está denunciando, como alegan los recurridos, una incorrecta valoración de la prueba, que solo sería denunciable en caso de error patente o arbitrariedad por el cauce del apartado 4º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino la falta de motivación sobre la valoración de la prueba y sobre la fijación de los hechos que constituyen el sustrato*

*fáctico sobre el que aplicar el Derecho, que es denunciable por el cauce del apartado 2º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

A la vista de cuanto llevamos expuesto, considera esta Sala que concurre en la sentencia recurrida la alegada falta de motivación en relación con el aspecto concreto de los recursos económicos de la madre, no valorados a pesar de la prueba practicada al respecto en la primera instancia.

Pero debe enjuiciarse ahora si, teniendo en cuenta que ha sido ratificado como debidamente justificado en aquel momento el régimen de custodia individual materna, resultaba imprescindible la valoración precisa de los recursos económicos de la madre.

Ciertamente, el artículo 82 CDFA, tras establecer en su apartado 1 las reglas generales de contribución proporcional de los progenitores con sus recursos, tras la ruptura, a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos, y en el 2 la contribución proporcional a los gastos ordinarios, en el apartado 3 dispone que el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y que puede fijar un pago periódico entre ellos.

Así, en los casos de custodia compartida cada progenitor se hace cargo de los gastos de asistencia de los hijos en los períodos que los tiene en su compañía (fundamentalmente, manutención, alojamiento y sus pequeños gastos), señalándose además la contribución de cada uno a los gastos ordinarios, que se generan por períodos más amplios que los correspondientes a la estancia con cada progenitor (realización compartida de los gastos ordinarios), que se fijarán, sobre la base de las necesidades de los hijos, proporcionalmente a los recursos de cada uno.

En los casos de custodia individual, el custodio tiene a los hijos a su cargo en su casa y, si se ocupa (así sucederá más habitualmente) de la gestión de los gastos para atención de sus necesidades (realización separada de los gastos ordinarios), se fijará a cargo del no custodio una pensión (pago periódico del artículo 82.3). Para el cálculo de esta pensión lo determinante—sobre las bases de las necesidades del hijo— serán los recursos del obligado al pago de la pensión y no los del custodio, que atenderá al hijo con todos los suyos, sean los que sean.

En este caso, la pensión de 300 euros mensuales a cargo del padre se fijó ya en el auto de medidas provisionales con base, fundamentalmente, en sus ingresos, dado que, además, resultaba difícil el cálculo de los de la madre. El recurrente no puso objeción en cuanto a la proporción sobre sus propias disponibilidades y, de hecho, era la misma cantidad que la que aportaba durante la convivencia con la madre, además de la contribución que hiciera a los gastos de la pareja.

Por ello, la proporción con los recursos de ambos progenitores tiene mayor significado en la custodia compartida para contribución a los gastos ordinarios, una vez que cada uno satisface los gastos asociados a los tiempos de guarda que le corresponden. En su recurso el padre pide en el suplico la atribución de la custodia compartida y *contribución a gastos* de la menor de 100 euros frente a 300 de la madre, no de pensión a su cargo conforme a sus posibilidades.

En definitiva, la pensión asignada al padre se ajustó a sus recursos teniendo en cuenta el régimen de custodia individual, y el estudio de los ingresos reales de cada progenitor no tiene, en este caso, la relevancia necesaria para incidir en la misma por lo que no justificaría la estimación del recurso por infracción procesal que, en consecuencia, se desestima.

**Quinto.-** El motivo noveno del recurso de infracción procesal incide de nuevo en la falta de motivación de la sentencia recurrida, a lo que ya se ha dado respuesta, a pesar de que con la misma argumentación se cita también conjuntamente el amparo del artículo 469.1.3º LEC (infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso), y del artículo 469.4º (vulneración de derechos fundamentales), en los que no tiene encaje la falta de motivación de las sentencias.

**Sexto.-** El motivo de casación sexto, por vulneración del artículo 82 del CDFa parte de que el pronunciamiento relativo a la pensión de alimentos *«presenta una total y absoluta falta de motivación en las sentencias»*.

Este motivo del recurso de casación incide extensamente, de forma más propia de un motivo de infracción procesal, en lo que a su juicio resultaría de la prueba no tenida en cuenta, y concluye que con el resultado de 45.697 euros anuales de renta anual de la madre, a ella correspondería aportar 300 euros y a él 100 euros, y lo hace tanto para el caso de custodia individual como al de compartida, sin otro razonamiento. Pero con esas sumas ni siquiera se cubrirían las cantidades que aportaban durante la convivencia para atender los gastos de asistencia de la niña que, según su declaración, era de 300 euros cada uno de ellos.

Como se ha expuesto, se ha apreciado falta de motivación respecto a los ingresos de la madre, no así en los del padre, sobre los que nada se ha objetado. Por ello, hemos concluido que dicha falta de motivación no ha resultado relevante hasta el punto de llevar a la estimación de la infracción procesal dado que, al aplicarse a un supuesto en el que se ha acordado la custodia individual de la menor a favor de la madre con gestión separada de los gastos ordinarios, el señalamiento de la pensión a

cargo del padre se ha basado en los ingresos de éste, y respecto a ellos la cantidad señalada de 300 euros mensuales resulta adecuada. Aunque se llegara a la conclusión de que los ingresos de la madre son los que resultarían de la prueba pericial practicada en primera instancia y de la propia apreciación de la representación de la madre (su escrito de 14 de marzo de 2017), la pensión a cargo del padre no tendría necesariamente que disminuir pues no resulta desproporcionada respecto a sus ingresos, y los de la madre serán utilizados por ella para la atención de la hija bajo su custodia.

En conclusión, este motivo debe ser desestimado.

**Séptimo.-** En cuanto a costas, dadas las dudas de hecho y de derecho derivadas, esencialmente, de lo relativo a la motivación de la sentencia recurrida, resulta oportuno hacer uso de la facultad prevista en el artículo 394.1 en relación con el artículo 398.1 LEC, y no hacer expresa imposición de costas.

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

#### FALLAMOS

1.- Declarar no haber lugar al recurso de casación y de infracción procesal interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Olvido Latorre Mozota en nombre y representación de D. E. A. L., contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2017 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos.

2.- No hacer imposición de las costas del recurso.

3.- Dar al depósito constituido por el recurrente el destino legal.

Contra esta sentencia no cabe recurso 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.

31

### NÚM. 31

S. TSJA 8/2018 de 7 de marzo de 2018

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Valoración errónea de la prueba:** *Primero se rechaza que sea motivo de inadmisión del recurso de casación el incumplimiento del requisito de acompañar al escrito de interposición la certificación de la sentencia recurrida (art. 5481 y 483.2 Lec.), y así lo ha indicado el TS en AA de 21 enero 2003 o 17 noviembre 2009. En el recurso de infracción procesal por errónea valoración de la prueba, es una cuestión nueva que no puede invocarse ahora en casación la desidia de la demandada en la búsqueda de empleo. Se recuerda la doctrina jurisprudencial sobre el error en la valoración de la prueba, recogida en sentencias como la 2/2017, que exige para su éxito error manifiesto y palmario, rayano con una valoración absolutamente irrazonable y arbitraria de la prueba que implique una denegación de la tutela judicial efectiva y que ha de ser puesta de manifiesto por el recurrente, lo que no ha sucedido en el presente caso.*

**6437: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: MANTENIMIENTO:** *Falta de alteración sustancial de las circunstancias: Es doctrina de esta Sala que la asignación compensatoria no tiene por*

*misión constituirse en una garantía vitalicia a favor del cónyuge desfavorecido por la crisis matrimonial, y que su mantenimiento depende de que no ocurra una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en consideración al tiempo en que fue fijada, pero nada de lo decidido en la instancia se opone a tal doctrina. El recurrente ha logrado acreditar una merma en sus ingresos, pero no ha evidenciado el preciso alcance de ésta, y la carga de la prueba de este hecho recae sobre él, de modo que no puede estimarse su petición de extinción y sólo se concede una reducción de la asignación. Por otro lado, por falta de alegación en la instancia, tampoco es posible valorar la desidia en la búsqueda de empleo de la beneficiaria; y la mayor liquidez de que dispone ésta por la liquidación del patrimonio consorcial no supone un incremento para ninguno de los esposos, pues los bienes asignados a cada uno de ellos ya les pertenecían en el tiempo anterior a la liquidación, si bien fuera indiferenciadamente (STS 182/2014).*

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** D. F. J. recurre por motivo de infracción procesal y de casación la sentencia que rechazó la apelación contra la de primera instancia que estimó en parte su pretensión de que fuera extinguida la asignación compensatoria fijada por importe de 1.100 € mensuales –que a la fecha de la demanda ascendía a 1.262,51 €– a favor de la recurrida, D<sup>a</sup> M. J., en la sentencia de divorcio de fecha 8 de junio de 2007 dictada en autos n<sup>o</sup> 281/2007, y que fue mantenida en la posterior sentencia de 9 de abril de 2012, dictada en procedimiento de modificación de medidas.



La pretensión de modificación de asignación compensatoria se fundaba en la alteración de las siguientes circunstancias, que se ocupa de identificar la sentencia de primera instancia:

1) Empeoramiento de la situación económica del actor.

2) Mejora de la situación económica de la demandada.

3) Que el actor tiene que hacer frente a la totalidad de los gastos de los hijos y al pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

La sentencia de primer grado entiende que no ha habido alteración en la capacidad económica de la esposa, y que, si bien ha sido acreditada una merma de los ingresos de D. F. J., no lo ha sido el alcance preciso de tal disminución, por lo que redujo la asignación en disputa a 700€ mensuales. Llama la atención del juez de primer grado que la demandada *no haya accedido al mercado* laboral, y que pese ello, la pretensión del actor *solo va en la línea de la situación económica de los litigantes*. Igualmente se ocupa el juez en su sentencia de resaltar que *la liquidez que tiene ahora D<sup>a</sup> M. J. es fruto de la realización de un inmueble consorcial en 2013, con lo que no se puede valorar esta circunstancia como nueva*.

La sentencia de apelación ahora recurrida confirma la de primera instancia con los mismos argumentos, en tanto que se centra el valorar exclusivamente la variación en la situación económica de los litigantes, y concluye que el actor tan solo ha acreditado una merma no cuantificada de sus ingresos, y que la situación de la demandada no ha variado.

El recurrente interpone su recurso por un motivo de infracción procesal y por otro motivo de casación.

**Segundo.**- Afirma la recurrida, al amparo del art. 485 LEC, que concurre motivo de inadmisión porque el recurrente no acompañó a su escrito de interposición la certificación de la sentencia recurrida, como exige el art. 481 LEC, lo que supone causa de inadmisión de acuerdo con el art. 479.2 LEC [leemos 483.2 LEC], pues supone incumplimiento de los requisitos legales a que está sujeto el recurso de casación.

Pues bien, conforme a un constante criterio jurisprudencial, el incumplimiento del requisito de que se trata, al igual que ocurre con el texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional (STS n° 351/2015), no tiene entidad suficiente para dar lugar a la inadmisión de un recurso de casación, y así lo han indicado los AATS de 21 de enero de 2003, rec 1035/2002, o de 17 de noviembre de 2009, rec 345/2009, el último de los cuales señala:

«De otro lado, en relación con la segunda de las cuestiones apuntadas –si el cumplimiento del requisito que se examina puede ser objeto de subsanación o por el contrario constituye un presupuesto de la preparación insubsanable, con independencia de cuál sea la fase del recurso en la que se examine su incumplimiento– debe comenzarse analizando la finalidad de dicho requisito en orden a la tramitación y resolución del recurso, a fin de determinar la trascendencia de su incumplimiento; a tal efecto, el precepto –apartado 2 del art. 481 LEC 2000– ha de interpretarse de una manera sistemática y con un criterio finalista, atendiendo a su ratio, so pena de convertir la exigencia en un formalismo enervante del derecho a la tutela judicial efectiva, en su acepción más concreta del derecho a los recursos; y así no podemos olvidar que el requisito de la aportación de la certificación de la sentencia impugnada, junto al escrito interponiendo el recurso de casación, sólo se entiende en el sistema

definitivo de recursos extraordinarios, aun no aplicable, diseñado en el articulado de la nueva Ley de Enjuiciamiento, pero no tanto con el sistema transitorio de la Disposición final decimosexta de la LEC 2000, ahora vigente, ya que sólo cuando sea posible en el régimen del articulado que distintos litigantes preparen, unos, recurso de casación y, otros, recurso extraordinario por infracción procesal contra una misma sentencia, y que habrán de tramitarse según lo previsto en el artículo 488 LEC 2000, puede entenderse que resultará necesaria la aportación de la tan reiterada certificación de la Sentencia impugnada con el escrito de interposición del recurso de casación, habida cuenta de que si se interpone por otro de los litigantes recurso extraordinario por infracción procesal, la tramitación de recurso de casación ha de seguirse ante un Tribunal distinto del competente para la sustanciación y decisión del recurso extraordinario por infracción procesal; lo que nunca puede ocurrir en el régimen provisional de la Disposición Final decimosexta, de manera tal que, cualesquiera que sean los recursos que se han tenido por preparados, las actuaciones han de remitirse necesariamente a esta Sala (o al Tribunal Superior de Justicia correspondiente en su caso, según la Disp. fin. decimosexta 1, regla 1ª), actuaciones en las que, obviamente, consta el testimonio de la sentencia impugnada unido, como procede, al rollo de apelación; por tanto debemos concluir que el incumplimiento de este requisito, al menos bajo la vigencia del sistema transitorio de recursos extraordinarios de la LEC, no tiene la entidad suficiente como para impedir la tramitación del recurso, de manera que, de advertirse su incumplimiento, ha de estimarse posible su subsanación, en el sentido que el art. 231 de la LEC 2000 prevé para la subsanación de los defectos en que incurran las actuaciones procesales de parte.»

Aunque ello no fuera así, el rechazo de este motivo de inadmisión se impondría igualmente, dado que el recurrente ha aportado la certificación de mención con el escrito que presentó ante la Audiencia el día 29 de noviembre de 2017.

**Tercero.-** Recurso por motivo de infracción procesal.

Al amparo del art. 469.1.4º LEC el recurrente sostiene que la sala ha incurrido en una errónea valoración de la prueba practicada por *no haber tenido en cuenta varios hechos que han resultado probados y son fundamentales para determinar la extinción de la pensión compensatoria.*

El primero de los hechos que según el actor han resultado probados y no tenidos en cuenta en la instancia es que desde el año 2011 se ocupa de todo lo concerniente a sus hijos, pues le fue confiada su guarda y custodia en el procedimiento de modificación de medidas que antecedió al presente, que la demandada ha tenido 10 años para poder incorporarse al mercado laboral, y que no ha hecho esfuerzo alguno al respecto pese que tenía 43 años al tiempo del divorcio y que tiene formación como licenciada en económicas, por lo que su situación se debe a una *decisión propia de no trabajar.*

El segundo de los hechos a que se refiere el recurrente en este primer motivo por infracción procesal insiste en que su situación ha empeorado drásticamente desde el momento del divorcio.

En relación con lo primero, ya señaló el juzgador de primer grado que la falta de diligencia o interés de la actora en la búsqueda de trabajo no fue aducida en la demanda en apoyo de su pretensión de extinción de la asignación compensatoria, por lo que no la tuvo en cuenta en su decisión, como tampoco la tuvo en cuenta la Sala al resolver la apelación, con todo acierto en tanto que implicaba una alteración de los

términos del debate en primera instancia prohibida por la interdicción de la *mutatio* (art. 412 LEC, art. 456 LEC), de plena vigencia en los procesos matrimoniales en cuanto se trata de materias sobre que las partes pueden disponer libremente (art. 751.4 LEC y 752.3 LEC), como es la asignación compensatoria, según una ya consolidada interpretación jurisprudencial (SSTS 795/1987, 533/2012, 680/2014...). En consecuencia, tampoco la desidia de la demandada en la búsqueda de empleo puede ser invocada ahora en casación como razón para que sea acordada la extinción de la asignación compensatoria, por ser ello una cuestión nueva que altera los términos del debate habido en la instancia (STS 182/2014, y S de esta Sala nº 6/2017).

Tampoco puede tenerse en cuenta al efecto que el actor tenga atribuida la custodia de sus hijos, ni que soporte sus gastos o el pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la vivienda familiar, pues nada de ello implica una novedad en relación con la situación existente cuando se dictó la sentencia de 9 de abril de 2012 que puso término al precedente proceso de modificación de medidas.

En cualquier caso, ninguno de los elementos a que el recurrente hace referencia en este primer apartado de su motivo por infracción procesal es un supuesto de error en la valoración de la prueba. Los hechos en cuanto tales, en cuanto juicio de hecho o relato fáctico, no han sido objeto de disputa. Lo que pretende es que se les atribuya la virtualidad de provocar la consecuencia jurídica de la extinción de la asignación compensatoria que persigue, y ello se halla extramuros del recurso por infracción procesal.

**Cuarto.-** El segundo de los hechos sobre los que el actor articula la infracción procesal gravita sobre si en efecto ha tenido o no una merma de sus ingresos de

la entidad que sostiene en la demanda y que niegan las sentencias de ambas instancias, y si la demandada ha mejorado su posición.

Antes de entrar en el concreto examen del motivo, conviene recordar la doctrina jurisprudencial sobre el motivo de infracción procesal por error en la valoración de la prueba que se trata, que recogimos en sentencias como la S 2/2017 dictada en el RC nº 53/2016:

«La doctrina jurisprudencial ha señalado reiteradamente que el órgano de casación no es una tercera instancia a la que pueda ser sometida libremente la revisión de la valoración de la prueba realizada en la instancia, sino que tan solo puede serlo cuando afecte al derecho de la tutela judicial efectiva amparado en el art. 24 CE por haber sido realizada arbitrariamente o sea contraria a las más elementales reglas de la lógica. Tal doctrina ha sido recogida con detalle en nuestra Sentencia nº 26/2016, en la que decíamos:

«Una abundante doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4º LEC. Así, en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2015 (Rc. 803/2014), con referencia a otras anteriores, se dice:

«Como recoge la sentencia de 23 marzo 2011, Rc. 2311/2006, las reglas y principios que deben observarse en 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, pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando por ser la valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera

el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.

A salvo este supuesto, la valoración de la prueba es función de la instancia (27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, STS 28 de noviembre de 2008, Rc. 1789/03). Si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, no es posible tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer (SSTS de 9 de mayo de 2007, Rc. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005), lo que convertiría el recurso en una tercera instancia contraria a su naturaleza y función (STS de 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005)».

En el presente caso, ni se afirma, ni menos se evidencia, una valoración que merezca la calificación que permite su revisión, sino que tan solo se pretende hacer valer la valoración probatoria que sostiene la parte recurrente frente a la realizada por la audiencia.».

Pues bien, la sentencia de primer grado afirma al efecto que:

«El actor ha incidido inicialmente en sus ingresos del trabajo para respaldar su petición. En autos de divorcio se tuvo en cuenta esencialmente que éstos eran importantes y venían respaldados por la participación de D. F. J. participaba en diversas empresas familiares.

