

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 éstas, las de TSJA se publican íntegras, mientras que las de Audiencia o Juzgado solamente sus fundamentos de derecho.

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

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

1

NÚM. 1

S. TS 488/2015 de 15 de septiembre de 2015

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES: Derechos legitimarios: No hay exclusión absoluta de los legitimarios. La validez de la institución recíproca del testamento mancomunado resulta incuestionable, sin que ello comporte vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima colectiva aragonesa, pues en tal caso se daría la reducción del haber de la institución de heredero, pero no su nulidad o supresión. La existencia de descendientes comunes no comporta la invalidez o la ineficacia de la institución propiamente dicha, sino su adaptación o modificación con relación al límite dispositivo que representa la legítima de los descendientes.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al

margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 671/2011 por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1748/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Susana Pérez de Olaguer Sala en nombre y representación de don Victorino, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Pilar Moliné López en calidad de recurrente y la procuradora doña Amalia Ruiz García en nombre y representación de doña Josefa en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Susana Pérez de Olaguer, en nombre y representación de don Victorino interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Josefa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: «...se declare nula y, en todo caso, ineficaz o anulable la cláusula primera del referido testamento del

causante de 10/10/2006, protocolo 1074 del notario de Barcelona Juan José de Palacio Rodríguez, por la que se atribuía el concepto de heredera pura y simple a la demandada, declarando abierta así la sucesión intestada, y dejando en cualquiera de los casos siempre incólume el derecho de esta parte a percibir su legítima entera como así también se debe declarar».

SEGUNDO.- La procuradora doña Carlota Pascuet Soler, en nombre y representación de doña Josefa, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: «... se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante en todo caso».

TERCERO.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: «...Que estimando en parte la demanda formulada por la procuradora Sra. Pérez de Olaguer, en nombre de don Victorino, frente a doña Josefa, debo declarar como declaro:*

1) *La validez de la Cláusula Primera del testamento abierto mancomunado otorgado por don Bernardino, el 10 de octubre de 2006.*

2) *El derecho del actor a reclamar la legítima que le corresponda de la heredera universal, doña Josefa .*

No se hace pronunciamiento sobre costas».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Josefa, la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 29 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: «...Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Victorino contra la senten-*

cia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona en fecha 18 de abril de 2011, debemos confirmar dicha resolución, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso pero con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se desestima, por inadmisibilidad, la impugnación de sentencia deducida por la parte demandada, sin efectuar expresa imposición de costas».

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 14 de noviembre de 2013, en cuya parte dispositiva consta: «...**LA SALA ACUERDA: HABER LUGAR A LA ACLARACIÓN solicitada en el sentido de que el eventual recurso de casación, que debe interponerse en este tribunal, se tramitará ante el Tribunal Supremo».**

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de don Victorino con apoyo en los siguientes MOTIVOS:

Primero.- Infracción del artículo 199 en relación con el artículo 193.2 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Segundo.- Infracción del artículo 199.2 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Tercero.- Infracción del artículo 198.3 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Cuarto.- Infracción del art. 179 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Quinto.- Infracción del artículo 104 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Sexto.- Infracción del art. 24 CE.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de febrero de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Amalia Ruiz García, en

nombre y representación de doña Josefa presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de julio del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible nulidad de un testamento y, por tanto, la apertura de la sucesión intestada, en el marco de aplicación del Derecho de Sucesiones de Aragón (ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte).

La cuestión de fondo planteada comporta, a su vez, la valoración de cuestiones jurídicas que se sustentan con relación a la interpretación de la normativa aplicable en relación al testamento objeto del presente caso. Entre otras, y de modo principal, el alcance de la institución recíproca de heredero con relación a la aplicación foral del «pacto al más viviente». La compatibilización de la legítima aragonesa con el testamento mancomunado con institución recíproca. Y, en suma, como opera la figura de la «exclusión de los legitimarios».

2. En síntesis, deben destacarse los siguientes hechos y valoraciones.

Los cónyuges don Bernardino y doña Josefa, de vecindad civil aragonesa, otorgaron el 10 de octubre de 2006, ante Notario, testamento abierto mancomunado en cuya cláusula primera se instituyen recíprocamente herederos universales en todos sus bienes y derechos. En la cláusula segunda, y sólo para el caso de fallecer ambos sin haber modificado este testamento el último sobreviviente, legan a su hijo Victorino el usufructo vitalicio de un inmueble

de Madrid e instituyen heredero universal a su otro hijo vivo Isaac.