El conjunto de la prueba practicada ha venido a acreditar una acumulación importante de resultados negativos en la empresa C. M., esencial en los ingresos del

actor en su día. Hay que considerar, por tanto, que la solvencia del actor no es la misma que la que existía al fijar la pensión compensatoria y que ello se funda en datos objetivos.

Sin embargo, no se dan las circunstancias necesarias para extinguir la pensión. Ello exigía aportar a autos una prueba (artículo 217.2 LEC), que analizara en profundidad las empresas en las que participa D. F. J. y certificar que las mismas se encuentran en tal situación que el actor se ve imposibilitado de hacer frente a una pensión compensatoria, que ha desaparecido en definitiva el desequilibrio. Por ejemplo, las reservas de C. O. y C. M. no se han visto reducidas desde el divorcio.

La demandada, llama la atención, no ha accedido al mercado laboral (documento 2 de la contestación). Sin embargo, la pretensión del actor sólo va en la línea de la situación económica de los litigantes. La liquidez que tiene ahora Dña. M. J. es fruto de la realización de un inmueble consorcial en 2013, con lo que no se puede valorar esta circunstancia como nueva.

En consecuencia, se va a reducir la pensión desde esta fecha. Se fija el nuevo importe en 700 euros mensuales.»

Por su parte la AP señala al respecto que:

«Sobre la situación actual, esta se analiza en la Sentencia recurrida aportando datos desde el año 2013, incluyendo la aportación de prueba pericial de parte (art. 348 LEC), ciertamente puede considerarse acreditada una merma en las posibilidades económicas del actor, tal como razona el Juzgador de instancia, no obstante tal como el mismo indica, tampoco se constata cuál es la situación de las empresas, al margen de la empresa C. M., S.L., en las que participa el demandante, las reservas de las entidades C. O., SA y la aludida C. M., S.L., siguen siendo relevantes, por lo

expuesto lo razonable, tal como establece la Sentencia apelada, es una reducción ponderada de la pensión fijada en su momento atendiendo a las circunstancias actuales por cuanto no está acreditada una imposibilidad absoluta para hacer frente a la pensión, la prueba aportada en este apartado no es concluyente, ni tampoco las circunstancias económicas del actor son las mismas que se tuvieron en cuenta con anterioridad, habiendo reducido sus ingresos al acumular pérdidas en alguna de sus empresas.

En cuanto a la situación de la demandada viene a ser la misma que entonces, no pudiéndose tener en consideración en la actualidad lo obtenido en su momento en la liquidación del consorcio.»

Y el recurrente se limita a decir en su recurso que:

«La situación económica del recurrente ha empeorado drásticamente desde el momento del divorcio. Al igual que la Sra. B., consta acreditado que está gastando el dinero de la venta de un inmueble que fue común y recibe préstamos de su familia para poder seguir adelante. La empresa de la que obtenía ingresos, C. M., en la que tenía una participación del 30%, ya ha sido liquidada pasando por fase de concurso de acreedores, debido a la desastrosa situación económica. Respecto a otras empresas, estén en la situación que estén, y tengan las reservas que tengan, mi representado solo tiene un 5% en C. O. (y mucho menos porcentaje en otras, en las que participa de manera pequeñísima a través de este 5% de O.). Con esta participación, no puede disponer de nada, habiendo acreditado documentalmente que no le han repartido beneficios hace años en ninguna de ellas y que no cobra ninguna cantidad de dinero por ningún otro concepto».

Como dijimos, el motivo de infracción procesal en que se asienta el recurso exige para su éxito error manifiesto y palmario, rayano con una valoración absolutamente irrazonable y arbitraria de la prueba que implique una denegación de la tutela judicial efectiva y que ha de ser puesta de manifiesto por el recurrente, lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que tan solo se pretende que la Sala, en el conocimiento de este restringido mecanismo de revisión de la valoración de la prueba, lleve a cabo una completa y nueva valoración de la prueba, por lo que también aquí el motivo merece ser rechazado.

#### **Quinto.-** Recurso por motivo de casación.

El único motivo de casación interpuesto con apoyo en el art. 477.3 LEC afirma que la sentencia recurrida infringe el apartado 2ª del art. 83.5 CDFa.

Sostiene el recurrente que la Audiencia ha infringido la doctrina sentada en nuestras SS de 1 de febrero de 2016 (RC 53/2015, S 3/2016) y 8 de octubre de 2015 (RC 24/2015, S 29/2015) por no haber dado lugar a la extinción de la asignación compensatoria y acoger solo tal pretensión en parte mediante una reducción de la misma en atención a la alteración de circunstancias que considera acreditadas.

Pues bien, es cierto que, como sostiene el recurrente, es doctrina de esta Sala que la asignación compensatoria no tiene por misión constituirse en una garantía vitalicia a favor del cónyuge desfavorecido por la crisis matrimonial, y que su mantenimiento depende de que no ocurra una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en consideración al tiempo en que fue fijada, pero nada de lo decidido en la instancia se opone a tal doctrina.

En efecto, el hecho de que hay que partir tal y como ha quedado fijado en la instancia es que el recurrente ha logrado acreditar una merma en sus ingresos, pero

que sin embargo no ha evidenciado el preciso alcance de esta. Así las cosas es de aplicar el criterio que hemos sostenido entre otras en la S 22/2014 (RC 17/2014), en la que señalamos que:

«Partiendo de la realidad de la existencia de incertidumbre sobre la real situación económica del recurrente y de que, como ya se apuntó, recae sobre el propio actor la carga de aportación de hechos y prueba que permitiría entender que es insolvente, no cabe estimar, como se pretende, que pueda reputarse excesiva, por infractora de la proporcionalidad, la pensión fijada a favor de cada uno de los hijos.»

De otro lado, y por lo que se refiere al parámetro de la posición económica de D<sup>a</sup> M. J., ya hemos dicho que no es posible valorar la desidia en la búsqueda de empleo que le atribuye el recurrente; y la mayor liquidez de que dispone en razón de la venta en 2013 de un inmueble en Formigal que perteneció a la sociedad conyugal no implica una mejor posición económica, pues la liquidación del patrimonio consorcial no supone un incremento para ninguno de los esposos, pues los bienes asignados a cada uno de ellos ya les pertenecían en el tiempo anterior a la liquidación, si bien fuera indiferenciadamente (STS 182/2014).

**Sexto.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC en relación con el art. 394 LEC. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

1. Desestimar el recurso por motivo de infracción procesal y por motivo de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provin-

cial de Zaragoza en el Rollo de Apelación n<sup>o</sup> 452/2017.

2. Imponer las costas causadas en el recurso a quien lo ha hecho valer.

3. Decretar 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.

#### NÚM. 32

*S. TSJA 9/2018 de 17 de marzo de 2018*

**61: FAMILIA EN GENERAL: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO HABIENDO HIJOS: Aplicación del Código civil: Se rechazan los motivos por infracción procesal (error en la valoración de la prueba y falta de motivación de la sentencia). El motivo de casación único entiende que la sentencia recurrida ha infringido el art. 79.5 CDFa al considerar que existe modificación de las circunstancias valoradas por la sentencia de divorcio en 2010 al atribuir a cada cónyuge el uso de uno de los dos pisos propiedad de ambos «hasta que se procediera a la liquidación del patrimonio que ambos tuvieran en común». Pero, como cuando el divorcio de los litigantes tiene lugar en el año 2010 las hijas de ambos eran totalmente independientes de ellos, la legislación a tener en cuenta, en lugar de la aragonesa, era, y es ahora, la recogida en el Código civil (arts. 90 a 101, en concreto el art. 91), que no cabe considerar infringidos porque no han sido aplicados por la sentencia recurrida. Pero la decisión de la cuestión no hubiera variado aunque se hubiera aplicado el Código civil porque la regulación de los arts. 79.5 CDFa y 91 Cc. es análoga.**

**MODIFICACIÓN: Concurrencia de causas o circunstancias relevantes:** *La regulación del CDFA y del Código civil es análoga: el art. 79.5 CDFA considera que el cambio de las circunstancias se tendrá en cuenta cuando sea motivado por concurrir causas o circunstancias relevantes, mientras que el art. 91 in fine del Cc. permite la modificación de las medidas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. La voluntad obstativa de la demandada a la práctica de la liquidación del patrimonio común que ella misma había acordado hacer es una circunstancia nueva o sobrevenida, de tal relevancia como para haber impedido efectivamente que pueda llevarse a término tanto la liquidación pactada como el efecto secundario a su práctica, de cesar en el uso del inmueble que le fue atribuido. Por tanto, si es circunstancia sobrevenida y si es sustancial, además de relevante, por lo que justifica la modificación de la decisión judicial inicial por la ahora tomada, de que la vivienda sea ya desalojada por la recurrente en la fecha señalada sin relación alguna ya con la liquidación que la demandada impide practicar.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 91 Cc., 79.5 CDFA.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Por sentencia dictada el día 31 de mayo de 2010 se acordó la disolución por divorcio del matrimonio contraído el día 27 de noviembre de 1958 por los litigantes Don Fernando y Doña Gregoria, regido en lo económico por el sistema de separación de bienes desde el 10 de marzo de 1997, y en el que habían tenido dos hijas que eran mayores de edad e independientes ya al tiempo del divorcio. La sentencia indicada acordó, entre otros extre-

mos que no son ahora de relevancia, que la Sra. Gregoria utilizaría el piso propiedad de ambos sito en ... de Zaragoza y el Sr. Fernando usaría el piso también en régimen de copropiedad situado en la ... de la misma ciudad. Tal atribución de uso tendría lugar hasta que se procediera a la liquidación del patrimonio que ambos tuvieran en común.

La demanda rectora del presente procedimiento fue presentada por el Sr. Fernando en solicitud de modificación de las medidas acordadas con el fin de que se suprimiera el derecho de uso de ambos inmuebles.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza desestimó la pretensión indicada por sentencia del día 27 de marzo de 2017, que fue apelada por el demandante ante la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Esta Sala resolvió el recurso de apelación en sentencia de 19 de septiembre de 2017, estimándolo parcialmente por las razones a que luego se hará referencia en lo esencial, y acordó el cese del uso judicial de ambas viviendas citadas atribuido en la sentencia de divorcio, fijando como fecha de extinción un mes después de la fecha de la sentencia y, en todo caso, el día 31 de octubre de 2017.

Contra la última sentencia indicada fue presentado recurso de casación por motivos de infracción procesal y de casación por la demandada Sra. Gregoria, en pretensión de que se case tal resolución y en su lugar sea desestimada íntegramente la demanda presentada por el Sr. Fernando.

**Segundo.-** El primer motivo impugnatorio por infracción procesal lo basa la parte recurrente en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva concretado en primer lugar en la «absoluta arbitrariedad en la valoración de la prueba» que considera existe cuando la sentencia recurrida recogió en su Fundamento de Derecho tercero que

«consta en autos las propuestas de la parte actora a la Sra. Gregoria para proceder a la división del patrimonio (folios 101, 106, 107 y ss.), sin que conste respuesta alguna a las mismas». La parte opone frente a lo anterior que sí existe constancia de respuesta, ya que en el desarrollo de la vista celebrada se dio respuesta.

En este extremo la parte recurrente impugna la sentencia haciendo de ella una lectura que no es la que resulta de su literalidad expuesta. La sentencia no pone en duda que en el acto de la vista pudiera haber o no contestación a lo que era objeto de debate. Lo que la sentencia indica es que la prueba documental que enumera deja constancia de que con carácter previo al procedimiento hubo propuestas del Sr. Fernando a la Sra. Gregoria y no de que ella contestara. No cabe, por tanto, estimar error alguno con la base propuesta por el recurrente, que interpreta en sentido erróneo lo que la lectura de la sentencia evidencia como expuesto en ella.

La segunda razón de impugnación del primer motivo por infracción procesal la sustenta la parte recurrente en su apreciación de que «se valora irracionalmente la prueba presentada por la representación del señor Fernando consistente en la petición de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia del señor Fernando». Entiende el recurrente que la posibilidad de que haya sido valorada tal prueba del estado del Sr. Fernando como circunstancia modificadora es algo del todo inadmisibles, dando para ello la razón, no de que pudiera haber error en tal apreciación, sino de que no se ha tenido en cuenta la situación física de la otra parte, la Sra. Gregoria.

Así, lo que realmente expone la parte no es que haya habido una equivocación en la apreciación de la prueba sobre la dependencia del Sr. Fernando, sino que no se ha valorado en la sentencia todo lo que el recurrente entiende que debería

haberse ponderado para resolver, especialmente el estado de salud de la Sra. Gregoria. Este desacuerdo de la parte no está previsto como supuesto que dé lugar a estimar el recurso por razón de infracción procesal por haberse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, pues lo que realmente pretende es cambiar la interpretación hecha por el Tribunal respecto a la prueba practicada por la valoración del recurrente, y no mostrar una equivocación de la Sala cuando toma y razona su decisión. Por tanto, procede su desestimación y, con ello, la del primer motivo de recurso por infracción procesal.

**Tercero.-** El segundo motivo de recurso por infracción procesal se formula al amparo de la previsión recogida en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) por infracción del artículo 218 de la propia LEC, referido a la motivación de las sentencias. Considera el recurrente que la inobservancia de tal precepto se produce porque la sentencia «prescinde absolutamente de motivación en lo que respecta a la variación de las circunstancias, limitándose únicamente a apreciar tal variación dejando huérfano de toda explicación al respecto el contenido de la sentencia, que únicamente realiza una reseña de determinados documentos de los que mágicamente (sic) y aunque nada tenga que ver con ello, se supone que se deducen los cambios de las circunstancias».

No cabe admitir la afirmación del recurrente. La sentencia recurrida sí expone las razones por las que considera que ha habido cambio de las circunstancias valoradas en el momento de dictado de la sentencia de divorcio. En su fundamento de derecho tercero expone los hechos que han ocurrido después de dictada la sentencia de divorcio de las partes. Luego, en el cuarto, recoge con claridad la voluntad obstativa de la demandada derivada de la constatación de tales hechos. Para después



extraer la conclusión de que mantener lo acordado en la sentencia de divorcio dictada en 2010 supondría dejar a expensas de la voluntad de una parte lo acordado respecto del uso de la vivienda.

No es, por tanto, de estimar la impugnación hecha con base en la falta de motivación.

**Cuarto.-** El motivo de casación único articulado por la recurrente es presentado por entenderse infringido por la sentencia recurrida el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) cuando considera que existe modificación de las circunstancias que estaban presentes y fueron valoradas en su momento para dictar la sentencia de divorcio. En concreto, considera la impugnante que la sentencia «hace una referencia escasa y carente de toda fundamentación a continuación a una supuesta voluntad obstativa de mi representada que impide u obstaculiza la realización del proceso de liquidación que se reconoce como límite temporal al que quedaba condicionado el uso de los inmuebles en la Sentencia de divorcio». E indica que en ningún caso la imposibilidad de acuerdo entre las partes puede ser causa de modificación de las medidas adoptadas.

Con carácter previo a resolver el fondo de la cuestión señalada cabe hacer dos precisiones relevantes. En primer lugar, que la pretensión de nueva valoración de la prueba que encierra la razón de impugnación basada en la carencia de fundamentación imputada a la sentencia recurrida ha sido ya resuelta al tratar el recurso por infracción procesal con el resultado de su desestimación. Lo cual procede mantener ahora, ya que, como se indicó, sí existe fundamentación en la sentencia recurrida que justifica a juicio del Tribunal que la dictó la voluntad obstativa de la recurrente a llevar a cabo la liquidación del patrimonio común entre los ex cónyuges, cuya práctica iba a suponer la extinción de su

derecho de uso de la vivienda sita en la calle ... de Zaragoza.

Segunda consideración previa a la decisión final sobre el motivo de recurso de casación es que la legislación de aplicación no es la aragonesa, concretada por el recurrente en el artículo 79.5 CDFA, sino la recogida en el artículo 91 del Código Civil. Al efecto debe tenerse en cuenta que cuando el divorcio de los litigantes tiene lugar en el año 2010 las hijas de ambos eran totalmente independientes, por lo que quedaba excluida la posibilidad de aplicar a la ruptura de la convivencia y disolución del matrimonio las previsiones contenidas en la legislación aragonesa, pues ésta sólo es de observar cuando existen hijos a cargo de los esposos. En consecuencia, las normas a tener en cuenta eran, y son ahora, las previstas en el Código Civil para los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio en el Capítulo IX del Título IV del Libro Primero del Código Civil (artículos 90 a 101), que no cabe considerar infringidos porque no han sido aplicados por la sentencia recurrida.

No obstante la desestimación del recurso que conlleva la anterior conclusión cabe señalar que en la cuestión ahora debatida, relativa a la existencia o no de cambio de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se dictó la sentencia de divorcio, la regulación del CDFA y del Código Civil en la materia es análoga, y radica en definitiva en que el CDFA (artículo 79.5) considera que el cambio de las circunstancias se tendrá en cuenta cuando sea motivo dado por concurrir causas o circunstancias relevantes, mientras que el Código Civil (artículo 91 *in fine*) permite la modificación de las medidas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. En consecuencia la decisión de la cuestión no habría variado aunque se hubiera dado lugar a la aplicación del Código Civil, como a continuación se expone.

**Quinto.-** Para valorar si la imposibilidad de acuerdo de las partes sobre la liquidación del patrimonio común puede entenderse como causa sustancial de modificación de las medidas en su momento tomadas, debe tenerse en cuenta, primero, que lo considerado como probado y tenido en cuenta como circunstancia modificada no fue la imposibilidad de acuerdo liquidatorio, como expone la recurrente, sino su voluntad obstativa a que tal acuerdo pudiera tener lugar. Esta resistencia a poner fin a la comunidad patrimonial es lo que la sentencia tiene en cuenta como extremo modificador de las circunstancias a valorar y lo hace con toda corrección, pues es indudable que la voluntad expresada por la persistente actitud negativa de la demandada respecto de la práctica de la liquidación que ella misma había acordado hacer es una posición de la parte sobrevenida al acuerdo y, por tanto, nueva.

Y es una nueva circunstancia de tal relevancia como para haber impedido efectivamente que pueda llevarse a término tanto la liquidación pactada como el efecto secundario a su práctica, de cesar en el uso del inmueble que le fue atribuido.

Por tanto, sí es circunstancia sobrevenida y sí es sustancial, además de relevante. Por lo que debe ser tenida en cuenta y justificaría, por aplicación del artículo 91 del Código Civil, la modificación de la decisión judicial inicial por la ahora tomada, de que la vivienda sea ya desalojada por la recurrente en la fecha señalada sin relación alguna ya con la liquidación que la demandada impide practicar.

**Sexto.-** Consecuente a la desestimación del recurso de casación es la imposición de las costas causadas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLAMOS

**Primero.-** Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación nº 51 de 2017, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Begoña Uriarte González en nombre y representación de D<sup>a</sup> Gregoria contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 19 de septiembre de 2017.

**Segundo.-** Con expresa imposición de costas a la parte recurrente, y pérdida del depósito constituido por ella, al que se dará el destino legal.

**Tercero.-** Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno. Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 33

*S. TSJA 10/2018 de 26 de marzo de 2018*

**6433: MEDIDAS JUDICIALES. MODIFICACIÓN: El paso del tiempo ha producido cambios sustanciales: Para que el transcurso del tiempo pueda dar lugar a la modificación de las medidas acordadas es preciso que se hayan producido cambios relevantes en la situación inicialmente valorada. En el caso de autos no se ha tenido en cuenta sólo el mero paso del tiempo, como sostiene la recurrente, sino los cambios que ha habido en los últimos años, especialmente en lo que respecta al menor y su estado de salud**

*(padece trastorno del espectro autista). Lo cual es plenamente ajustado a la previsión contenida en el art. 79.5 del CDFA en la medida en que sí se han dado cambios sustanciales y relevantes en la situación valorada ab initio que recomiendan la custodia compartida como mejor que la custodia individual materna.*

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS: MODIFICACIÓN: En interés del menor:** *En atención al cambio producido en las circunstancias concurrentes, toda la actuación judicial ha pretendido adaptar las medidas a seguir a lo que es mejor ahora para el niño (la custodia compartida): la adaptación de las medidas relativas a la custodia a la evolución del estado de cosas tenido en cuenta cuando se tomó la primera decisión judicial (custodia materna), de modo que se dispense siempre, en la medida de lo posible, el mejor trato posible al menor según cambien las circunstancias en el devenir de los años. Lo que, en este caso concreto, como en las SS de este Tribunal de 30/10/2013 y 15/10/2015, exige valorar el padecimiento que le afecta, tal y como se ha hecho.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Art. 79.5 CDFA.*

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Durante la convivencia de los litigantes a lo largo de varios años, tuvieron al hijo menor de edad R. G. M., nacido el día de mayo de 2... y que padece trastorno del espectro autista, con discapacidad reconocida del treinta y tres por ciento.

Terminada la convivencia, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza dictó sentencia el día 8 de mayo de 2012 que, en lo que ahora interesa, estableció las medidas reguladoras de la guarda y custodia del hijo menor, que quedó atribuida a la madre, D<sup>a</sup> A. M. S. Esta sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, que la confirmó por sentencia dictada el día 25 de septiembre de 2012.

El padre, D. J. F. G. L., presentó la demanda rectora de este procedimiento actual, de modificación de las medidas acordadas en la citada sentencia de 8 de mayo de 2012, interesando que el hijo menor quedara bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores por periodos semanales, además de solicitar las medidas correspondientes al régimen de vacaciones, visitas y contribución a los gastos del hijo. La demanda fue estimada por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza el día 13 de marzo de 2017 (luego aclarada por auto de 3 de mayo de 2017), que estableció el régimen de custodia compartida con convivencia con el menor de periodicidad semanal, en los términos transcritos en los anteriores antecedentes de hecho.

Apelada la anterior sentencia, fue confirmada íntegramente por la dictada por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 7 de noviembre de 2017.

Contra esta última sentencia se ha presentado por la madre y demandada el actual recurso por infracción procesal y de casación con los enunciados que han sido recogidos en los anteriores antecedentes de hecho.

**Segundo.-** El motivo único por infracción procesal sostiene a lo largo de su exposición como razón inicial de la impugnación que no ha quedado acreditado que la custodia individual del menor fuera perjudicial para él ni que la custodia compartida

pueda serle más beneficiosa. Junto a ello señala que la sentencia impugnada basa su decisión en lo sucedido después de dictada la sentencia de primera instancia, sin valorar todos los hechos y pruebas propuestas, pues se apoya exclusivamente en el informe psicológico hecho por el equipo adscrito a los juzgados, cuyo contenido y modo de haber sido hecho también combate. Por último, hace una serie de valoraciones sobre lo ilógico de acordar la custodia compartida, en relación con los extremos que han quedado acreditados.

La lectura de la sentencia recurrida evidencia lo infundado del motivo expuesto. En contra de lo que recoge la parte recurrente, la sentencia, partiendo de la dificultad de resolución de la situación planteada, considera lo acreditado por valoración de los criterios profesionales diversos que obran en las actuaciones, y exposición de por qué quedan resueltas las dudas sobre la dificultad que la actividad laboral paterna podría suponer para el ejercicio de la custodia compartida. Une a lo anterior el hecho probado de que el ejercicio de la custodia compartida desde marzo de 2017 no ha tenido incidencia negativa alguna. Y con todo ello y la tácita admisión, por su no contradicción, con las razones expuestas en la sentencia que fue recurrida en apelación, concluye que debe estarse a la custodia compartida, si bien con la salvedad de que podrá modificarse el régimen en caso de que tenga efectos negativos.

No existe, por tanto, falta de motivación sobre la prueba valorada, ni exclusión de ninguna de las practicadas. Distinto es que la parte pueda mostrarse en desacuerdo con la apreciación fáctica que el Tribunal ha hecho, pero esta es cuestión que procede resolver en la instancia, no en sede del recurso de casación, en la que está vedado por aplicación del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizar

nueva valoración sobre el resultado probatorio de lo actuado.

Procede, por tanto, desestimar el motivo por infracción procesal formulado.

**Tercero.-** El primer motivo de casación se plantea por vulneración del artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) por entender la parte que no concurren causas o circunstancias relevantes para modificar las medidas que contemplaban la guarda y custodia individual en favor de la madre del menor que fue acordada en la sentencia de 8 de mayo de 2012. Y a lo largo de su exposición sostiene como fundamento inicial que el simple transcurso del tiempo no puede considerarse como la causa relevante que justifique el cambio del régimen de custodia, para indicar luego que no consta que haya habido en el caso presente un cambio de circunstancias, ni que haya quedado probado que la custodia individual materna no sea ya conveniente al interés del menor.

Las cuestiones indicadas como fundamento del recurso pretenden, realmente, que por parte de esta Sala se proceda de nuevo a valorar el resultado derivado de la prueba practicada. Siguiendo el orden propuesto por el recurrente, si el transcurso del tiempo puede dar lugar o no a la modificación de las medidas acordadas en su momento será cuestión que deberá decidirse en cada caso concreto, y no sólo por atención al mero paso de los años, sino también por la repercusión que el transcurrir del tiempo pueda haber supuesto para la situación inicialmente valorada para acordar las mejores medidas sobre la custodia de un menor. Y en este caso concreto ya la sentencia inicial dictada en 2012 que estableció la custodia materna valoró que el paso del tiempo podría repercutir de algún modo en los implicados en la guarda y en el propio menor y previó una revisión de sus propias medidas cuando pasaran, cuando menos, tres años.

Luego la sentencia dictada por el Juzgado en estas actuaciones recogió que, efectivamente, el paso de cinco años comportó un cambio de las condiciones valoradas en su momento, pues aparte de implicar que haya crecido el hijo, evidencian que la valoración actual de la situación, tras cinco años de custodia individual, muestra el compromiso del padre, su adaptación a las necesidades del hijo, y la conveniencia de que haya mayor involucración en la activa crianza del menor, con participación de ambos progenitores en sus rutinas y necesidades. Lo cual, por otro lado, supondría además una relación más positiva entre sus padres, en beneficio de las decisiones que deben tomar de manera conjunta en relación con el menor.

Por último, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y ahora apelada tiene en cuenta también que el paso del tiempo lleva consigo en este caso que se cambien las rutinas habituales para que tengan lugar en otros entornos sociales y con otras personas, de manera que la flexibilización en su organización pueda ayudar al menor en los cambios que tiene ahora que afrontar de colegios, terapias, médicos y relación con los demás para que no le sean traumáticas.

Resulta, por tanto, que en el caso ahora enjuiciado no se ha tenido en cuenta sólo el mero paso del tiempo, como sostiene la recurrente, sino los cambios que ha habido en los últimos años, especialmente en lo que respecta al menor y su estado de salud. Lo cual es plenamente ajustado a la previsión contenida en el artículo 79.5 del CDFA en la medida en que sí se han dado cambios sustanciales y relevantes en la situación valorada *ab initio* que recomiendan la custodia compartida como mejor que la custodia individual materna.

En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del primer motivo de casación.

**Cuarto.-** El segundo motivo de casación cita como infringidos los artículos 76.2 y 80.2, apartados d), e) y f) del CDFA por infracción del *favor filii* o interés prevalente del menor, con base en entender, en síntesis, que es mejor para el niño mantener la situación de custodia individual de la madre, argumentado en gran medida la defensa de la impugnación por reiteración del desacuerdo de la recurrente con el informe pericial valorado en la sentencia y la interpretación de la parte sobre ser más conveniente mantener la custodia individual, con apoyo en cita de sentencias de esta Sala que la impugnante dice son contradictorias entre sí.

Como resulta de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, la atención al cambio de las circunstancias concurrentes en el presente ha tenido lugar conforme a la prueba que la sentencia recurrida valoró y en aras a favorecer el mejor sistema posible para la adecuada atención del niño y sus necesidades específicas derivadas del problema de salud que padece. Por ello no es de observar la infracción de los principios jurídicos que abogan siempre por la salvaguarda de los intereses de los menores, sino todo lo contrario, lo que se observa es que toda la actuación judicial ha pretendido, precisamente, adaptar las medidas a seguir a lo que es mejor ahora para el niño, sin interferencias derivadas de la atención a otros intereses, presupuestos o personas. Y la decisión judicial tomada lo ha sido tras el análisis y valoración de la prueba de que ha dispuesto, sin tacha alguna por lo ya dicho al tratar el motivo por infracción procesal.

Por ello, al igual que hicieron las sentencias que el recurrente cita como contradictorias de este Tribunal (sentencias de 30 de octubre de 2013 y 15 de octubre de 2015) cuando lo cierto es que fueron complementarias en el tiempo, lo que procede es, siguiendo igual línea que la de tales re-

soluciones, la adaptación de las medidas relativas a la custodia a la evolución del estado de cosas tenido en cuenta cuando se tomó la primera decisión judicial, de modo que se dispense siempre, en la medida de lo posible, el mejor trato posible al menor según cambien las circunstancias en el devenir de los años. Lo que, en este caso concreto, como en aquellas sentencias, exige valorar el padecimiento que le afecta, tal y como se ha hecho.

En consecuencia, procede desestimar el segundo motivo de casación planteado y, con ello, la totalidad del recurso.

**Quinto.-** Dada la complejidad de la cuestión derivada de las cuestiones personales en debate, susceptible de causar dudas de hecho, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia ni en casación, de conformidad con la previsión de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación nº 57 de 2017, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Carmen Redondo Martínez en nombre y representación de D<sup>a</sup> A. M. S. contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 7 de noviembre de 2017.

2.- No hacer imposición de las costas del recurso.

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

4.- Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolu-

ción de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

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

#### NÚM. 34

*S. TSJA de 27 de marzo de 2018*

**03: DERECHO PROCESAL: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Carga de la prueba:** *La doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba se recoge en la STSJA 27/2015, que se reitera en ésta. En el presente caso, ni el juez ni la Sala hicieron uso de las reglas de distribución de la carga de la prueba para decidir cuestiones de hecho ayunas de prueba, sino que concluyeron el juicio de hecho de acuerdo con la valoración de la prueba practicada, lo que excluye, conforme a la doctrina que se ha dejado enunciada, toda posibilidad de que se haya producido la infracción que se denuncia en el motivo, que, por tanto, ha de ser rechazado.*

**Falta de motivación de la sentencia:** *La doctrina sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales está recogida en la STSJA 18/2016, que se reproduce. En el caso de autos, las dos sentencias de instancia han expresado debidamente las razones por las que decidieron como lo hicieron, que es lo que resulta de las exigencias de motivación aplicables a las resoluciones judiciales, que, como vimos, no requieren en modo alguno atender a todos los alegatos de las partes, ni menos atribuirles mayor o menor relevancia en función del parecer de quien los hace valer. Por lo demás, y pese a que el recurrente afirma que la sentencia de*

*apelación no expresa las razones por las que revoca la de anterior instancia, su lectura muestra que sí lo hace, por más que no articule su exposición en términos de polémica con las que guían a esta última.*

**Valoración errónea de la prueba:** *La doctrina jurisprudencial sobre el error en la valoración de la prueba se recoge en la STSJA 2/2017, que en ésta se reitera. Ciertamente, como sostiene el motivo, el resultado de la liquidación del haber común ha de ser tenido en consideración a la hora de decidir la asignación compensatoria, pero el que no se haya tenido en cuenta no es una cuestión de valoración probatoria susceptible de ser planteada por la vía de infracción procesal, sino una cuestión de derecho, que es objeto de controversia, como demuestra la S del Pleno del TS 824/2010. Respecto de la dedicación de la madre al hogar y la hija común, la única prueba en la que se apoya el recurrente para discutir la valoración llevada a cabo en la instancia es la de su propio interrogatorio, lo que obviamente no sirve para acreditar el error patente por una valoración absolutamente ilógica que exige el motivo de infracción procesal que se hace valer.*

**6437. ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: POSIBLE LIMITACIÓN TEMPORAL:** *Criterios mantenidos por el TSJA: Nos hemos pronunciado por la temporalidad en situaciones semejantes a la presente. En la STSJA 35/2015 mantuvimos la temporalidad (5 años) en relación a una persona de 45 años que no tenía limitación alguna y que había superado parte de los estudios de derecho, y en la S. 1/2012 dimos por bueno el razonamiento de que la esposa deberá trabajar en el futuro por mucho que casi tenga 50 años y escasas cotizaciones para mantener también la pensión compensatoria. En el caso, matrimonio contraído en 1991, hasta 2007 no adoptan a la hija común, para atenderla contaron con ayuda externa retribuida; ni la edad de la esposa, nacida en 1966, ni su*

*salud merman su capacidad de trabajo; permanece en la vivienda familiar; la custodia es compartida; se han repartido un saldo positivo por la venta de un inmueble común; no ha sido acreditada la razón por la que la actora no realizó trabajo alguno durante el matrimonio. En base a todos estos datos entiende la Sala que la valoración del juzgado (limitación de la asignación a cinco años) es la más adecuada a los criterios de la Sala (frente al carácter indefinido que fija la Audiencia).*

**Doctrina jurisprudencial:** *La posibilidad de fijar la asignación con carácter temporal resulta de los arts. 97 Cc. (reforma de 2005) y del art. 83 CDFa, y cuenta con una sólida doctrina jurisprudencial recogida en la STSJA 18/2016, con cita de las 35/2014 y 35/2015, y en las STS 59/2011 y 553/2017. Lo definitivo a la hora de decidir sobre el carácter temporal o indefinido de la asignación compensatoria es la adecuada realización de un juicio prospectivo sobre las posibilidades de superación del desequilibrio causado por la ruptura matrimonial, juicio que ha de ser realizado con prudencia y ponderación, con criterios de «probabilidad alta» (no certeza absoluta), valorando los criterios establecidos en el art. 83 CDFa, entre ellos la atribución de bienes con carácter privativo que resulta de la liquidación del haber consorcial, y rechazando la estricta proporcionalidad entre la duración de la asignación y la del matrimonio (STSJA 26/2016). Juicio que corresponde a los tribunales de instancia y debe ser respetado en casación si ha sido realizado con los parámetros legales y jurisprudenciales.*

**Pasividad en la búsqueda de empleo:** *Constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación*

*del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (SSTS 472/2011 y 1/2012).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 217, 218, 469.1.4º Lec.; 97 Cc., 83 CDFa.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia recurrida estimó en parte el recurso de apelación formulado por la demandada, Dª M. T., y dejó sin efecto la limitación temporal a cinco años de la asignación compensatoria de 800€ mensuales establecida en la sentencia de primera instancia. En su lugar decidió mantener dicho importe por tiempo de 3 años, y rebajarlo, transcurridos éstos, a 500€ mensuales sin limitación de tiempo.

El recurrente pretende ahora con carácter principal que se mantenga la asignación compensatoria en los términos establecidos en la sentencia de primera instancia, o, subsidiariamente, que se establezca una por importe de 500€ mensuales y 10 años de duración.

A tal efecto basa su recurso en dos motivos de infracción procesal y uno de casación.

El primero de los motivos por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2º, LEC sostiene infracción de las normas reguladoras de las sentencias, que desdobra en un primer submotivo de falta de motivación y uno segundo por incumplimiento de las reglas de la carga de la prueba. El segundo de los motivos, al amparo del art. 469.1.4º, afirma vulneración del art. 24

CE, y se divide asimismo en dos submotivos, ambos por error patente en la valoración de la prueba, el primero en relación a los recursos económicos de los litigantes, y el segundo en relación a la dedicación a la familia de cada uno de los entonces esposos.

En motivo de casación afirma infracción del art. 83 CDFa al no disponer la limitación temporal de la asignación compensatoria en contra de los criterios sentados en dicha norma y en la jurisprudencia que la interpreta.

#### **Segundo.-** MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL. PRIMER SUBMOTIVO

En este submotivo, al amparo del art. 469.1.2º LEC se afirma que ambas sentencias adolecen de falta de motivación y que por ello infringen el art. 218.2 LEC.

En nuestra sentencia nº 18/2016 citada por el recurrente, pese a que como sostiene el mismo entendimos que el alegato de falta de motivación no carecía en el caso de manifiesta falta de fundamento a los efectos de inadmisión, lo rechazamos con base a la doctrina que entonces recogimos sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, que indicábamos en los siguiente términos.

«Ciertamente el art. 218 LEC exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes y que sean motivadas expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la solución que pronuncian.

El TC ha señalado en su STC 101/2015, de 25 de mayo de 2015:

Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril,



y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que “la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aun constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)”.

Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional se ha ocupado de circunscribir dicha exigencia a sus propios límites en sentencias tales como la nº 13/2001 y la 9/2015, en la primera de las cuales se dice con criterio reiterado en la segunda:

Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que determina aquella. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de

la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2).

Igual criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 de Convenio de 1950 en SS tales como *Bolea v Rumania*, *Kuznsov y otros v Rusia*, *Pronia v Ucrania*, *Dimitrelos v Grecia*, *Pérez v Francia*, *García Ruiz v España*, *Bwg y otros v Francia*, *Gorou v Grecia*, *Kukkonen v Finlandia*, *Helle v Finlandia*, *Tatishvili v Rusia* ... en las que se señala dicha norma incluye la obligación de los tribunales dar razones suficientes de su decisión, pero que no puede ser entendida en el sentido de que impone una respuesta detallada a cada argumento, ni que requiera que un tribunal de apelación haya de dar razones más detalladas cuanto aplica simplemente una concreta previsión legal para rechazar el recurso, de tal forma que puede ser bastante, en los casos en que la apelación es rechazada, la simple remisión a las razones dada por el tribunal inferior.

La jurisprudencia más reciente ha acuñado el “principio de economía motivadora”, con arreglo al cual no se explica lo obvio, pues tan perturbador puede ser en ocasiones la penuria o pobreza motivadora como una acumulación agotadora de argumentos que se van amontonando y pueden llegar a aturdir por su obviedad, dificultando el hallazgo de los puntos clave, los puntos realmente controvertidos (STS 2ª, nº 290/2014 de 21 de marzo).