El Sr. Bernardino había otorgado con anterioridad tres testamentos abiertos (en 30 de diciembre de 2003, 10 de julio de 1997 y 13 de agosto de 1979) y falleció el día 13 de noviembre de 2006.

Al tiempo de su fallecimiento ostentaban la calidad de legitimarios, además de los dos hijos antes citados, el nieto del testador, Millán (hijo de Piedad fallecida con anterioridad) que es mencionado en el testamento sin que se establezca disposición alguna respecto al mismo.

Don Victorino, hijo de los testadores, promueve juicio ordinario sobre la nulidad de la institución testamentaria contemplada en la cláusula primera (en la que ambos testadores se instituyen herederos universales recíprocos) y se declare su invalidez. De forma que se proceda a abrir la sucesión intestada con la posibilidad de recibir su legítima entera.

Por su parte, la parte demandada, doña Josefa, madre del demandante y heredera sobreviviente, se opone a dichas pretensiones sustentando la plena validez de la cláusula y del testamento otorgado.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, y declara tanto la validez de la citada cláusula, como el derecho del demandante a reclamar la legítima que le pueda corresponder.

La parte demandante recurre en apelación, con la petición de que se declare nula o ineficaz la cláusula primera del testamento, ordenándose la apertura de sucesión intestada de todo el caudal relicto y puntualizando que la conservación de su legítima lo es frente a «cualquier extraño».

La parte demandada impugna el recurso de apelación puntualizando que no se declare el derecho del actor a percibir su

legítima entera, sino que se declare el derecho del mismo a reclamar la legítima que pudiera corresponderle, en su caso, de quien correspondiere o pudiera corresponder.

La sentencia de segunda instancia, desestima el recurso de apelación y la impugnación del mismo, confirmando la sentencia de primera instancia.

Con relación a las cuestiones sustantivas la Audiencia excluye la apertura de la sucesión intestada por no existir preterición (porque se le nombra), ni desheredación (al existir legado), ni exclusión absoluta (que exige expresión positiva). Tampoco por vía del artículo 81 (Ley 1/1999) cuya solución se consigue con respeto a la legítima. Delimita, el «pacto al más viviente» en el marco de la institución de heredero recíproca. Y atiende al principio de conservación del testamento, conforme a la interpretación del testamento y a la finalidad del testamento mancomunado de robustecer la posición recíproca de los otorgantes.

3. El testamento, de fecha 10 de octubre de 2006, presenta el siguiente tenor: «TES-
TAMENTO ABIERTO MANCOMUNADO.

NÚMERO MIL SETENTA Y CUATRO

En BARCELONA, mi residencia, siendo las doce horas, diez minutos del día diez de Octubre de dos mil seis.

Ante mí, JUAN JOSÉ DE PALACIO RODRÍGUEZ, Notario de esta Capital y del Ilustre Colegio de Cataluña, personado previo requerimiento en la habitación n° 071, en la planta 2ª, (con acceso por la escalera 10), del «HOSPITAL CLÍNICO DE BARCELONA» sito en esta ciudad, calle Villarroel n° 170.

COMPARECEN

Los cónyuges, don Bernardino, nacido en Soses (Lérida), el día... de 1917, hijo de Victoriano y Clara (fallecidos), y doña Josefa, nacida en Muro de Roda (Huesca),

el día ... de 1928, hija de Victoriano y Marina (fallecidos), mayores de edad, ambos vecinos de Barcelona, domiciliados en calle ..., núm ..., escalera núm ..., provistos de DD.NN.II. números y... INTER-
VIENEN

Ambos en su propio nombre y derecho.

Manifiestan ser aforados aragoneses, la segunda por nacimiento y residencia continuada en territorio aragonés, y el primero por residencia continuada en territorio aragonés durante más de diez años sin declaración en contrario.

Casados en régimen económico-matrimonial de consorcio Conyugal legal de Aragón.

Les identifico por sus respectivos documentos de entidad que me exhiben y devuelvo, y tienen a mi juicio capacidad legal necesaria para testar, protocolizándose al efecto un certificado médico acreditativo del estado de don Bernardino.

EXPONEN:

I- Que están casados en único y actual matrimonio del que nacieron cuatro hijos llamados doña Josefa, doña Piedad, don Victorino y don Isaac.

Se hace constar que la citada hija doña Josefa falleció en estado de soltera y sin descendientes.

Igualmente se hace constar que la hija doña Piedad, falleció igualmente en estado de divorciada y dejó un hijo llamado don Millán.

II.- Que es voluntad de los comparecientes otorgar testamento abierto mancomunado con arreglo al derecho aragonés, cuya regionalidad ostentan y lo hacen de acuerdo a las siguientes,

DISPOSICIONES

PRIMERA.- Ambos esposos se instituyen herederos universales recíprocos de todos sus bienes, derechos y acciones.

SEGUNDA.- Para el caso de fallecer ambos herederos, sin haber modificado unilateralmente este testamento, el último sobreviviente, ordenan sustitución del mismo, en la siguiente forma:

a.- Legan a su hijo don Victorino, el usufructo vitalicio sobre el piso propiedad de los testadores, sito en Madrid, calle ..., núm. ..., con todo su mobiliario y enseres.

Lo sustituyen en dicho usufructo por su compañera, doña Hortensia.

b.- Instituyen y nombran heredero universal de todos sus bienes presentes y futuros, a su hijo don Isaac, quien será sustituido vulgarmente para los casos de premoriencia, conmoriencia o incapacidad, por sus descendientes por stirpes.

TERCERA.- Es voluntad de los testadores, que si se encontraren Memorias testamentarias, codicilos, o documentos firmados en que se contengan disposiciones para el momento de fallecer se cumplan.

CUARTA.- Revocan y anulan cualquier otro acto de última voluntad otorgado con anterioridad al presente».

RECURSO DE CASACIÓN

Derecho Civil autonómico. Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón. Testamento mancomunado con institución recíproca de heredero. Pacto al más viviente. Validez de la institución y derecho de los legitimarios.

Principio de conservación de los actos y negocios jurídicos. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en seis motivos.

En el motivo primero, denuncia la infracción del artículo 199 en relación con el artículo 193.2 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón (LS).

Sostiene la parte recurrente que el testador ha sufrido un error grave al disponer la exclusión testamentaria de todos sus descendientes, siendo de aplicación lo dispuesto para estos casos respecto de la preterición no intencional, esto es, la delación intestada de la herencia.

En el segundo motivo, reitera la infracción anteriormente señalada, si bien concreta su proyección en la indebida inaplicación del artículo 109.2 LS, particularmente respecto de la cláusula primera del testamento en donde, a su juicio, se ordena la citada exclusión de los legitimarios.

En el motivo tercero, y en la línea de los anteriores motivos, denuncia la infracción del artículo 198. 3 LS; de forma que la exclusión de todos los legitimarios comporta el derecho a suceder intestado y a reclamar la legítima colectiva.

En el motivo cuarto, alega la vulneración del artículo 179 LS, al no reducirse y anularse la institución de heredero para dejar incólume la intangibilidad cuantitativa de la legítima colectiva aragonesa.

En el motivo quinto, denuncia la infracción del artículo 104 LS, en cuanto que la sentencia recurrida aprecia un inexistente «pacto al más viviente».

Por último, *en el motivo sexto,* denuncia la infracción del artículo 24 CE, en relación a la no imposición de costas de apelación a la parte contraria.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

1. En los dos primeros motivos del recurso, la parte recurrente cuestiona la interpretación del testamento que, de forma concordante, realizan tanto el Juzgado de primera instancia como la Audiencia, con base en el pretendido error del testador en

orden a la exclusión de los legitimarios que, según su parecer, se infiere de la cláusula primera del testamento.

Los motivos deben ser desestimados. Contrariamente a lo alegado por la parte recurrente, esta Sala no considera que la interpretación del testamento que realiza la Audiencia sea ilógica, arbitraria o absurda, sino plenamente correcta y razonada.