Para terminar con la exposición de esta doctrina general, es de citar la que recoge

nuestra S n° 26/2013, dictada en el recurso n° 5/2013, en el que dijimos:

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

En el presente caso, la sentencia de primera instancia, tras recordar los criterios a que han de sujetarse la decisión sobre la asignación compensatoria, motiva su decisión del siguiente modo:

«En el presente caso, debe valorarse la duración del matrimonio y la dedicación de la esposa a la familia (destinos profesionales del esposo, atención a la hija común durante la convivencia). Dña. M. T. no cotiza desde 1991, lo que es una circunstancia a considerar. Sin embargo, su edad (nació en 1966) y estado de salud no le impiden hacer lo necesario para procurarse sus propios ingresos. La valoración de lo que se ha expuesto permite establecer una asignación por un periodo sobre los cinco años y un importe inicial de 800 euros».

Por su parte, la sentencia de apelación razona al respecto lo que sigue:

«Cuarto.- En el presente supuesto, la duración del matrimonio ha sido de 25 años, el recurrido dispone de unos ingresos netos de 4.732€/mensuales, la recurrente carece de ellos, no ha trabajado

constante matrimonio, durante el matrimonio se ha dedicado a las atenciones de la familia, la hija común, adoptada en el año 2007, tiene 10 años, la recurrente carece de cualificación laboral, tiene 50 años, no consta que su estado de salud le impida trabajar, ha de valorarse también, que el recurrido no obstante, haberse fijado una custodia compartida semanal, se hace cargo de una pensión alimenticia de 500€/mes, a favor de la hija común, y todos los gastos de colegio y actividades extraescolares que se realicen fuera del centro escolar. El cese del uso de la vivienda familiar, atribuido a la recurrente, se producirá el último día de junio de 2020. Como gastos comunes, abonables al 50%, consta un préstamo hipotecario de 886€ y uno personal de 107€, los gastos de la comunidad de propietarios de la vivienda familiar son, aproximadamente, 200€/mes.

Quinto.- Parece evidente, que aunque la recurrente tiene 51 años y no consta padezca de algún impedimento que le impida trabajar, son datos muy relevantes, la carencia de cualificación profesional, sólo consta la terminación de los estudios de Bachillerato, y la inexperiencia laboral durante los veinticinco años de convivencia, lo que a priori, sólo le permitiría alcanzar algún empleo precario o coyuntural, así como la ausencia de un patrimonio consorcial y privativo relevante, por lo que no se puede constatar con claridad una fecha determinada, ni siquiera aproximada, para que el desequilibrio existente en el momento de la ruptura, reconocido por ambas partes, pueda superarse, por lo que parece evidente que la pensión o asignación compensatoria debe tener carácter de indefinida.

Sobre la cuantía de la misma, es obvio, que la naturaleza indefinida de la pensión, conlleva la necesidad de atemperarla en su justa medida, sin que ello afecte al principio de congruencia, ya se ha indicado que

el recurrido asume pensión alimenticia de 500€/mes, gastos escolares y actividades extraescolares de la menor, que la recurrente, que carece de ingresos, tiene atribuido el uso de la vivienda hasta junio de 2020, siendo los gastos comunitarios elevados y asumiendo cargas crediticias de casi 500€/mes, si tenemos en cuenta que el cese del uso de la vivienda familiar y su venta o adjudicación, con extinción de la deuda hipotecaria, puede permitir un cierto desahogo en la economía familiar, lo razonable es que durante un periodo de tres años, la asignación compensatoria quede fijada en la cantidad de 800€/mes (ochocientos euros mes), periodo que se considera adecuado, para explorar, aparte sus expectativas laborales, otras posibilidades de vivienda más adecuada, en relación a los gastos de todo tipo derivados de la misma, teniendo en cuenta por otro lado el uso temporal atribuido de la vivienda familiar y una vez trascurra dicho periodo, la pensión asignatoria queda fijada en 500 €/mes, todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artº. 775 L.E.C.».

Sostiene el recurrente que ambas sentencias adolecen de toda referencia a los alegatos que hizo valer al respecto con carácter principal; el primero que fue opción personal de la recurrida no trabajar ni formarse profesionalmente durante los 25 años que duró su matrimonio, y en especial de los 16 años que residieron con carácter estable en la ciudad de Soria; y el segundo, que el recurrente se dedicó en similares términos que su esposa al cuidado del hogar.

Pues bien, como quiera que la sentencia objeto de recurso ante esta Sala no puede ser otra que la dictada en grado de apelación, cualquier defecto de motivación en que pudiera haber incurrido el juzgador de primera instancia carece aquí de toda relevancia.

Con independencia de ello, y de que las sentencias hayan atendido o no a todos y cada uno de los alegatos expresados por el recurrente en defensa de sus pretensiones, es lo cierto que ello en nada impide concluir que las dos sentencias han expresado debidamente las razones por las que decidieron como lo hicieron, que es lo que resulta de la exigencias de motivación aplicables a las resoluciones judiciales, que, como vimos no requieren en modo alguno atender a todos los alegatos de las partes, ni menos atribuirles mayor o menor relevancia en función del parecer de quien los hace valer.

Por lo demás, y pese a que el recurrente afirma que la sentencia de apelación no expresa las razones por las que revoca la de anterior instancia, su lectura muestra que sí lo hace, por más que no articule su exposición en términos de polémica con las que guían a esta última.

En consecuencia, este primer motivo ha de percer.

#### **Tercero.- SEGUNDO SUBMOTIVO DEL PRIMER MOTIVO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

En él se afirma infracción de las reglas de la carga de la prueba, con olvido de la constante doctrina jurisprudencial sobre la invocación de tal infracción como motivo de infracción.

Como recordamos en nuestra Sentencia 27/2015:

«En lo que toca a la primera de las infracciones [art. 217 LEC], ésta no se produce cuando el tribunal ha formado su decisión de hecho sobre la prueba practicada valorada en su conjunto de acuerdo con los criterios de valoración aplicables a cada una de ellas, ni cuando la discrepancia con la sentencia se concreta en si son o no suficientes la pruebas practicadas para

tener como acreditado o no un hecho controvertido.

Así la STS 580/2012, de 10 de octubre (Rec. 463/2010), señala:

“En relación al segundo motivo y respecto de la carga de la prueba, y también como marco de referencia, esta Sala tiene señalado, conforme a la Sentencia de Pleno de 11 diciembre 2009 que: «En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba es preciso que la Sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el *onus probandi* según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba”.

Y la reciente STS n° 223/2015, de 29 Abr. 2015 (Rec. 556/2013) dice por su parte:

“Es doctrina reiterada de esta Sala la que afirma que las reglas de la carga de la prueba solo entran en juego cuando no se ha considerado probado un determinado extremo relevante, y el mismo no había sido admitido por la parte a quien perjudica, ni podía considerarse notorio. Pero no se vulneran esas reglas porque la parte considere insuficientes las pruebas que han servido para que el tribunal considere acreditado el extremo controvertido”.

En el caso, la lectura de la sentencia y la de los argumentos desgranados por el recurrente en su recurso demuestran que la Audiencia no ha realizado el juicio de hecho mediante la aplicación de las reglas de la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, sino que, por el contrario, tanto dicha Sala como el Juzgador de

primer grado basan el mismo en el análisis y valoración de los diferentes elementos de prueba a que hacen referencia en su fundamentación jurídica».

En el presente caso, ni el Juez ni la Sala hicieron uso de las reglas de distribución de la carga de la prueba para decidir cuestiones de hecho ayunas de prueba, sino que concluyeron el juicio de hecho de acuerdo con la valoración de la prueba practicada, lo que excluye, conforme a la doctrina que se ha dejado enunciada, toda posibilidad de que se haya producido la infracción que se denuncia en el motivo, que, por tanto, ha de ser rechazado.

#### **Cuarto.- SEGUNDO MOTIVO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

Se alega en los dos submotivos infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE por error patente en la valoración de la prueba, en el primero en cuanto a la determinación de la capacidad económica de los litigantes, en el segundo en cuanto a la mayor o menor aportación de cada uno al hogar y a su hija, nacida el día 12 de noviembre de 2006, que lo es por adopción desde el 6 de septiembre de 2007.

Pues bien, en nuestra S 2/2017 recogíamos la doctrina sentada sobre este motivo de infracción procesal por errónea valoración de la prueba en los siguientes términos:

«Una abundante doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4° LEC. Así, en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2015 (Rc. 803/2014), con referencia a otras anteriores, se dice:

“Como recoge la sentencia de 23 marzo 2011, Rc. 2311/2006, las reglas y principios

que deben observarse en 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, pueden ser sometidos al examen del Tribunal de Casación, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando por ser la valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.

A salvo este supuesto, la valoración de la prueba es función de la instancia (27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, STS 28 de noviembre de 2008, Rc. 1789/03). Si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, no es posible tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer (SSTS de 9 de mayo de 2007, Rc. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005), lo que convertiría el recurso en una tercera instancia contraria a su naturaleza y función (STS de 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005)».

En lo que se refiere al primero de los extremos sobre los que se predica errónea valoración de la prueba, en realidad no se discuten las conclusiones fácticas alcanzadas en cuanto a los medios económicos de que disponen las partes, pues no se discrepa de ninguna de las magnitudes consignadas en la sentencia apelada, lo que se afirma es que no se tuvo en cuenta la existencia de un patrimonio neto común a di-

vidir entre los esposos, al tiempo que se rechaza la calificación que la sala de apelación da a dicho patrimonio como no *relevante* cuando el inventario practicado en la liquidación del haber consorcial arrojó un haber partible de 207.746€.

Ciertamente, como sostiene el motivo, el resultado de la liquidación del haber común ha de ser tenido en consideración a la hora de decidir la asignación compensatoria, pero el que no se haya tenido en cuenta no es una cuestión de valoración probatoria susceptible de ser planteada por la vía de infracción procesal, sino una cuestión de derecho, que es objeto de controversia, como demuestra la S del Pleno del TS n° 824/2010, a la que luego se hará referencia.

Y en lo que toca al segundo de los extremos, la dedicación de la madre al cuidado del hogar y la hija común, la única prueba en la que sustancialmente se apoya el recurrente para discutir la valoración llevada a cabo en la instancia es la de su propio interrogatorio, cuyas respuestas se reproducen en extenso en el recurso, lo que obviamente no sirve para acreditar el error patente por una valoración absolutamente ilógica que exige el motivo de infracción procesal que se hace valer.

En consecuencia, procede el rechazo de este segundo motivo de infracción procesal.

#### **Quinto.- MOTIVO DE CASACIÓN**

El único motivo de casación formulado al amparo del art. 477.1 LEC afirma infracción del art. 83.2 CDFA.

Tan solo discrepa el recurrente con el carácter indefinido con que la sentencia recurrida establece la asignación compensatoria a favor de su esposa por cuanto no responde a los criterios establecidos en el art. 83 CDFA. Sostiene que

conforme a ellos una asignación temporal es suficiente.

No discute, por tanto, que la ruptura supone desequilibrio en perjuicio de la esposa, ni la cuantía de 800 € con la que debe ser compensado para el tiempo inmediatamente posterior a la ruptura en que se produjo que fue fijada de forma coincidente en ambas instancias.

La posibilidad de fijar esta compensación con carácter temporal, acogida por la Jurisprudencia del TS con criterio que tuvo plasmación legal por la reforma del art. 97 CC por la ley 15/2005 de 15 de julio, y en nuestro derecho propio en el art. 9 L 2/2010 de la Comunidad Autónoma de Aragón, hoy recogido en el art. 83 CDFA, cuenta en la actualidad con una sólida doctrina jurisprudencial a que se hace extensa referencia en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de apelación, y hemos recogido, entre otras, en nuestra sentencia 18/2016 en los siguientes términos:

«... ya destacamos en las SS 35/2014 y 35/2015 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–, por lo que su establecimiento es tan solo una posibilidad para el órgano jurisdiccional cuyo uso dependerá de que con él no se resienta la función de restablecer el equilibrio que cumple, a cuyo efecto habrá de valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto».

Por su parte, el TS a la hora de abordar esta cuestión en relación con la pensión compensatoria establecida en el art. 97 CC, con el que la asignación compensatoria guarda identidad de razón, según hemos declarado en reiteradas ocasiones (STSJA

3/2016, entre otras muchas), ha indicado que a los efectos de su posible limitación temporal ha de ser valorada la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el inicial desequilibrio en un tiempo concreto, y que procede tal limitación cuando se alcanza la convicción de que no es preciso prolongar más allá de un tiempo concreto por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio (STS 59/2011, 553/2017 ...).

De acuerdo con la jurisprudencia que se deja señalada, lo definitivo a la hora de decidir sobre el carácter temporal o indefinido de la asignación compensatoria es la adecuada realización de un juicio prospectivo sobre las posibilidades de superación del desequilibrio causado por la ruptura matrimonial, juicio que ha de ser realizado con prudencia y con ponderación, y respecto del cual hemos dicho que pese a una reiterada doctrina jurisprudencial que reclama criterios de certeza (la ya citada STS 553/2017, entre otras muchas) no debe entenderse la expresión «certidumbre» usada en ella como equivalente a «certeza absoluta», sino a «probabilidad alta», que podría situarse entre la mera posibilidad y esa certeza absoluta que prácticamente nunca podría alcanzarse (STSJA 32/2015).

A tal efecto han de ser valorados los criterios establecidos en el art. 83 DCFA, de aplicación tanto a la hora de determinar la existencia del necesario desequilibrio como el importe y duración de la asignación procedente para compensarlo, de acuerdo con la llamada tesis subjetiva acogida por el Pleno del TS en S 864/2010, y por esta sala en SS tales como la n.º 3/2017.

No puede ser olvidado tampoco que la finalidad de estas prestaciones es restablecer el equilibrio, no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venía disfrutando el acreedor a ellas, o lograr equiparar económicamente

los patrimonios de los cónyuges, pues no pretende instaurar la paridad o igualdad absoluta entre estos (SSTSJA 35/2015 y 3/2017).

Asimismo, constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (SSTS 472/2011 y 1/2012).

De otro lado, como sostiene el recurrente, ha de ser incluido entre los elementos a valorar la atribución de bienes con carácter privativo que resulta de la liquidación del haber consorcial, como hemos dicho en nuestra S 18/2016, en la que recordábamos las anteriores SS 3/2016, 25/2013 y 1/2012, con criterio mantenido también por el Pleno del TS en S n° 824/2010.

Finalmente, esta Sala ha rechazado la estricta proporcionalidad entre la duración de la asignación y la del matrimonio en la S 26/2016, en la que señalamos que la sola afirmación de que una duración del matrimonio de catorce años debe conllevar un plazo igual de catorce años de asignación para restaurar el desequilibrio ocasionado por el divorcio resulta arbitraria pues no se encuentra respaldada por norma alguna.

Por lo demás, hemos dicho reiteradamente que tal operación corresponde a los tribunales de instancia y que su criterio debe ser respetado en casación salvo cuando el mismo haya sido realizado, con

parámetros distintos a los establecidos por la norma o por la jurisprudencia que la desarrolla (SSTSJA 32/2015 y 18/2016).

En el presente caso este juicio prospectivo ha sido realizado en forma diferente en ambas instancias, en tanto que la Audiencia considera que conduce a la fijación de la pensión con carácter indefinido, si bien con una cuantía menor pasados los tres primeros años desde la ruptura, mientras que el Juzgador de primer grado entiende bastante el plazo de cinco años.

**Sexto.-** Pues bien, en cuanto a los criterios mantenidos por esta Sala que el motivo dice que ha infringido la sentencia de apelación, nos hemos pronunciado por la temporalidad en situaciones semejantes a la presente. Así en nuestra S 35/2015 mantuvimos la temporalidad (5 años) de la asignación de que se trata en relación a una persona de 45 años que no tenía limitación alguna y que había superado parte de los estudios de derecho, y en la sentencia 1/2012 dimos por bueno el razonamiento de que la esposa deberá trabajar en el futuro por mucho que casi tenga 50 años y escasas cotizaciones para mantener también la pensión compensatoria.

En el caso, es de señalar que el matrimonio fue contraído en el año 1991, cuando la actora podría haber alcanzado ya su formación; que el cuidado de la casa no requirió otras atenciones que las derivadas de los dos esposos hasta la adopción de su única hija en el año 2007, y que para atenderlas, al menos *puntualmente*, se contó con ayuda externa retribuida; que ni la edad de la esposa, nacida en el año 1966, ni su salud merman su capacidad de trabajo; que permanece en la vivienda conyugal; que el régimen de custodia de la única hija común es el de custodia compartida, por lo que su atención tampoco es razón que le impida alcanzar un puesto de trabajo; que no es discutido que el inventario del haber común repartido entre los cónyuges arroja

un saldo positivo por razón principalmente de la división de un inmueble común; y que no ha sido acreditada la razón por la que la actora no realizó trabajo alguno durante el matrimonio. En base a todos estos datos hemos de concluir que la valoración de las circunstancias concurrentes realizadas por el juzgador de primer grado es la más adecuada a los criterios sostenidos por esta Sala en la interpretación del art. 83.2 CDFa que hemos expuesto más arriba, lo que conduce a la estimación del motivo.

**Séptimo.-** Las costas procesales se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

**Primero.-** Estimar el recurso de casación formulado contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación nº 542/2017, que revocamos.

**Segundo.-** Desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 18 de mayo de 2017 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza en los autos nº 961/2016, que confirmamos.

**Tercero.-** Imponer las costas del recurso de apelación, así como la pérdida del depósito constituido para interponerlo, al que se dará el destino legal, a la parte apelante

**Cuarto.-** No hacer imposición de las del recurso del que conocemos.

**Quinto.-** Ordenar la devolución del depósito constituido para interponerlo al recurrente.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

#### NÚM. 35

*S. TSJA 12/2018 de 30 de mayo de 2018*

#### **03: DERECHO PROCESAL: CASACIÓN FORAL POR INTERÉS CASACIONAL:**

**Requisitos de admisibilidad:** *En el caso de autos la parte recurrente cumple los requisitos de admisibilidad exigidos por el TS (SS 412/2017, de 27 de junio, y 343/2017, de 11 de julio) al recurso de casación interpuesto por la vía del interés casacional: expresa el precepto sustantivo que considera infringido (el art. 83 CDFa) y, en concreto, la cuestión debatida -la asignación compensatoria como indefinida o temporal- y hace cita de las sentencias del TS que han fijado doctrina sobre la pensión compensatoria y su temporalidad (369/2014, de 3 de julio, y la de 3 de octubre de 2011), con especial referencia al juicio prospectivo respecto a las posibilidades de lograr un reequilibrio, entendiéndose que en el caso de autos este juicio ha sido realizado por la Audiencia Provincial apartándose de los criterios exegeticos establecidos jurisprudencialmente. Dada la similitud en la naturaleza jurídica y en la regulación entre la pensión compensatoria del art. 97 cc. y la asignación compensatoria del art. 83 CDFa, no es irrelevante ni inconveniente la jurisprudencia del TS.*

**6437: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: CARÁCTER TEMPORAL O INDE-**



**FINIDO: Resumen de la jurisprudencia:** *Sobre su posible limitación temporal: SSTS 59/2011 y 553/2017; STSJA 11/2018, de 27 de marzo. Sobre la pasividad del beneficiario en la búsqueda de empleo: SSTS 472/2011, de 15 de junio, y 1/2012, de 23 de enero; STSJA 8/2018, de 7 de marzo. Sobre los criterios de la Sala en materia de temporalidad: SSTSJA 35/2015, 1/2012, 11/2018. Sobre las limitadas posibilidades de revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación sobre el carácter temporal o indefinido: STS 624/2011, criterio también mantenido por el TSJA.*

**POSIBLE LIMITACIÓN TEMPORAL:**

**Doctrina jurisprudencial:** *En el caso de autos la parte recurrente cumple los requisitos de admisibilidad exigidos por el TS (SS 412/2017, de 27 de junio, y 343/2017, de 11 de julio) al recurso de casación interpuesto por la vía del interés casacional: expresa el precepto sustantivo que considera infringido (el art. 83 CDFa) y, en concreto, la cuestión debatida –la asignación compensatoria como indefinida o temporal– y hace cita de las sentencias del TS que han fijado doctrina sobre la pensión compensatoria y su temporalidad (369/2014, de 3 de julio, y la de 3 de octubre de 2011), con especial referencia al juicio prospectivo respecto a las posibilidades de lograr un reequilibrio, entendiéndose que en el caso de autos este juicio ha sido realizado por la Audiencia Provincial apartándose de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente. Dada la similitud en la naturaleza jurídica y en la regulación entre la pensión compensatoria del art. 97 Cc. y la asignación compensatoria del art. 83 CDFa, no es irrelevante ni inconveniente la jurisprudencia del TS.*

**SIN LÍMITE TEMPORAL: Juicio prospectivo razonable:** *Se trata de una mujer de 53 años, sin cualificación profesional, con limitada experiencia en el ámbito laboral y delicado estado de salud (se le ha colocado*

*una prótesis y tiene dificultades de deambulación). En el caso de autos es razonable entender que hay imposibilidad de constatar una real oportunidad de incorporación al mundo laboral para obtener el reequilibrio patrimonial, por lo que la decisión de establecer la asignación compensatoria sin límite temporal se ajusta a lo establecido en el art. 83 CDFa y a los criterios jurisprudenciales de la Sala.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 97 Cc., 83 CDFa.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.- ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. D. R. J. L. G. interpuso demanda de disolución matrimonial por causa de divorcio frente a D<sup>a</sup> A. V. C., en la que invocaba como hechos sustanciales que ambos contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 19 de mayo de 2001, de cuya unión nació y vive una hija, llamada A. L. V., nacida el 11 de mayo de 2003, y que el matrimonio se ha regido por el régimen económico consorcial aragonés, sin que hayan otorgado capítulos matrimoniales. En la demanda solicitaba la disolución del matrimonio y del régimen económico matrimonial, que se atribuyera al actor la guarda y custodia de la hija común A., con ejercicio compartido de la autoridad familiar y régimen de visitas para con la madre, además de la atribución de la vivienda familiar al padre y a la hija común, contribución de D<sup>a</sup> A. a los gastos de la hija menor, y que no haya lugar a fijar asignación compensatoria a favor de la esposa.

2. D<sup>a</sup> A. se opuso a la demanda e interesó que la guarda y custodia de la hija Alexia fuera compartida, al igual que la

autoridad familiar, además de que se estableciera un régimen de visitas, la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, pensión alimenticia para la hija que deberá abonar el padre, y asignación compensatoria a favor de la esposa por importe de 600 euros mensuales, sin limitación temporal.

3. Tramitado el procedimiento, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza decidió conferir la guarda y custodia de la hija común al padre, con régimen de visitas, atribuir el uso y disfrute del domicilio familiar al Sr. L. y a la hija, sin establecer pensión de alimentos, y acordó una pensión compensatoria a favor de la Sra. V. en cantidad de 450 euros por periodo de cinco años. Expresa, como hechos relevantes, que Doña A. desempeñó trabajos de duración temporal en el ámbito de la hostelería y en el sector de la limpieza, encontrándose en actividad laboral por cuenta ajena al contraer matrimonio, aunque con contratos muy breves de duración. Posteriormente trabajó durante dos periodos de tiempo. Tiene problemas de salud de tipo respiratorio, de obesidad, se le colocó una prótesis en 2008 y se le ha reconocido un grado de discapacidad de un 59% con efectos de 16 de febrero de 2017. Añade que con su precario estado de salud, su edad de 53 años y sin cualificación profesional será francamente difícil que pueda acceder a un trabajo.

4. Recurrida en apelación, la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia estimando parcialmente el recurso y revocó la de primera instancia en el sólo particular de fijar la pensión compensatoria en la cantidad de 300 euros al mes, sin límite temporal y actualizable anualmente. En su fundamentación recoge, como juicio prospectivo que parte de los elementos de hecho que considera acreditados, que parece evidente

por la edad de la señora L., estado de salud, carencia de cualificación profesional y limitada experiencia profesional, así como la ausencia de un patrimonio conyugal y privativo relevante, no se puede constatar con claridad una fecha determinada, ni siquiera aproximada, para que el desequilibrio existente en el momento de la ruptura pueda superarse.

5. Frente a esta sentencia, la representación de D. R. J. L. G. ha interpuesto recurso de casación por interés casacional, fundado en un motivo único, en el que alega infracción del artículo 83 del CDFa, en relación con el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender procedente una pensión compensatoria a favor de la Sra. V. por un periodo temporal de cinco años.

#### **Segundo.- FORMULACIÓN DEL RECURSO. ADMISIBILIDAD**

El recurso de casación se formula por interés casacional, al expresar la parte recurrente que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia, citando sentencias del Tribunal Supremo que han fijado doctrina sobre la pensión compensatoria y su temporalidad.

Se funda en un único motivo, en el que denuncia la infracción del art. 83 del CDFa, en relación con el art. 217 de la LEC, y en el desarrollo del mismo el recurrente indica que la audiencia ha realizado el juicio prospectivo sobre la posibilidad de restablecer el equilibrio patrimonial entre quienes fueron cónyuges apartándose de los criterios jurisprudenciales, del mismo modo que ha realizado una valoración de los hechos alejada de la lógica.

Frente al recurso de casación interpuesto, la parte recurrida alega la inadmisibilidad, fundada en que el escrito de recurso no guarda los mínimos requisitos para pasar el control, pues fundado en la

invocación de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial no menciona las concretas sentencias a las que genéricamente se refiere, de modo que incurre en causa de inadmisibilidad conforme a los criterios establecidos en el acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017.

La vía de acceso a la casación a la que el recurrente se ha acogido es la de existencia de interés casacional, conforme autoriza el art. 477, apartados 2 y 3, de la LEC.

En el desarrollo del motivo único de casación invoca la existencia de error de la Audiencia Provincial en el juicio prospectivo sobre las posibilidades reales de la parte contraria para recuperar el equilibrio económico, y al efecto cita la sentencia del Tribunal Supremo de 369/2014, de 3 de julio, y las que en ella se mencionan; además de la sentencia del mismo tribunal de 3 de octubre de 2011, respecto a la valoración del desequilibrio que la pensión trata de compensar.

Esta alegación contraria a la admisibilidad no puede ser acogida. En palabras de la STS de 412/2017, de 27 de junio, que resuelve al efecto un caso similar al presente, en el que también se invocó la inadmisibilidad del recurso en materia de pensión compensatoria, «*El interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir. Teniendo en cuenta que el sustrato fáctico de la sentencia recurrida no ha sido combatido, sino el juicio prospectivo que hace la audiencia de los factores concurrentes, procede la admisión del recurso a fin de enjuiciar si la valoración jurídica del tribunal se compadece con tales factores o, por el*

*contrario, es ilógica o irracional con un resultado sumamente gravoso para el recurrente».*

También la STS 343/2017, de 11 de julio, al referirse a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por interés casacional, mantiene que «*en el caso concreto del interés casacional, debe distinguirse según se trate de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. En el primer caso, que es al que se refiere el recurso que nos ocupa, además de citar las sentencias del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia se dice infringida, es imprescindible explicar cuál es la concreta vulneración de la jurisprudencia que se ha cometido por la Audiencia Provincial en la sentencia de segunda instancia, en relación con la concreta infracción legal que se considera cometida. Desde este punto de vista, el motivo de casación también cumple los requisitos de admisibilidad, puesto que cita las normas infringidas, identifica las sentencias que considera vulneradas y explica en qué son contradichas por la sentencia recurrida.*

*Cosa distinta es que la resolución recurrida contradiga o no la jurisprudencia invocada, o no sea correcta la interrelación entre dicha jurisprudencia y el precepto legal citado como infringido, puesto que ello no es causa de inadmisión, sino en su caso, de desestimación, previo estudio y análisis del correspondiente motivo.»*

En el caso que ahora es sometido a este tribunal la parte recurrente expresa el precepto sustantivo que considera infringido y, en concreto, la cuestión debatida –la asignación compensatoria como indefinida o temporal– y hace cita de las sentencias del Tribunal Supremo que han fijado doctrina sobre la pensión compensatoria y su temporalidad, con especial referencia al juicio prospectivo respecto a las posibilidades de lograr un reequilibrio, entendiéndose que en el caso de autos este juicio ha sido realizado por la Audiencia Provincial apartándose de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente. Esta formula-

ción, con cita de las sentencias de contraste y fijación de la cuestión por parte del recurrente, es bastante para entender que concurre el interés casacional invocado como vía de acceso a la casación, siendo de especial consideración que en reiteradas sentencias esta Sala ha declarado la similitud en la naturaleza jurídica y en la regulación entre la pensión compensatoria comprendida en el art. 97 del CC y la asignación compensatoria del art. 83 del CDFA, por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la primera no es irrelevante ni inconveniente.

Por tanto se confirma la decisión de admisibilidad del motivo adoptada en el auto de 23 de febrero pasado.

#### **Tercero.-** ALCANCE DEL MOTIVO DE RECURSO

El examen del enunciado del motivo único de casación y del *petitum* o súplica a la Sala conduce a entender que la parte recurrente no niega que concurren los elementos fácticos para el establecimiento de la asignación compensatoria establecida en el artículo 83 del CDFA, aunque se opone a la consideración de indefinida fijada en la sentencia de la Audiencia Provincial. Así es de observar:

a) que en el desarrollo del motivo expresa que se alza esta representación frente a la sentencia dictada en segunda instancia por considerar que existe infracción en la aplicación e interpretación del artículo 83 del CDFA, en relación a la duración de la pensión compensatoria por desequilibrio económico, «entendiendo esta parte que procede establecer dicha prestación no con carácter indefinido sino con una limitación temporal de cinco años»;

b) que el núcleo del recurso se centra en la consideración del juicio prospectivo realizado en la segunda instancia, referido a la posibilidad de restablecer en un

tiempo determinado el equilibrio patrimonial entre los cónyuges, materia en la que expresa que dicho juicio en el caso concreto se aparta de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente, del mismo modo que se ha realizado una valoración de los hechos alejada de la lógica;

c) que en el suplico del escrito interesa de esta Sala la revocación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza y en su defecto acuerde la íntegra confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza.

Ante ello puede inferirse que la parte recurrente no considera inaplicable al caso el artículo 83 del CDFA, que establece la asignación compensatoria, sino que discrepa de la sentencia recurrida exclusivamente en la duración de dicha asignación, entendiéndolo más ajustado a derecho un pronunciamiento que establezca la limitación temporal de cinco años.

Es de advertir que la referencia al art. 217 de la LEC ha de reputarse irrelevante, ya que no cabe mezclar alegaciones sustantivas y procesales en un mismo motivo, ni se ha articulado en el recurso un motivo de infracción procesal, como resulta posible conforme a la Disposición Final 16ª, 1, regla primera, de la LEC. Por ello se ha de partir de los hechos que se han declarado probados en las instancias, sin posibilidad de contradicción en este recurso extraordinario que, como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Supremo, no constituye una tercera instancia sino un grado de jurisdicción tendente a decidir la correcta aplicación del derecho al caso enjuiciado.

#### **Cuarto.-** DECISIÓN DE LA SALA

1. El art. 83 del CDFA establece una asignación compensatoria para el caso de que la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo produzca un des-

equilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia.

La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el Juez, mediante la ponderación equitativa de los criterios que el propio precepto recoge.

En diversas sentencias hemos mantenido, como criterio jurisprudencial acerca de la naturaleza y función de esta regulación, que:

*«Esta Sala ha establecido en sentencias de 30 de diciembre de 2011, 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». Así se recoge en la sentencia 18/2015, 29 de junio, y en la 3/2016, de 1 de febrero.*

En orden a fijar su duración, el Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en relación con la pensión compensatoria establecida en el art. 97 CC:

*«a los efectos de su posible limitación temporal ha de ser valorada la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el inicial desequilibrio en un tiempo concreto, y que procede tal limitación cuando se alcanza la convicción de que no es preciso prolongar más allá de un tiempo concreto por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio (STS 59/2011, 553/2017...)»* –criterio que hemos recogido en la sentencia de esta Sala 11/2018, de 27 de marzo–.

Igualmente tiene declarado que constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención –SSTS 472/2011, de 15 de junio y 1/2012, de 23 de enero–.

En este mismo sentido hemos manifestado que *«es doctrina de esta Sala que la asignación compensatoria no tiene por misión constituirse en una garantía vitalicia a favor del cónyuge desfavorecido por la crisis matrimonial»* –sentencia de este TSJ 8/2018, de 7 de marzo–.

La sentencia de esta Sala 11/2018, ya citada, recoge los criterios que esta Sala ha mantenido en materia de temporalidad de la asignación:

*«... Así en nuestra S 35/2015 mantuvimos la temporalidad (5 años) de la asignación de*

que se trata en relación a una persona de 45 años que no tenía limitación alguna y que había superado parte de los estudios de derecho, y en la sentencia 1/2012 dimos por bueno el razonamiento de que la esposa deberá trabajar en el futuro por mucho que casi tenga 50 años y escasas cotizaciones para mantener también la pensión compensatoria». En esa misma sentencia se reconoció el derecho a la asignación pero con una duración temporal, a una mujer de 50 años que mantiene buena salud y capacidad de trabajo, permanece en la vivienda conyugal y que ha recibido en el reparto del patrimonio común la mitad del valor de un inmueble.

Por concluir este apartado, y conforme expresábamos en la sentencia 11/2018, de constante cita, «*lo definitivo a la hora de decidir sobre el carácter temporal o indefinido de la asignación compensatoria es la adecuada realización de un juicio prospectivo sobre las posibilidades de superación del desequilibrio causado por la ruptura matrimonial, juicio que ha de ser realizado con prudencia y con ponderación, y respecto del cual hemos dicho que pese a una reiterada doctrina jurisprudencial que reclama criterios de certeza (la ya citada STS 553/2017, entre otras muchas) no debe entenderse la expresión “certidumbre” usada en ella como equivalente a “certeza absoluta”, sino a “probabilidad alta”, que podría situarse entre la mera posibilidad y esa certeza absoluta que prácticamente nunca podría alcanzarse (STSJA 32/2015)*».

2. Es doctrina del Tribunal Supremo la que establece que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su tempora-

lidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia –sentencia de la Sala Primera, Pleno, 624/2011, de 5 de septiembre–; criterio también mantenido por esta Sala, como el propio recurrente en casación recuerda en su escrito de recurso.

3. El juicio prospectivo realizado en el caso de autos no es erróneo ni ilógico, pues recoge la situación en que se encuentra Doña A.: en atención a su edad de 53 años, la carencia de cualificación profesional y la limitada experiencia en el ámbito laboral, juntamente con su delicado estado de salud, respecto del que consta que se le ha colocado una prótesis y tiene dificultades de deambulación, es razonable entender la imposibilidad de constatar una real oportunidad de incorporación al mundo laboral para obtener el reequilibrio patrimonial, por lo cual la decisión de establecer la asignación compensatoria sin límite temporal se ajusta a lo establecido en el artículo 83 del CDFIA y a los criterios jurisprudenciales antes enunciados.

En atención a lo expuesto el recurso se desestima.

#### **Quinto.- COSTAS**

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.

El depósito para recurrir se rige por lo dispuesto en la disposición adicional 15ª de la LOPJ.

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

**FALLAMOS**

**Primero.-** Desestimar el presente recurso de casación núm. 6/2018, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Bañeres Trueba, en nombre y representación de Don R. J. L. G., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 28 de diciembre de 2017, sentencia que confirmamos.

**Segundo.-** Con imposición a la parte recurrente de las costas del recurso.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Dese el destino legal al depósito constituido.

Devuélvase 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.





**B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES  
DE ARAGÓN (2017)**

***B) RESOLUTIONS OF THE PROVINCIAL AUDIENCES  
OF ARAGON (2017)***

36

**NÚM. 36**

**S. APZ 5/2017 de 9 de febrero de 2017**

**6434: GUARDA Y CUSTODIA DE  
LOS HIJOS: RÉGIMEN DE VISITAS: Mo-  
dificación: Cambio sustancial de circunstan-  
cias: Los requisitos para modificar las medi-  
das acordadas en sentencia de divorcio son:  
1. Cambio objetivo de circunstancias; 2. Que  
el cambio sea sustancial; 3. Que sea involun-  
tario; 4. Que sea imprevisible.**

**DISPOSICIONES CITADAS: art. 80 CDF.A.**

**PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fermín Francis-  
co Hernández Gironella.**

*En la sentencia de divorcio se acordó ya la custodia individual en favor de la madre mientras esta residiera en Teruel, al modificar la madre su residencia y fijarla en Zaragoza; el padre solicita la custodia individual del hijo a su favor, al no ser factible la custodia compartida, preferente en Aragón por la distancia en los domicilios de los padres (Zaragoza-Teruel) y haber manifestado el hijo que no quiere vivir en Zaragoza y que desea continuar en Teruel junto*

*a su padre, el JPI n° 3 de Teruel, estima la demanda, que es confirmada en Apelación, tras desestimar el recurso de la demandada en parte, ya que se estima una rebaja en la pensión de alimentos.*

37

**NÚM. 37**

**S. APT 93/2017 de 3 de noviembre de 2017**

**84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Cuestiones procesales. La legitimación pasiva en las actuaciones de constitución de una servidumbre puede ampliarse a otros sujetos distintos del propietario, en el caso de que ostenten, mediante un derecho real, facultades de disposición, no sobre su propiedad sino sobre la misma cosa. Cuando se constituye una servidumbre no se dispone de la finca gravada, sino que lo que se transmite es una facultad de uso limitado, así se desprende del art. 562-1 CDF.A.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 562-1 CDF.A.**

**PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Rivera Blasco.**

*La parte actora interesa que se declare la existencia de una servidumbre de paso constituida por signo aparente. El demandado, usufructuario, se opone por falta de legitimación pasiva; extremo que es no atendido en la instancia, declarando la S. de 19 de diciembre de 2016, del JPI núm. 3 de Teruel, la existencia de la servidumbre reclamada. El demandado se opone, por la misma razón, e igualmente se rechaza por la APT, si bien ésta estima que, al afectar la declaración de existencia de la servidumbre a los nudo propietarios, éstos debían haber sido también llamados, (litisconsorcio pasivo necesario) y desestima, revoca la S. de instancia, retro trayendo las actuaciones (420 LEE).*

*La actora pretende la modificación de lo acordado en sentencia de divorcio en el año 2010, de manera que, la autoridad familiar correspondiente a ambos padres, sea atribuida en exclusiva a la madre, al hallarse el padre en prisión. El JPI N° 2 de Teruel (S. 25/5/2017) estima la demanda. El padre apela el fallo, y la APT estima en parte el recurso, revocando en parte la sentencia de instancia, al establecer que la privación de la autoridad familiar del padre, mientras la hija sea menor no emancipada, únicamente durará mientras el padre esté privado de libertad.*

38

## NÚM. 38

*S. APT 102/2017 de 27 de noviembre 2017*

**642: DEBER DE CRIANZA Y AUTORIDAD FAMILIAR: AUTORIDAD FAMILIAR:** *De uno solo de los padres: La S. de instancia acuerda atribuir la autoridad familiar (a.f.) en exclusiva a la madre mientras dure la minoría de edad sin emancipación de la hija, es ésta una medida excepcional, por lo que sus causas deben estar muy fundamentadas y siempre presididas por el criterio del interés del menor (art. 90 CDFa). «El entorpecimiento» y «la despreocupación» en general, no pueden fundar una privación de la a.f. respecto al padre durante toda la minoría de edad de la hija, pues el interés de ésta debe presidir el enjuiciamiento. Se revoca en parte la S. apelada, suspendiendo la a.f. del padre durante el tiempo en que permanezca en prisión.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 72 y 80 CDFa.