En primer lugar, porque de la interpretación sistemática del testamento otorgado la sentencia recurrida no infiere, que de la cláusula primera del testamento, se desprenda la exclusión de los legitimarios alegada y, por lo tanto, se produzca un error, de hecho o de derecho, acerca del alcance de dicha cláusula en el testamento realizado. En efecto, la propia sentencia realiza como, conforme al artículo 198 de la Ley de sucesiones, la exclusión absoluta, por los efectos que produce, requiere de una declaración de voluntad expresa en el acto dispositivo realizado, distinta de la mera omisión de asignación de bienes del caudal relicto. En el presente caso, no sólo no se da la existencia de esta declaración expresa respecto de la exclusión de todos los legitimarios y, con ella, la posibilidad de abrir la sucesión ab intestato (artículo 198. 3 LS), sino que, por el contrario, los herederos legitimarios, esto es, los cuatro hijos comunes del matrimonio, son mencionados expresamente en el expositivo primero del testamento. Disponiéndose, además, para el caso del fallecimiento de ambos testadores sin haber modificado unilateralmente el testamento otorgado, de un legado en favor del legitimario, hoy recurrente (disposición segunda del testamento). Valoración plenamente concordante con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, STSJA de 22 de septiembre de 2011 (núm. 9/2011).

En segundo lugar, como se verá con mayor detalle en el examen de los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso, la validez de la cláusula primera del testamento resulta incuestionable, pues en ella los testadores aragoneses se acogen al testamento mancomunado instituyéndose recíprocamente como herederos universales, sin que ello comporte la vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima colectiva aragonesa, pues en tal caso se daría la reducción del haber de la institución de heredero, pero no su nulidad o supresión.

Por último, también debe destacarse, en orden a la desestimación de los motivos indicados, que la parte recurrente infiere, directamente y de un modo automático, la existencia del error de la mera literalidad de la cláusula primera, sin precisar los presupuestos en los que basa la existencia del mismo y el alcance de su gravedad. Todo ello, sin recurrir a la interpretación sistemática del testamento e imputando el error tan sólo a uno de los testadores y no a ambos, como resulta del todo necesario en un testamento mancomunado.

2. En los motivos tercero, cuarto y quinto la parte recurrente, sobre la base del error cometido por el testador, cuestiona la validez del testamento dado que la preterición no intencional de los legitimarios comportaría la nulidad del mismo y la apertura de la sucesión intestada (artículos 198.3 y 193.2 de la LS).

Los motivos deben ser desestimados. Descartado el error en la voluntad testamentaria, tanto de la interpretación del testamento realizado, como de la inexistencia de prueba o acreditación del mismo, la compatibilidad, en el presente caso, de la legítima aragonesa con la figura del testamento mancomunado resulta plenamente aplicable.

En este sentido, si se atiende a la regulación actual de la figura, es decir, a la citada Ley 1/1999 y a su concordancia con la armonización efectuada por el vigente Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, se observa como, a diferencia de la Compilación aragonesa (1967), el testamento mancomunado con institución recíproca de heredero, conocido formalmente como «pacto al más viviente», ha sido objeto de un tratamiento normativo más flexible en orden a su posible aplicación testamentaria. En efecto, la figura ya no solo resulta de aplicación respecto de los testadores que en el momento del otorgamiento estén casados, sino para cualesquiera dos otorgantes con independencia de la existencia del vínculo matrimonial entre ellos. Pero también, y esto es lo relevante a los efectos que aquí interesan, resulta de aplicación o es compatible aun existiendo descendientes comunes de ambos otorgantes, caso que nos ocupa.

De forma que en estos supuestos el «pacto al más viviente» equivale a la concesión, al heredero sobreviviente, del usufructo universal y vitalicio de los bienes del heredero premuerto, así como la facultad de distribuir la herencia (Artículo 81.2 Ley 1/1999). Por lo que, en la línea de lo expuesto, la existencia de descendientes comunes tampoco comporta la invalidez o ineficacia de la institución propiamente dicha, sino su adaptación o modificación con relación al límite dispositivo que representan las legítimas de los descendientes.

Conclusión, que la sentencia recurrida (fundamento de derecho segundo) refuerza con el principio de conservación del testamento («favor testamenti»). Principio que esta Sala, tal y como alega la parte recurrida, tiene declarado, precisamente, con relación al régimen de ineficacia testamentaria previsto en el artículo 814 del

Código Civil, por la preterición no intencional del heredero legitimario; STS de 10 de diciembre de 2014 (núm. 695/2014).

3. Por último, el motivo sexto del recurso también debe ser desestimado.

En este sentido, la parte recurrente plantea el tratamiento de las costas procesales de la apelación en sede del recurso de casación, cuestión que resulta improcedente a tenor de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTS de 30 de septiembre de 2010 (núm. 573/2010) y 4 de febrero de 2015 (núm. 40/2015).

TERCERO.- Desestimación del recurso y costas.

1. La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación del recurso de casación.

2. De conformidad con el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC, las costas del recurso de casación se imponen a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Victorino contra la sentencia dictada, con fecha 29 de octubre de 2013, y aclarada por auto de 14 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, en el rollo de apelación nº 671/2011.

2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrida.

NÚM. 2

S. TSJA 7/2016 de 17 de febrero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: *Interés del menor: No hay vulneración del art. 80.2 al mantener la custodia individual a favor de la madre, porque la preferencia de la custodia compartida ha de establecerse siempre en interés del menor y la sentencia recurrida razona que ese interés sustenta el mantenimiento de la custodia de la madre, porque «el padre no podría asumir el cuidado y atención diarios de dos niños tan pequeños» y esta resolución, fundada en la valoración conforme a la sana crítica de la prueba pericial psicológica, estima el TSJA que no infringe el ordenamiento jurídico.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 3, 77, 79.5, 80 CDEA, 91 Cc., 775 Lec.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos relevantes acreditados en el proceso.

En las instancias han resultado acreditados los siguientes hechos, que resultan relevantes para la decisión del recurso de casación interpuesto:

1.- D. Diego M. P. y D^a Beatriz G. E. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 27 de mayo de 2006.

2.- Dichos cónyuges tuvieron dos hijos, Néstor y Marcos M. G., nacidos el 6 de agosto de 2008 y el 9 de mayo de 2011, respectivamente.

3.- En autos de divorcio de común acuerdo n° 299/2012 recayó sentencia de 3 de mayo de 2012 por la que se declaró disuelto por divorcio el citado matrimonio y se aprobó el pacto de relaciones familiares de fecha 1 de abril de 2012, suscrito por ambos consortes.

4.- Conforme a dicho pacto, los dos menores hijos del matrimonio quedaban bajo la custodia de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre, siendo compartida la autoridad familiar.

5.- D. Diego M. P. ha instado la modificación de las medidas de divorcio en la demanda que ha dado lugar a la apertura del presente proceso, modificación que sustenta en un cambio sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para establecer la guarda y custodia de los menores a favor de la madre, solicitando que la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio sea compartida por ambos progenitores por meses alternos, además de modificación del uso del domicilio que fue familiar y que se fije un nuevo régimen de visitas.

6.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de esta ciudad desestima en lo sustancial la demanda deducida, al considerar que no concurren circunstancias para modificar el régimen de custodia establecido en la sentencia de divorcio, aunque realiza una modificación en el régimen de visitas y vacaciones.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 29 de septiembre de 2015 lo desestima, confirmando la recurrida, al apreciar que no se ha producido un cambio de circunstancias respecto del momento en que recayó la sentencia de divorcio, y que de la prueba practicada resulta que se ha aplicado correctamente el artículo 80 del Código de

Derecho Foral Aragonés (CDFA), al señalar que en este caso la custodia individual resulta más beneficiosa para los hijos menores que la compartida, solución que la Audiencia considera procedente ratificar.

SEGUNDO.- Los motivos del recurso de casación.

Frente a la citada sentencia D. Diego interpone recurso de casación, que funda en dos motivos: 1.- Infracción de lo dispuesto en los artículos 79.5 y 80.2 del CDFA, en relación con el artículo 91 del Código civil; 2.- Infracción de la doctrina sentada en sentencias dictadas por este Tribunal, de las que cita la sentencia nº 11/2015, de 6 de abril, entendiendo que el caso que nos ocupa es muy similar al allí resuelto, basándose en ello para fundar el interés casacional.

Ambos motivos han sido admitidos por Auto de 2 de diciembre de 2015, y van a ser objeto de examen conjunto en cuanto a su prosperabilidad, ya que el segundo de ellos puede considerarse como ampliación de los argumentos en que se funda el primero, teniendo en cuenta que todos los motivos de recurso de casación deben fundarse en la infracción de norma sustantiva conforme a lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- De la naturaleza del proceso de modificación de medidas.

Para la resolución del recurso de casación es necesario considerar la naturaleza del proceso en que nos hallamos, autos de Modificación de Medidas acordadas en sentencia de divorcio, que tiene cauce procesal en lo establecido en el artículo 775 de la Ley Enjuiciamiento Civil, y fundamento sustantivo en lo dispuesto en el artículo 79.5 del CDFA, concordante con lo establecido, en su ámbito de aplicación, en el artículo 91 del Código civil.