**PONENTE:** *Ilma. Sra. Dña. María Teresa Rivera Blasco.*

39

## NÚM. 39

*S. APT 101/2017  
de 27 de noviembre 2017*

**642: DEBER DE CRIANZA Y AUTORIDAD FAMILIAR: AUTORIDAD FAMILIAR:** *Privación: La privación de la a.f. es una medida de carácter sancionatorio que debe aplicarse por los Tribunales de forma restrictiva y siempre en interés del menor; únicamente puede adoptarse cuando existan razones muy graves que la puedan justificar; la propia dicción del art. 90 CDFa (más exigente que el 170 Ce.) indica que no basta cualquier incumplimiento, ha de ser grave y reiterado; y, sobre todo, que sea beneficiosa para el hijo. Con la privación de la a.f. no se pretende sancionar una conducta: el incumplimiento de deberes de los padres, sino que se trata de defender los intereses del menor.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** art. 90 CDFa; art. 170 Cc. español.

**PONENTE:** *Ilma. Sra. Dña. María Teresa Rivera Blasco.*

*La parte actora (el padre que vive con las hijas menores en Francia) solicita la privación (sic) de la patria potestad de la madre sobre las hijas. El JPI N° 2 de Alcañiz, estima la demanda. La madre recurre en apelación. La APT estima el recurso y revoca la sentencia de instancia.*

40

## NUM. 40

*A. APZ (secc. 4ª) 71/2017  
de 8 de febrero de 2017*

**6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES:** *Después de la disolución de la comunidad legal: De las deudas ocasionadas en el desempeño corriente de su profesión responde frente a terceros de buena fe los bienes comunes. Es una deuda común no solo del consorcio frente a terceros, sino en la relación interna entre los cónyuges (art. 218.1 d) del CDFa). De esta deuda responde los bienes adjudicados a la esposa.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 198, 210.2.b), 215.1, 218.1.d, 218.2, 219.1.a), 226.2.a, 247.2, 265.1 CDFa y 367 LSC.*

**PONENTE:** *Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso.*

*Procedimiento ejecutivo dirigido frente al deudor y su cónyuge con objeto de embargar bienes comunes. La esposa se opone, alegando que los bienes son privativos, ya que habían sido adjudicados a la esposa en sentencia de separación. Se estima el recurso de ejecutante.*

## NÚM. 41

*A. APZ (secc. 2ª) 125/2017  
de 21 de febrero 2017*

**65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA, ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: ADOPCIÓN:** *Necesidad de asentimiento de los padres: No es necesario para la adopción el asentimiento del progenitor que esté incurso en causa de privación de la patria potestad (sic), debiendo apreciarse esta situación en el procedimiento judicial contradictorio.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 154 170, 176, 177 Ce; 54 y 65 CDFa, arts. 247, 781 Lee; art. 11 LOPJ.*

**PONENTE:** *Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso.*

*Se recurre el auto que desestimó la adopción de una menor por parte del marido de sus madre, al haberse opuesto a la adopción el padre biológico de la menor, alegando que no prestó su asentimiento. La APZ estima el recurso de los adoptantes por entender que el asentimiento del padre biológico no era necesario al estar incurso en causa de privación de la a.f. y ser superior el interés del menor a ser adoptado.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución recurrida y:

**Primero.-** Es objeto de recurso interpuesto por la representación procesal de D. R, el auto de 4/7/2016 que desestimó la adopción de M, nacida en Zaragoza el, por R.

Son motivos de recurso: error en la valoración de la prueba por cuanto no se ha tenido en cuenta el beneficio de la menor, no siendo necesario el asentimiento de su

41

progenitor biológico que no se ha relacionada con su hija durante más de seis años, ni la ha atendido económicamente, estando conforme la menor con ser adoptada por quien ha ejercido como padre; aplicación rígida y taxativa de la norma, contraviniendo el interés de la menor; que al tiempo de instarse el procedimiento se contaba con el asentimiento expreso del padre biológico, resultando sorprendente su cambio de proceder; que el padre biológico no instó la necesidad de reconocimiento de asentimiento regulada en el art. 781 LEC.

El Ministerio Fiscal interesó asimismo la revocación de la resolución recurrida y que se constituyera la adopción interesada.

**Segundo.-** La menor M, a que se refiere la adopción, nació en Zaragoza el 2002, es hija biológica de D<sup>a</sup> M y P. Sus padres se divorciaron en virtud de sentencia de 9/2/2007 que aprobó convenio regulador que establecía un régimen de custodia compartida, estableciéndose un sistema de distribución de gastos sin fijación de concreta pensión mensual. Dichas medidas fueron modificadas por sentencia de 30/3/2012 que estableció el sistema de custodia individual por la madre, régimen de visitas y obligación de pagar el padre una pensión de alimentos de 300 euros al mes, más determinados gastos.

Tras convivencia estable y continuada, R contrajo matrimonio el 11/7/2009 con D<sup>a</sup> M, siendo fruto del matrimonio la hija D.

Con amparo en el art. 176 del CC., R interesó la adopción de M, hija de su cónyuge, alegando que desde 2008 viene ejerciendo de hecho como padre, por cuanto el biológico no ha ejercido su rol de padre, ni en cuanto a derechos, ni en cuanto a obligaciones, no manteniendo ningún tipo de comunicación ni visitas con la menor desde 2011, ni abonado ni una sola mensualidad de alimentos, siendo la madre de

la menor y el Sr. M quienes han asumido la totalidad de gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, aportando nóminas acreditativas de su actividad laboral e ingresos que percibe.

Prestaron su consentimiento a la adopción, a presencia judicial:

— D. R.

— D<sup>a</sup> M, madre de la menor, que manifestó que desde el inicio la convivencia lo fue con la menor y que desde 2008 está ejerciendo como padre, pues del biológico no sabe nada hace seis años, nunca ha pagado la pensión, no ve a su hija desde hace 5 o 6 años y tampoco la ha llamado telefónicamente; que quiere que su hija lleve como primer apellido el del adoptante ( ) y como segundo el de su madre ( ), es decir como su hermana.

— La menor M que manifestó que Rubén le trata muy bien y le considera su padre, que al biológico no lo ve hace seis años y que sus abuelos y tíos paternos los ve poco pero los ve y que quería llevar los mismos apellidos que su hermana.

Fueron examinados como testigos:

— I, que manifestó que era cuñado de R desde 2012, pero que tenía relación de amistad con el mismo desde hace 14 años; que sabe desde el primer momento de la relación entre R y M y su convivencia con la menor desde 2008, que desde siempre le ha llamado papá y tío al testigo; que sabe de la existencia de un padre biológico; que considera útil y beneficiosa para la menor la adopción interesada.

— H, que manifestó que es padre del adoptante; que conoce a M desde que empezaron la relación en 2008 y desde ese primer momento convivieron con la menor M; que sabe de la existencia de un padre biológico; que M trata a R como padre y a la familia extensa de este como a

su propia familia llamando al testigo abuelo; que considera útil y beneficiosa para la menor la adopción interesada.

— M que manifestó que tiene relación con M desde hace 10 años, por lo que sabe de la convivencia y posterior matrimonio con el Sr. M, conviviendo desde el primer momento y teniendo relación de padre/hija; que sabe de la existencia de un padre biológico; que considera útil y beneficiosa para la menor la adopción interesada.

Compareció el progenitor biológico de la menor D. P, que manifestó no prestar su asentimiento a la adopción porque es su hija; que desde hace un año y medio no ha estado con ella, la última vez fue una tarde; que anteriormente la veía en muy pocas ocasiones dado su trabajo en una taberna por la noche; que ha pasado años muy malos, de despido en la empresa, montar un negocio y no salir bien de éste. Lo ha pasado mal económica y psicológicamente. En los años que estuvo trabajando en la taberna no vio a su hija, seguramente un par de años. Cuando él se encuentra un poco mejor, intentó ver a su hija y la madre le puso muchas trabas, que esas dificultades las han tenido los abuelos paternos. Que quisiera recuperar la relación con su hija y antes de saber de la existencia de este procedimiento (del que se enteró a través de su padre) ha interpuesto unas medidas.

El Ministerio Fiscal informó que aun constando la oposición del padre biológico no es menos cierto que no sería necesario su asentimiento dado que la menor, próxima a cumplir los 14 años, ha reconocido que no tiene relación con el padre desde hace más de seis años, quien no ha realizado acción alguna en defensa de su derecho a relacionarse con la menor ni se ha preocupado de la misma en ningún momento, salvo al tener conocimiento del presente procedimiento en el que ha presentado demanda de modificación de medidas, evidentemente con una actitud poco

beneficiosa para el interés de la menor y pensando exclusivamente en sí mismo, ya que durante esos 6 años no ha hecho nada para mantener el contacto con la niña y preocuparse por la misma ni emocional ni económicamente, por lo que la interposición del correspondiente procedimiento lo es en su propio interés y no de la menor. El propio padre reconoce llevar más de dos años sin relacionarse con la menor, plazo que la niña reconoce abiertamente ser muy superior y no ha interesado la necesidad de reconocimiento de asentimiento conforme al art. 781 LEC, limitándose a manifestar que había interpuesto un procedimiento de modificación de medidas, posterior a la presentación de la solicitud por el actor del presente, es decir una vez conocido este.

El auto recurrido desestima la adopción por cuanto «... la propuesta cuenta con la oposición de D. P, padre biológico de la menor, no privado de la autoridad familiar sobre la misma ni incurso en causa legal para tal privación, lo que solo puede apreciarse en procedimiento judicial contradictorio (art. 177.2.2ª)...»

Al tiempo del recurso aportó el recurrente:

— Transcripción de mensajes telefónicos entre M y P en el que la primera le informa, el 6 de mayo, que el 20 de junio a las 12.30 tiene cita en el juzgado, pues han admitido todo a trámite, anunciándole que también le llegaría citación y que ella también estará, contestando Pedro con un OK.

— Copia de la demanda de 8/6/2016 de petición de modificación de medidas presentada por P en la que, con justificación en motivos económicos (despido y ruina de negocio), laborales (paro y negocio en fines de semana), de salud (depresión con contacto con sustancias psicotrópicas de la que poco a poco está saliendo), reconoce haber dejado de tener relación

con su hija y haber dejado de abonar la pensión. Asimismo manifestó haber tenido otro hijo con el que dejó de tener relación, pero que, una vez estabilizado la ha retomado abonando pensión de 220 euros, sin que haya podido normalizar las relaciones con su hija M por causa que atribuye a la madre. Interesó régimen de vistas y fijación de pensión en 150 euros.

Tales documentos se admitieron por auto de 27/10/2016.

**Tercero.-** Con palabras del auto de 4/11/2009 de la A. Prov. de Soria (Roj: AAP SO 196/2009) Ponente Sr. Carnicero, con actual destino en la sección cuarta de esta A. Prov. de Zaragoza, el objeto del presente recurso es dilucidar si debe prevalecer la negativa del padre biológico del menor a prestar el asentimiento a la adopción, o si debe prevalecer, en interés del menor, privarle de su línea biológica paterna.

Existe jurisprudencia contradictoria sobre la presente materia, e incluso opiniones doctrinales divergentes, fundamentalmente en torno al alcance del asentimiento. El artículo 177 del Código Civil, entre los requisitos subjetivos de la adopción, establece en unos casos el consentimiento de determinadas personas, en otros el simple asentimiento 177.2 y en otros la simple necesidad de audiencia 177.3. En relación con esa materia, no hay, como decimos, unanimidad en las resoluciones dictadas por diversas Audiencias Provinciales, puesto que algunas de ellas (Sentencia de 15 de abril de 1993 de la Audiencia Provincial de Teruel y la de Vizcaya en Sentencia de 14 de septiembre de 1995) han entendido que la disconformidad de los progenitores respecto a la adopción de sus hijos supone un veto vinculante para el órgano jurisdiccional que debe resolver, mientras que otras (por ejemplo, la de Barcelona en auto de 20 de marzo de 1991 y la de Almería en sentencia de 21 de mayo de 1992) han considerado que el asenti-

miento no es una «*condictio iuris*» y que debe, por lo tanto, adoptarse la decisión que más favorezca al menor, con independencia de la voluntad de sus padres biológicos. La posición que estima que el asentimiento es necesario se basa en considerar que la distinción entre el valor jurídico del consentimiento y el asentimiento no puede ser la vinculación del Juez al primero y no al segundo, porque entonces no se advierte diferencia entre el asentimiento y la simple audiencia. Por lo tanto considera que la distinción entre la simple audiencia y el asentimiento ha de residir en la eficacia del asentimiento para posibilitar la adopción, ya que la diferencia entre asentimiento y consentimiento se basa en que consenten solamente quienes forman parte de la relación paterno-filial que se constituye (adoptante y adoptado), mientras que asienten los terceros interesados en dicha relación, como el progenitor biológico que verá extinguida su propia relación paterno-filial por mor de la adopción; por tanto, hay más semejanza entre consentimiento y asentimiento que entre éste y la simple audiencia, y no se entendería que denegado el asentimiento el Juez pudiera, en el expediente de jurisdicción voluntaria, decidir en contra de la voluntad de un progenitor no incurso en causa de privación de la patria potestad.

Finalmente, hay una posición intermedia, que ha sugerido que de faltar asentimiento el Juez tendría que analizar más exhaustivamente si el interés del adoptando se satisface realmente con la adopción, no obstante partir también, por supuesto, de la valoración de dicho interés como criterio determinante de la decisión.

La falta de asentimiento introduciría solamente un «plus» en contra de la adopción en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero no la impediría, y esta postura se acerca a la postura defendida por esta Sala de que la negativa a prestar el asenti-

miento a la adopción del hijo biológico no supone un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y, por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza. Esta postura encuentra su apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 20 de abril de 1987.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 20-4-1987 en supuesto en que se aplicó anterior normativa, argumentó «... es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas pueda postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que pueden entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el art. 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil. Así pues, entendida la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal, debe distinguirse entre el consentimiento para el mismo... que deben prestar el adoptante y el adoptado, que tiene la consideración de requisito esencial del negocio adoptacional, y cuya ausencia produciría la inexistencia del mismo por aplicación del art. 1.261 del C. Civil, y el asentimiento que deben prestar determinadas personas, entre las cuales figuran el padre y la madre del adoptando menor de edad sujeto a la

patria potestad, que tiene la naturaleza de una «*condictio iuris*», cuya ausencia puede producir una «ineficacia condicionada» del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia...».

Estima esta Sala más ajustado a los intereses prioritarios del menor atender a las circunstancias del progenitor que niega el asentimiento, para resolver si pudiéramos hallarnos ante supuesto de asentimiento innecesario.

**Cuarto.-** La sentencia del Tribunal Supremo de 6/2/2012 (Roj: STS 543/2012) dictada en un supuesto de ejercicio de acción regulada en el art. 791 de la LEC para obtener el progenitor el reconocimiento de la necesidad de su asentimiento en supuesto de menor desamparada argumentó:

Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el art. 177.1 CC, en relación con el art. 170 CC, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones»...

En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del art. 177, 2, 2º CC pasa por dar contenido a la frase «incurso en causa legal para tal privación».

Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de

acuerdo con las circunstancias del caso, «[...]sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho» (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 CC, de modo que la STS 998/2004, de 11 octubre confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo). O bien, cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre (SSTS 10/1993, de 20 enero y 415/2004, de 24 abril)...

Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor...

Por todo ello y de acuerdo con la doctrina de la STS 565/2009, de 31 de julio, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

En la sentencia de 11/11/2016 de esta Sección Segunda de la A. Prov. de Zaragoza (Roj: SAP Z 1854/2016), dictada en análogo supuesto de ejercicio de acción regulada en el art. 791 de la LEC para obtener el progenitor el reconocimiento de la necesidad de su asentimiento en supuesto de menor desamparada, argumentamos que el artículo 177.2 del Código Civil solo exige para dispensar la necesidad de asentimiento del progenitor en la adopción, que se halle incurso en causa legal de privación de la patria potestad (autoridad familiar). Y que el incumplimiento grave y reiterado de los paternofiliales, deberes que aparecen

relacionados en los artículos 64 y 65 del Código de Derecho Foral de Aragón, determinan la corrección de la resolución adoptada, para la que no se precisa, conforme a lo ya expuesto, la previa existencia de resolución firme que acuerde la privación de la patria potestad. En análogo sentido sentencia de esta sección de 15/10/2014 (Roj: SAP Z 1861/2014).

**Quinto.-** Efectivamente el artículo 781 regula el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción del que destacamos:

1.- La legitimación activa, de los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, para comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción y manifestarlo así.

2.- La consecuencia de la comparecencia, que no es otra que la suspensión del procedimiento de adopción y la concesión de plazo para interponer la demanda:

— Si no se presentara la demanda se da por finalizado el trámite y se alza la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria, no admitiéndose ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

— Presentada la demanda dentro de plazo, se declara contencioso el expediente de adopción y acordará la tramitación de la demanda presentada en el mismo procedimiento, como pieza separada, con arreglo a lo previsto en el artículo 753.