Esta Sala en diversas sentencias, entre ellas la nº 19/2014, de 26 de mayo, recaída en recurso de casación 13/2014, ha puesto de relieve que el contenido normativo del artículo 79.5 del CDFA tiene una mayor flexibilidad que el establecido en el artículo 91 del Código civil, lo que se explica porque las medidas a que se refiere el precepto aragonés son todas ellas relativas a menores.

Conforme a los indicados preceptos las medidas acordadas en sentencias firmes de divorcio pueden ser modificadas, instándolo por medio de demanda, cuando se haya producido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. En este proceso resulta posible decidir de nuevo respecto de lo ya resuelto en sentencia firme, siempre que resulte comprobado ese cambio de circunstancias y la nueva resolución que se solicita resulte más conveniente para el interés de los menores, en casos como el presente en que la modificación se insta respecto del régimen de custodia.

Como esta Sala tiene declarado en sentencia nº 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».

En el caso de autos debemos resaltar que la sentencia de divorcio recayó en un proceso de dicha clase tramitado de común acuerdo, y en ella se aprobó el pacto de relaciones familiares de fecha 1 de abril de 2012, en el cual se acordaba que la guarda y custodia de los hijos menores quedaba atribuida a la madre, pacto que se firmó cuando ya estaba vigente el artículo 80 de CDFA, cuyo contenido constaba a las partes a través de su defensa jurídica, y que se firmó al amparo de lo establecido en los artículos 3 y 77 de dicho código.

CUARTO.- Decisión sobre los motivos del recurso.

La parte recurrente expone que se ha producido una relevante modificación de las circunstancias concurrentes, que ha de dar lugar a la modificación del régimen de custodia de los menores Néstor y Marcos, modificación que se concreta en el nacimiento de una nueva hija del Sr. M. P., por tanto hermana de los menores, y la flexibilización del horario laboral del Sr. M. P. por haber sido aprobado el Plan Concilia. De la existencia acreditada de dichos cambios resulta, a criterio del recurrente, la necesidad de modificar el régimen de guarda y custodia conforme a lo prevenido en el artículo 80.2 del CDFA y acordar la custodia compartida de los menores por semanas alternas.

El hecho de que el Sr. M. P., aquí recurrente, haya sido padre de una nueva hija no modifica sustancialmente las circunstancias concurrentes que determinaron, en su día, el establecimiento de un régimen de custodia de los menores hijos del matrimonio a favor de la madre, conforme al pacto de relaciones familiares aprobado judicialmente. El mero hecho del nacimiento de un nuevo hijo puede

afectar al tiempo que el progenitor pueda dedicar al cuidado y atención de los mayores, lo que en su caso podría significar una menor disponibilidad para atender a éstos, pero no es un argumento que justifique la necesidad de modificación de las medidas precedentemente acordadas.

En cuanto a la flexibilización del horario laboral del Sr. M. P., hemos de estar al resultado probatorio que se expresa en la sentencia recurrida. En ella se recoge, al confirmar la de primera instancia, que D. Diego es Policía Local y trabaja en horario a turnos alternos mensuales, teniendo concedido el Plan Concilia, por lo que manifiesta que podría tener la custodia en los meses de horario de mañana. Cuenta con el apoyo de sus padres, que residen en C. El posible cambio de turno con un compañero es un hecho no aceptado en la sentencia de la Audiencia, que razona que se trata de una invocación por primera vez en la alzada y no ha sido aprobado por el órgano competente.

Partiendo de los hechos comprobados la Audiencia Provincial concluye en estimar que no se ha producido una modificación de suficiente entidad como para dar lugar a la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, conclusión que ha de ser ratificada por esta Sala. Conforme a una consolidada doctrina jurisdiccional, recogida en la sentencia del Tribunal Supremo nº 417/2015, de 29 de junio, la función de la casación no es la de una tercera instancia, sino la de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho efectuada por la Audiencia Provincial, y en este caso no ha sido infringido el artículo 79.5 del CDFA.

QUINTO.- Tampoco existe vulneración de lo dispuesto en el artículo 80.2 del Código Aragonés, en cuanto previene que *El Juez adoptará de forma preferente la custo-*

dia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Dicha preferencia ha de establecerse siempre en interés del menor, que constituye el criterio superior al momento de fijar su régimen de atención, guarda y custodia.