3.- Firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando se citará a las personas indicadas en el artículo 177 del Código Civil que deban prestar el consentimiento o el asentimiento



to a la adopción así como ser oídos, y que todavía no lo hayan hecho, debiendo resolver a continuación sobre la adopción.

Estuvo en la mano del progenitor biológico la iniciación de tal procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, pero no lo hizo. Resultaron infructuosos los intentos de localización (por desconocido) en el domicilio que se facilitó y que coincide con el indicado por el Sr. M al tiempo de comparecer en el expediente. Manifestó el Sr. M que había conocido el expediente de adopción por su padre, cuando la realidad documentada es que su ex mujer ya le había avisado en mayo de la existencia del expediente y de la fecha de la citación. Y en lugar de interponer el procedimiento del art. 781 LEC, instó una modificación de medidas.

Y, a efectos de defensa, deberá constatar, no tanto si se observó estrictamente la previsión legal de resolver la controversia sobre la necesidad de recabar el asentimiento de los padres biológicos a través del incidente específicamente previsto en el art. 781 LEC, como si el progenitor dispuso o no de la ocasión de someter a la decisión de los Tribunales de justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizar la adopción.

Tanto el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el art. 247 de la LEC vedan la mala fe, el abuso de derecho y el fraude de ley o procesal, imponiendo a los jueces y tribunales el rechazo de las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

A juicio de esta Sala sería un buen ejemplo de ello la pretensión obstativa de su falta de asentimiento por parte de quien, pese a conocer oportunamente el expediente de adopción, no instó el proce-

dimiento legalmente establecido para el reconocimiento de la necesidad de asentimiento en la adopción. Sin que pueda olvidarse que el Sr. M acudió a la comparecencia de asentimiento debidamente asistido por Letrado.

**Sexto.-** Por ello se entrará a valorar si el Sr. M estaba incurso en causa legal de privación de patria potestad, lo que determinaría la no necesidad de su asentimiento y, por lo tanto, la irrelevancia de su oposición.

Conforme al artículo 170 CC, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, por lo que lo decisivo es si la demandante ha incurrido o no en tal incumplimiento...

Por ello ha de decidirse en cada caso si ha quedado acreditado si el padre que pretende que su asentimiento es necesario para la adopción de su hijo biológico se halla o no en el caso previsto en el artículo 170 CC, en cuya interpretación el TS ha declarado que la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que la institución comporta puede acarrear la extinción de tal derecho (STS de 11 de octubre de 1991) y, en igual sentido ha entendido bastante para la privación de la patria potestad la imposibilidad física y moral para su ejercicio, sin profundizar en si es o no voluntaria (STS de 20 de enero de 1993).

Y ello por cuanto la patria potestad más que un derecho de los padres constituye una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución, función que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos, como establece el artículo 154 del Código Civil, ya que es el interés superior del niño la razón de ser de

tal instituto, interés al que ha de atenderse con carácter primordial en todas las medidas concernientes al mismo que puedan tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como establece el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Establece el art. 154 del CC como deberes de los padres: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Análogamente establece el art. 65 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón, sobre contenido del deber de crianza y educación de los hijos: tenerlos en su compañía; proveer su sustento, habitación, vestido y asistencia según sus posibilidades; educarlos y procurarles una formación integral ...

De lo actuado se desprende la absoluta dejación, durante años, por parte del Sr. M, de sus deberes como padre y ello tanto desde el punto de vista emocional (ausencia de contacto con su hija), como económico (ausencia de contribución a los gastos y ausencia de pago de pensión de alimentos), no sirviendo de excusa lo que alega en la demanda de modificación de medidas, pues el horario laboral no justifica años sin ver a la hija y las dificultades económicas no le han impedido tener otro hijo por el que, selectivamente, afirma sí ha pagado pensión.

Si el comportamiento de la madre de la menor y el de la familia extensa hubiera sido el del progenitor, M se hubiera encontrado en situación de desamparo.

Al estar incurso el Sr. M en causa legal de privación de patria potestad, por mucho que haya decidido no instar el procedimiento del art. 781 LEC, no era necesario su asentimiento a la adopción (art. 177.2

CC) y, por ello, es irrelevante su oposición.

**Séptimo.-** Conforme al artículo 176 del CC:

— La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

— Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes..., pero no se requerirá tal propuesta cuando el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante.

— Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

Conforme al artículo 177 del CC:

— Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

— Deberán asentir a la adopción los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Ya hemos interpretado el sentido de la afirmación «esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la LEC).

— Deberán ser oídos por el Juez los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción.

Concurriendo los requerimientos legales para ser adoptante y adoptado, acreditada la idoneidad del adoptante, prestados

los consentimientos y asentimientos preceptivos y practicadas las audiencias, procede, en interés del adoptado, constituir la adopción solicitada con las consecuencias legales a ello anudadas.

**Octavo.-** Estimado el recurso no se imponen costas (art. 398.2 LEC).

ley estatal. El A. de la APZ estima que el art. 348 CDFa es norma sustantiva, y que el 1005 Cc. no se aplica en Aragón, de manera que revoca el A. de 19 de septiembre de 2016 del referido Juzgado.

42

## NÚM. 42

A. APT 22/2017  
de 1 de febrero de 2017

**714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: INTERPELACIÓN:** Ley 12/2015: El art. 348 CDFa es una norma de naturaleza sustantiva, no procesal, de manera que la competencia estatal para la normativa procesal no incide en la identificación de la autoridad judicial para realizar la interpelación. Así se resulta de la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 CDFa, que los modifica añadiendo en su Preámbulo que «la nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal. Se modifica el 535 CDFa, suprimiendo «judicial», pero no el 348, lo que desvela la vigencia del precepto.

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 348, 535 y 536 CDFa; 1005 Cc. español.

**PONENTE:**

Se plantea la vigencia del art. 348 CDFa y el mismo, que prevé una interpelación judicial, se ha visto afectado por la Ley 12/2015 de Jurisdicción voluntaria, que modifica el art. 1005 Cc., estableciendo que la interpelación sea notarial. El JPI N° 2 de Ejea de los Caballeros entiende que no cabe interpelación judicial prevista en el art. 348 CDFa, que se ve afectado por dicha

## NÚM. 43

S. APZ (sec. 4.ª) 213/2017  
de 9 de junio de 2017

**6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN: GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS:** Vivienda familiar: La fianza personal no es un acto dispositivo. El art. 190 CDFa, debe ser objeto de una interpretación estricta lo que supone, (i) que se debe tratar de una «disposición voluntaria», lo que excluye las forzosas, (ii) que tal disposición lo sea sobre los derechos que uno de los cónyuges tiene sobre la vivienda familiar. La regulación se diferencia relevantemente de la del art. 1320 C. Civil, en el Derecho Aragonés sólo aquellos actos o negocios que comprometan de una manera directa e inmediata los derechos sobre la vivienda familiar pueden entenderse comprendidos en el ámbito del art. 190 CDFa.

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 190 CDFa; arts. 1320, 1322, 1378 Cc.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

Una entidad de crédito interpone demanda de ejecución dineraria contra la parte prestararia y su fiadora, por impago de la deuda. En la demanda se postula mandamiento de embargo sobre la vivienda de la fiadora. Esta resulta ser la vivienda habitual de la familia, y el marido de la demanda se opone, entre otras cosas alegando el art. 190 CDFa. Su oposición es rechazada tanto en la instancia como en apelación.

43

## NÚM. 44

S. APZ (secc. 4.ª) 224/2017  
de 13 de junio de 2017

**722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: REVOCACIÓN:** De la Fiducia: **74: FIDUCIA SUCESORIA: REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO HECHO EN TESTAMENTO MANCOMUNADO:** *Mediante testamento ológrafo unipersonal: Consideramos que si fuera necesario verificar la revocación de fiduciario en testamento mancomunado en la forma expresada para la modificación de este tipo de testamento, así lo hubiera hecho constar el Legislador en la institución de fiducia; y consideramos reforzada esta tesis porque el artículo 443 especifica que el nombramiento del fiduciario con independencia de la forma en que se hubiera efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 421-4, 432, 441, 442 y 443 CDFa.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate.

*Se interpone demanda de nulidad de un testamento ológrafo por el que se revoca la fiducia otorgada por el comitente en un testamento mancomunado anterior. El JPI núm. 21 en sentencia de 31 de octubre de 2016, estimó la demanda considerando que la revocación no había seguido la forma prevista en el art. 421-4 CDFa. Los demandados recurren en apelación, alegando que el art. 443 no exige, en relación con la fiducia, forma testamentaria especial, argumento acogido por la Sala de apelación, que revoca la sentencia de Instancia.*

## NÚM. 45

A. APZ (secc. 4.ª) 240/2017  
de 19 de junio de 2017

**6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: DEUDAS COMUNES:** *Ejecución sobre bienes comunes: La doctrina del TJUE sobre «vínculo funcional» en relación a una garantía real, no encuentra fácil encaje en el caso (un garante es consumidor y el otro no); ello, siendo cónyuges, puede solventarse atendiendo al régimen consorcial que regula la responsabilidad del bien común, que frente a terceros debe responder de la contraída por ambos cónyuges (219 CDFa). De suerte que las singularidades que resulten de la condición de consumidora deberán ser operativas en la esfera posterior de la ejecución personal. En su caso en el ámbito del art. 579 LEC.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** art. 219 CDFa; art. 2 letra b) Directiva 93/13.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

*Ejecución hipotecaria seguida contra un bien consorcial, la vivienda familiar, hipotecada conjuntamente por el marido, que tiene un vínculo funcional con la empresa a la que se garantiza, y su cónyuge, que es consumidora. Se plantea la abusividad de la cláusula sobre intereses de demora y la situación diversa de cada uno de los hipotecantes en lo que atañe a su condición de consumidores. Se desestima el recurso y se despa-cha la ejecución acordada en la instancia.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De los dos recurrentes, D. E y D.ª C, constituyeron hipoteca voluntaria a favor del Banco S.A. Interesa destacar que 1) objeto de la hipoteca era la vivienda familiar, de carácter unifamiliar sita en ... 2) que D. E era administrador de la presta-

taria «R SL», 3) que el matrimonio, de vecindad foral aragonesa, estaba sometido al régimen consorcial aragonés 4) que además de hipotecantes no-deudores fueron fiadores: garantía real y pericial.

**Segundo.-** La resolución dictada en la primera instancia ha considerado que, en base a la doctrina del Auto TJUE de 19 de noviembre de 2015, al existir «vínculo funcional» entre uno de los garantes de manera real y personal D. E y la prestataria, mientras que a la otra garante, esposa del primero, D<sup>a</sup>. M, le ha reconocido la condición de consumidora de suerte que, en base a ello, ha entrado a reconocer la abusividad de alguna de las cláusulas, en concreto la que fijaba los intereses moratorios (remuneratorios más diez puntos). No obstante razonará que, sin embargo, carecerá de efectos prácticos en este procedimiento de ejecución hipotecaria, a salvo una eventual continuación de la ejecución por vía del artículo 579 de la Ley procesal civil, ya que la hipoteca fue constituida por ambos demandantes de oposición, pues pertenecía a su sociedad conyugal en virtud de escritura de adjudicación de 28 de septiembre de 1994.

**Tercero.-** Recurre la parte demandante para afirmar que con la resolución en la primera instancia se ha desconocido que es garante real, hipotecante no deudora, de suerte que sería una ficción retrasar la efectividad de la declaración de abusividad hasta el momento de exigencia de su condición de fiadora personal, pues «responderá en el mismo momento en el que se ejecute, cuando el inmueble propiedad «de la hipotecante responda de la obligación que garantizó con la realización de la finca garantizada. La fianza como acto de consumo se ha abordado en varias resoluciones del TJUE. Así el auto citado en la instancia, A TJUE de 19 de noviembre de 2015 (C-74/15). En esa resolución se afronta si es posible que el fiador se pueda

considerar consumidor. Interrogante que se responde por, el TJUE en el sentido de corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartados 22 y 23). De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado. Más relevante para el supuesto de autos es el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-534/15), pues contempla un supuesto de garantía real, considerando un caso en el que los hipotecantes no actuaron en el momento de constituir la hipoteca en razón a vínculos funcionales con la garantizada, sentando la doctrina de que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando, esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde deter-

minar al tribunal remitente. Y singularmente relevante en este sentido es la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14), relativa a la actuación de un abogado, que por esa mera condición no se excluye su condición de consumidor, razonando que, en efecto, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder, de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

Advertirá el TJVE además que por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, procede declarar que, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia.

Sentando la doctrina de que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa

persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

**Cuarto.-** La traslación de esa doctrina al supuesto de autos ofrece dos singularidades que son las que conforman el objeto de conflicto en esta alzada. Uno que se trata de un supuesto en el que los propietarios del mismo bien hipotecado son dos personas físicas, una de la que sí se ha apreciado un vínculo funcional, por tanto no tributario de la protección frente a las cláusulas abusivas y otra que por no concurrir ese vínculo funcional sí merece esa tutela. Y la segunda peculiaridad es que esas dos personas físicas están casadas y sometidas al régimen consorcial aragonés. La primera singularidad, aporta una indiscutible dificultad a la cuestión, pues declarado ese estatuto del consumidor para la recurrente y negado para el otro hipotecante, en términos no discutidos, en esta alzada en la garantía real concurren unas notas que conducen a una inescindibilidad en la naturaleza y características de la obligación garantizada con hipoteca: no puede ser que la finca responda, a la vez, de una obligación ajena, en su integridad (por el hipotecante que por su vínculo funcional no es consumidor) y a la vez responda limitadamente, por el hipotecante no deudor para el que la hipoteca pueda considerarse un acto de consumo. No puede estar, simultáneamente, sometido a uno y otro régimen jurídico. El hipotecante por deuda ajena no es un fiador ni está, por tanto, personalmente vinculado al cumplimiento de la obligación asegurada con sus bienes, sino que únicamente responde de la misma con los bienes hipotecarios. Es por lo que, en este sentido, no obstante la similitud existe entre la fianza personal y la prenda o la hipoteca constituida por un tercero extraño a la obligación principal, en cuanto que pudiéramos hablar de una fianza real, existen, sin embargo, grandes diferencias y es que en la fianza, el fiador, por consecuencia del contrato en que ha sido parte, se subro-

ga en el débito y en la responsabilidad (dejando a salvo los beneficios de exclusión y división), y en la prenda y en la hipoteca el tercer deudor accesorio no se subroga ni en el débito ni en la responsabilidad, pues la ha contraído y, por ende, limitado a lo que en garantía ha colocado, que es la consecuencia lógica del contrato en el que ha sido parte. En definitiva que cuando son varios los hipotecantes no deudores, pues recayendo la garantía sobre un único bien se produce una inescindibilidad o indivisibilidad en la garantía que impide que, a la vez, si sean varios los garantes los términos de la obligación puedan diferenciarse para uno y para otro deudor.

**Quinto.-** Las dificultades que resultan de la aplicación de esa doctrina a una garantía real constituida por las personas físicas sometidas, cada una de ellas, a un estatuto jurídico diferente, pueden solventarse en el caso atendiendo al régimen consorcial que regula la responsabilidad del bien común; pues en sede de responsabilidad, que es aquí la relevante, el art. 219 CDFa, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, frente a terceros se asume de aquella responsabilidad contraída por ambos cónyuges, sin que sea posible disociar la responsabilidad de uno y otro pues ambas se refieren, en el caso, a una responsabilidad unitaria. De suerte que las singularidades que resulten de la condición de consumidora deberán ser operativas en la esfera posterior de la ejecución personal. En su caso en el ámbito del art. 579 LEC.

**Sexto.-** Por esa misma razón no es posible abordar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues no es factible que a la vez esté vencido y que no lo esté. Razones que han de conducir a la desestimación del recurso. No obstante las singularidades y dificultades del caso deben llevar a no hacer una especial imposición de costas.

**NÚM. 46**

**A. APZ (sec. 4.ª) 319/2017**  
**de 18 de julio de 2017**

**714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: INTERPELACIÓN: Ley 12/2015: El art. 348 CDFa es una norma de naturaleza sustantiva, no procesal, de manera que la competencia estatal para la normativa procesal no incide en la identificación de la autoridad judicial para realizar la interpelación. Así se resulta de la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 CDFa, que los modifica añadiendo en su Preámbulo que «la nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal. Se modifica el 535 CDFa, suprimiendo «judicial», pero no el 348, lo que desvela la vigencia del precepto.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 348, 535 y 536 CDFa; 1005 Cc. español.**

**PONENTE:**

*Se plantea la vigencia del art. 348 CDFa y el mismo, que prevé una interpelación judicial, se ha visto afectado por la Ley 12/2015 de Jurisdicción voluntaria, que modifica el art. 1005 Cc, estableciendo que la interpelación sea notarial. El JPI N° 2 de Ejea de los Caballeros entiende que no cabe interpelación judicial prevista en el art. 348 CDFa, que se ve afectado por dicha ley estatal. El A. de la APZ estima que el art. 348 CDFa es norma sustantiva, y que el 1005 Cc. no se aplica en Aragón, de manera que revoca el A. de 19 de septiembre de 2016 del referido Juzgado.*

47

## NÚM. 47

A. APZ (secc. 2.ª) 744/2017  
de 14 noviembre de 2017

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Educación Religiosa:** *El posicionamiento del padre, que es el de la hija, no consta haya de resultar perjudicial para ésta, ni que constituya un peligro para su formación, ni que anule, imposibilite o lastre decisivamente su libre desarrollo integral y su capacidad de autodeterminación futura con respecto al hecho religioso. Incluso, ello supuesto, podría resultar desaconsejable la imposición de la toma de postura contraria, que es la de la madre. Por todo ello, la Sala concluye que el interés de la menor quedará mejor protegido por la opción defendida por el padre.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 65.1, 71.1 y 74 CDF.A.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós.

*Divergencia familiar en torno a que la hija del matrimonio curse Religión o educación cívica. El auto del Juzgado estima la pretensión de la madre acerca de que la hija no curse religión. Se opone el padre que, al igual que la hija menor, según resulta de su exploración, desea cursar religión. En razón de todo ello se estima el recurso y se revoca el auto de instancia.*

48

## NÚM. 48

S. APZ (secc. 5.ª) 457/2017  
de 24 de julio de 2017

**92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACAS: BIENES DE ABOLORIO: Permanencia en la familia:** *En la senten-*

*cia se exponen cuidadosamente todos los requisitos necesarios para ejercitar el retracto de abolorio, y se llega a la conclusión de que las fincas retraídas, con excepción de cuatro cumplen todos los requisitos. Las actoras ejercitan en la instancia retracto de abolorio sobre 23 fincas rústicas enajenadas por un pariente.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 527, 589, 590 CDF.A.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver.

*El Juzgado desestima la demanda. Las actoras recurren en apelación y se estima en parte el recurso, al concurrir en los requisitos para el ejercicio de este retracto en la fincas retraídas a excepción de cuatro de ellas.*

49

## NÚM. 49

S. APZ (secc.4.ª) 398/2017  
de 2 de octubre de 2017

**722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS: Inexistencia:** *El testamento mancomunado otorgado en su día por los padres del actor no contiene una disposición correspondiente, ya que la misma no se presume, y si no se deduce con claridad, ha de entenderse que no existe. El testamento contiene la institución fiduciaria típica del derecho sucesorio aragonés, que consiste en la concesión recíproca de la facultad de distribuir la herencia del cónyuge premuerto; y una designación de sucesor en la persona de su único hijo con sustitución vulgar de sus descendientes.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 420 y 422 CDF.A.



**PONENTE: Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate.**

*El actor formula demanda contra los hijos de la donatario doña Sabina como herederos de la misma, de reclamación de cantidad al amparo del artículo 422 CDFa, solicitando la condena a abonarle el valor actualizado del inmueble expresado, cifrado en 57.950,00€. Considera el actor que su difunta madre contravino el clausulado contenido en el testamento abierto mancomunado otorgado por sus padres ambos en su día. El Juzgado y la APZ desestiman su pretensión.*

*Se trata de un procedimiento de modificación de medidas en relación con la custodia de los hijos y los alimentos. Se rechazan las pretensiones de la madre, en orden a atribuirse la guarda y custodia individual, así como las pretensiones del padre de dejar de contribuir a los gastos de crianza y educación de la hija mayor de edad, por no tener la misma trato afectivo con el padre. En la instancia y en la apelación se rechazan ambas pretensiones.*

**NÚM. 50**

**S. APZ (secc.4.ª) 643/2017  
de 3 de octubre de 2017**

**642: DEBER DE CRIANZA Y AUTORIDAD FAMILIAR: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS:** *El deber de sufragar los gastos de crianza y educación (art. 65 CDFa) no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. No se encuentra referencia alguna a la existencia de maltrato de obra o injuria grave por parte de la hija al padre. En el caso de que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia el padre, tampoco sería suficiente su deber de sufragar los gastos referidos; sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paterno filiales; sólo si obedecieran a un caprichoso proceder de la hija, podría, acaso, no pagar.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 65 CDFa y 151 Cc.

**PONENTE: Ilmo. Sr. D. Manuel Daniel Diego Diago.**

**NÚM. 51**

**S.APZ (secc.4.ª) 454/2017  
de 30 de octubre de 2017**

**711: DISPOSICIONES GENERALES:**

**DERECHO DE TRANSMISIÓN: Sustitución preventiva de residuo:** *En Aragón la delación respecto de los herederos del sustituido supérstite no desaparece porque la delación (arts. 108-3 Comp.; 395.3, 419.3 y 531.2 CDFa), sólo se antepondrá a la de aquéllos a condición de que haya herederos de la premuerta que ejerzan positivamente la delación, ya que si no hay herederos de ésta o repudian, esos bienes quedarán integrados en la herencia del transmitente, y sus herederos consolidarán el derecho a la totalidad de los bienes, incluidos los del disponente en aplicación del iure transmissionis, si el transmitente falleció sin haber ejercitado la delación.*

**714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: ACEPTACIÓN:**

**Ineficacia:** *Los efectos prácticos de esta concurrencia de delaciones dan lugar, en el plano de la eficacia, a desplazar el concepto de invalidez de manera que si los herederos del supérstite ejercitan la delación en razón del iure transmissionis, no hay invalidez de la aceptación sino tan sólo y, en su caso, ineficacia, pues la misma puede ser resuelta si los herederos legales del disponente –la premuerta– reclamasen la herencia, y si no*

*lo hicieran, los aceptantes consolidarían su derecho definitivamente.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Art 108-3 Comp; arts. 395.3, 419.3 y 531. 3 en relación con el art. 354 CDFa.*

**PONENTE:** *Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate.*

*Dos cónyuges sin descendientes se nombran recíprocamente herederos. Ambos mueren con cinco días de diferencia, de manera que el supérstite, fallece sin aceptar ni repudiar la herencia. Por ello, se plantea quién hereda: si los herederos del supérstite iure transmissionis, o los herederos del premuerto. En ambas instancias (SJPI Zaragoza núm 19, 55/2017 de 23 de marzo) se señala que no tiene lugar el derecho de transmisión, si bien no se elimina su juego de la delación, ello facilita que no prospere la nulidad de la aceptación de la herencia que llevaron a cabo los herederos del supérstite, sin perjuicio de su ineficacia al reclamar la herencia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Los hechos que debemos tener en cuenta para la resolución del recurso y de la litis se hallan convenientemente detallados en el fundamento jurídico primero de la sentencia apelada, y que transcribimos a continuación.

1º) Dña. N y su esposo, D. A, ambos de vecindad civil aragonesa y sin descendientes ni ascendientes, otorgaron Testamento Mancomunado en fecha 11 de septiembre de 1985 ante el Notario D. JM, en el que se instituyeron «mutua y recíprocamente» el uno al otro «herederos universales, en pleno dominio y libre disposición, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*», sin más previsiones.

2º) Fallece primero Dña. N, el 10 de diciembre de 1988, y tan solo cuatro días

después, el 14 de diciembre de 1988, fallece D. A, sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su esposa premuerta y sin haber otorgado testamento posterior. Fallecidos ambos cónyuges en 1988, la ley que rige la sucesión es la Compilación de Derecho Civil Aragonés de 1967 modificada por Ley de 21 de mayo de 1985, cuyo artículo 108.3 (pacto «al más viviente» o llamamiento sucesorio a los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes heredados y no dispuestos por el más viviente) se mantiene en el actual artículo 419.3 del CDFa.

3º) Por auto de fecha 16 de abril de 1993 dictado por el Juzgado de Primera instancia nº 14 de Zaragoza son declarados herederos abintestato de D. A., respecto de todos sus bienes, derechos y acciones, sus hermanas Dña. E y Dña. A –a razón de una cuarta parte cada una– y sus sobrinos Dña. MJ y D. J hijos de su premuerta hermana Dña. M. –a razón de una octava parte cada uno–.

4º) En fecha 30 de julio de 2004, y con intervención de la actora, de los demandados (a excepción de Dña. P y D. A) y de Dña. A, en cuanto herederos todos ellos de D. A (ya sobrinos y sobrinos nietos de éste) otorgaron ante el Notario D. José Luis de Miguel Fernández escritura pública de aceptación de la herencia de D. A y de disolución parcial de la comunidad, con el número 2910 de su protocolo.

Escritura en cuyo expositivo II se decía que al haber fallecido D. A «sin haber aceptado ni repudiado la herencia de Dña. N, en virtud del artículo 1006 del Código Civil, por derecho de transmisión corresponde heredar a los herederos de D. A los bienes procedentes de la herencia de Dña. N». En el expositivo XI de la escritura se declaraban como bienes relictos al fallecimiento de D. A: un piso sito en Zaragoza, en la calle (valorado en 90.151,82 €), adquirido por D. A constante matrimonio y para su sociedad conyugal por título de compraventa el 12 de

mayo de 1982, y dinero en metálico por importe de 24.731,75 €.

En estipulación QUINTA de la escritura, los aceptantes procedieron a adjudicarse, en proindiviso y distinta proporción, el pleno dominio de la totalidad del referido piso, y disolvieron parcialmente la comunidad constituida entre ellos sobre la expresada vivienda adjudicándosela en pleno dominio Dña. A, quien hizo pago a los demás comuneros, en función de sus respectivas cuotas, del valor correspondiente.

5º) Presentada la precedente escritura pública por Dña. A en el Registro de la Propiedad nº 8 de Zaragoza, en que se hallaba inscrita la vivienda adjudicada –al Tomo 66, Libro 137, Folio 69, Finca Registral número 8.184– por calificación de fecha 9 de junio de 2005 se denegó la inscripción interesada por defectos insubsanables por no haber intervenido en la liquidación de la sociedad conyugal, operaciones hereditarias y posterior disolución del condominio de la finca en cuestión los herederos de Dña. N.

6º) Dña. A formula el 15 de abril de 2014 demanda ejercitando acción de nulidad absoluta y radical del negocio jurídico contenido en la escritura pública de fecha 30 de julio de 2004, por contravención de normas imperativas.

La parte actora fundamentará su pretensión de nulidad absoluta de lo acordado en la referida escritura pública, según expone en el Fundamento de Derecho VI de su demanda, en que rigiéndose la sucesión de D. A por la Compilación, de Derecho Civil de Aragón en su redacción vigente al tiempo del fallecimiento (Compilación de 1967 modificada por Ley de 21 de mayo de 1985), era de aplicación el artículo 108.3 de dicha Compilación y no el artículo 1006 del Código Civil, y así habiéndose excluido con ello del reparto a los herederos de Dña. N, a quienes correspondía el

50% de los bienes declarados en dicha escritura, a los que se había otorgado carácter privativo, ello implicaba una nulidad absoluta o radical por contravención de norma imperativa, y por ello no sometida a caducidad, que entendía la legitimaba para solicitar frente a los demás herederos de D. A, intervinientes en el otorgamiento de tal escritura, su nulidad con la consecuencia de tener que procederse a la recíproca restitución de prestaciones entre ellos.

La sentencia de primera instancia, tras un exhaustivo y pormenorizado razonamiento, al que nos remitimos en su integridad, concluye que no nos hallamos ante normas imperativas, y por lo tanto, no cabe nulidad radical, sino mera anulabilidad, por lo que considera que la acción ha caducado.

**Segundo.-** La sentencia apelada razona –en síntesis– que fallecido el instituido heredero sin aceptar ni repudiar la herencia de la disponente, el *ius delationis* a su herencia contiene una doble legitimación: por un lado, la efectuada por la ley a los sustitutos legales de residuo (anterior artículo 108.3 de la Compilación, actual artículo 419.3 CDFFA), y por otro lado, la delación *iure transmissionis* (artículo 1006 Código Civil, actual artículo 354 CDFFA). Siendo ambas delaciones incompatibles, la preferente es la prevista en el artículo 108.3 de la Compilación, actuales artículos 395.3, 419.3 y 531.2 CDFFA y ello en razón de que el legislador afirma que esa hubiera sido la voluntad del disponente en aplicación del llamado principio de troncalidad que informa la sucesión legal aragonesa. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el Código civil, en que expresamente se elimina el juego del derecho de transmisión, en Aragón la delación respecto de los herederos del sustituido supérstite (D. A), no desaparece porque la delación ex artículo 108.3 Compilación, actuales artículos 395.3, 419.3 y 531.2 CDFFA, sólo se ante-

pondrá a la de aquéllos a condición de que haya herederos de la premuerta que ejerzan positivamente la delación, puesto que si no hay herederos de la primera causante o repudian el llamamiento, esos bienes quedarán integrados en la herencia del transmitente, y sus herederos consolidarán el derecho a la totalidad de los bienes, incluidos los del disponente en aplicación del *iure transmissionis*, si el transmitente falleció sin haber ejercitado la delación.

Los efectos prácticos de esta concurrencia de delaciones dan lugar, en el plano de la eficacia, a desplazar el concepto de invalidez de manera que si los herederos del supérstite ejercitan la delación en razón del *iure transmissionis*, 'no hay invalidez de la aceptación sino tan sólo y, en su caso, ineficacia, pues la misma puede ser resuelta si los herederos legales del disponente –en este caso los de Dña. N– reclamasen la herencia, y si no lo hicieran, los aceptantes consolidarían su derecho definitivamente. Por todo ello ha de concluirse que las normas que regulan y regulaban la delación en Aragón –artículos 108.3 de la Compilación, actuales artículos 395.3 y 419.3 CDFA, en su relación con el artículo 1006 Código Civil asumido por el artículo 354 CDFA– no son normas de *ius cogens*, como resulta de la relación expuesta entre el derecho de transmisión y la sustitución legal preventiva de residuo en la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado. Por lo que la preferencia en el ejercicio de la delación a la herencia de Dña. N de los herederos de ésta, en aplicación del artículo 108.3 de la Compilación, sobre los herederos *iure transmissionis* de D. A, no conduce a la consecuencia pretendida por la actora denulidad absoluta pues no estamos ante la infracción de normas imperativas.

**Tercero.-** La doctrina (Bellod Fernández de Palencia «Código del Derecho Foral de Aragón, Concordancias, Doctrina

y Jurisprudencia», página 617), a propósito del artículo 419 CDFA, refiere que «la norma confirma la posibilidad de que los testadores en testamento mancomunado puedan instituirse recíprocamente herederos. La norma regula en sus párrafos segundo y tercero cómo se hereda después del fallecimiento de los testadores, estableciendo las reglas para determinar cuál ha de ser el destino de los bienes. A) Si los testadores designan herederos o legatarios, respecto de los bienes que quedaren al fallecimiento del último de los testadores, los así designados en los bienes, sucederán directamente del primer fallecido. B) Si por el contrario, los testadores no han previsto el ulterior llamamiento de un tercero, al fallecimiento del último de los testadores, los bienes procedentes del primero que quedaren por no haber dispuesto de ellos el sobreviviente pasarán a los parientes llamados en tal momento a la sucesión legal del primeramente fallecido. Se respeta así el principio de troncalidad, al cambiar la trayectoria sucesoria de los bienes a favor de los sucesores legales del premuerto. Es de reseñar que el precepto tiene carácter dispositivo [el subrayado es nuestro] y que solo es aplicable cuando la institución recíproca se hace en testamento mancomunado y no, cuando los testadores lo otorguen en sendos testamentos individuales, en cuyo caso al fallecimiento del supérstite heredarán sus sucesores legales, tanto de los bienes procedentes del premuerto como de los suyos propios». Por consiguiente, si el precepto tiene carácter dispositivo, no es de *ius cogens* o imperativo, con lo que la acción entablada únicamente puede ser de anulabilidad y no de nulidad radical, estando sometido su ejercicio al plazo de caducidad de cuatro años, como establece la sentencia apelada, por lo que el recurso debe perecer en lo sustancial.

**Cuarto.-** Sin embargo, convenimos en la existencia de dudas jurídicas, 'toda vez' que el propio Registrador de la Propiedad,

denegó la inscripción interesada al no concurrir la totalidad de los llamados o partícipes. Por ello el recurso debe ser estimado en este punto, revocando la sentencia de instancia en cuanto a la expresa imposición de costas a la parte actora.

La parcial estimación del recurso de apelación conlleva que no hagamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada, artículo 398 LEC, con devolución del depósito constituido para recurrir.

52

## NÚM. 52

S. APZ (secc. 4.ª) 460/2017  
de 31 de octubre de 2017

**644: GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS: BIENES EXCLUIDOS DE LA ADMINISTRACIÓN PATERNA: Oposición de intereses:** *En el régimen de administración de bienes de menores en Aragón es preferente la voluntad del disponente, que tiene la potestad de configurar el régimen de la administración de sus bienes, modificando la previsión ordinaria, que sería, en este caso, la administración por la madre del menor (art. 9 CDFa). Y de la misma manera prevalece la voluntad del disponente frente a «las limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor». Esa libertad, que así se configura como plena tiene, por propia previsión legal, preferencia sobre el régimen legal de limitaciones (art. 13 CDFa).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 9-2, 13, 94-3, 107, 135-3 CDFa.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

*La madre, no administradora de los bienes heredados por su hijo del padre y cónyuge de la anterior, demanda la nulidad de un acto de disposición llevado a cabo por los administradores del hijo (sus abuelos y tía paternos) nombrados en testamento por el padre con facultades para administrar y disponer de los bienes dejados al hijo, sin necesidad de intervención de la Junta ni del Juez, alegando que hay conflicto de intereses. En ambas instancias se desestiman sus pretensiones.*

53

## NÚM. 53

S. APZ (secc.4.ª) 481/2017  
de 9 de noviembre de 2017

**84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN:** **Actos tolerados: Excluyen la usucapión:** *El mero transcurso del tiempo no hace claudicante la vecindad. La tolerancia no está sometida a plazo de caducidad. Es necesario que existan actos inequívocos de que esa tolerancia, que es bilateral, se ha roto y pasa a existir una posesión impuesta excluyente de la tolerancia. Pues esta no afecta a la posesión ni por tanto puede fundar usucapión alguna. La tolerancia y buena vecindad son excluyentes de la usucapión de una servidumbre. Usucapión que configura una relación predial jerarquizada que no se puede apoyar en una tolerancia, que no afecta a la posesión (art. 444 C. Civil).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts 537-2 CDFa y art. 444 Cc.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

*Se ejercita una acción confesoria de servidumbre que es rechazada en ambas instancia por estar ante meras relaciones de vecindad y actos tolerados por las partes.*



**C) RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE ARAGÓN (2017)**

**C) RESOLUTIONS OF THE COURTS OF FIRST INSTANCE OF ARAGON (2017)**

54

NÚM. 54

*S. JPII Núm. 2 Barbastro 85/2017  
de 14 de noviembre de 2017*

**513: PRINCIPIOS. «STANDUM EST CHARTAE»:** PACTO SUCESORIO: *Reviste aquí vital importancia el principio standum est chartae, esto es, la voluntad de los otorgantes, que declaraban que muerta la heredera sin descendencia o habiendo fallecido los hijos menores de edad sin testar, revierta esta herencia a los instituyentes. De manera que habiendo muerto la instituida antes que los causantes y sin descendencia, la herencia revierte a los padres, que nombran heredera a la hermana de la instituida premuerta. En razón de ello, el marido demandado no es propietario de los bienes de la herencia paccionada de su esposa.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 3 CDFA.

**PONENTE:** *Ilmo. Sra. Dña. Jessica Fernandez Belles.*

*La demandante ejercita que se declare heredera de sus padres, al haber fallecido la instituida sin descendencia, y se anulen los actos de disposición llevados a cabo por el marido de la instituida premuerta a los causantes, al haberlo nombrado heredero en su testamento. El Juzgado, interpreta el pacto sucesorio, la cláusula típica de reversión, en el sentido pretendido por la demandante, por lo cual se estima la demanda.*

NÚM. 55

*S. JPI Zaragoza n° 7 343/2017  
de 28 de noviembre de 2017*

**84: SERVIDUMBRES: DE VERTIENTE DE TEJADO:** *Constitución por signo aparente: La servidumbre es de vertiente de tejados o «estilicidio» que es continua y aparente en la medida que su existencia es fácilmente perceptible por la posición de la cubierta del alero. Se tiene constancia de este vertido de aguas desde el tejado del n° 4 al ni 6 al haber sido dos fundos que eran uno y luego se dividieron, estimándose la existencia de esta servidumbre, cuyo ejercicio*

55

*desde 1969 que se separaron los fundos ha sido conforme con el art. 557 CDFR, que impone un uso «civiliter» de la servidumbre.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 552, 557, 561, 566, 568, 569 y 570 CDFR.

**PONENTE:** *Ilmo. Sr. D. Francisco de Paula Puig Blanes.*

*En el proceso se ejercitan diversas acciones, daños, reparación, pero también una acción confesoria de servidumbre por signo aparente, al haberse segregado dos fincas en 1969 y quedar una al servicio de la otra a través del canalón de vertido de aguas. El juzgado estima esta pretensión.*