En este sentido la Sala ha recordado —sentencia 17/2015, de 28 de mayo de 2015— que dicha prioridad se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFA, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón. Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye «*un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*» (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso «*ex officio*» sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

En el caso de autos la sentencia recurrida razona que el interés superior de los menores Néstor y Marcos sustenta el esta-

blecimiento —y mantenimiento incólume— de su custodia por la madre. Al respecto afirma que «*se ha aplicado el artículo 80 del CDFA por el Juzgador de instancia, al señalar que la custodia individual resulta más beneficiosa para los hijos menores, solución que esta Sala debe ratificar*». Dicha decisión, fundada en ajustados razonamientos, acuerda la aplicación al caso de la custodia individual, porque «*el padre no podría asumir el cuidado y atención diarios de dos niños tan pequeños*» y esta resolución, fundada en la valoración conforme a la sana crítica de la prueba pericial psicológica, no infringe el ordenamiento jurídico.

Por último debemos expresar, en respuesta a las invocaciones que se formulan como segundo motivo del recurso, que la sentencia recurrida no se opone a lo resuelto por esta Sala en la sentencia nº 11/2015, de 6 de abril, en cuanto que los hechos allí considerados no resultaban similares a los de autos.

Por las razones expresadas el recurso de casación es desestimado.

SEXTO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien la especial naturaleza de los intereses en juego da lugar a una complejidad fáctica y jurídica que aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se halla sujeto a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 277/2015.

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.

3

NÚM. 3

S. TSJA 9/2016 de 19 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS: Responsabilidad de los administradores: *Sobre el grado de negligencia exigible para la declaración de responsabilidad de los administradores de una cooperativa, la ley aragonesa exige un plus sobre la del ordenado comerciante, o la menos estricta en las sociedades de capital, de incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 41 y 42 TR de la Ley de Cooperativas de Aragón (Decreto Legislativo 2/2014, de 29/8).

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Invocación artificiosa del standum: *En el recurso se invoca como infringido el art. 3 CDFA. Pero para determinar la competencia de la Sala no basta la mera invocación formal de un precepto aragonés como vulnerado, sino que se requiere que la norma foral de referencia sea aplicable a la resolución de la controversia y de las cuestiones implicadas en ella, es decir, tenga una efectiva relación con la cuestión debatida pues, en otro caso, podría el litigante escoger a su arbitrio el Tribunal competente para el examen del recurso de casación. Versando la litis sobre cumplimiento de contrato, el art. 3 CDFA no hace al caso, y de hecho se invocó en el recurso de apelación «a mayor abundamiento».*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 3 CDFA

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

Zaragoza, a veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D.^a Ruth Herrera Royo, actuando en nombre y representación de A. de G., S.L. presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito interponiendo recurso de casación e infracción procesal frente a la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2015, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 365/2015, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 198/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciocho de Zaragoza, siendo parte recurrida P. P., S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a Celia Cebrián Orgaz.

4

NÚM. 4

A. TSJA de 24 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

Una vez se tuvo por interpuesto dicho recurso, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 1/2016, en el que se personaron todas las partes, y seguidamente se pasaron a la Ilma. Sra. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por providencia de 27 de enero pasado, se acordó:

«Examinado el recurso, se aprecia por la Sala que se invoca como infringido en el primero de los motivos de casación un precepto foral, pero no se justifica su vulneración, sino que la cita más parece un instrumento para determinar la competencia de esta Sala. Ante ello, procede, de acuerdo con el artículo 484 de la LEC, oír a las partes y al Ministerio Fiscal por posible incompetencia.»

Dentro de plazo, todas las partes presentaron escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal que, de inadmitirse el primer motivo de casación, considera que la competencia correspondería a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Es Ponente la Magistrado Ilma. Sra. D.^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el trámite de admisión del recurso de casación, la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo. Por lo que se refiere al primer extremo, a tenor del artículo 478. 1, párrafo 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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. El artículo 1 de la Ley 4/2005 de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa dispone que La Sala de lo Civil y Penal del tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá 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 con otros motivos, en infracción de las normas del Derecho Civil aragonés.

En el recurso se invoca como infringido (además de otros preceptos de derecho común) el artículo 3 del CDFA. Pero para determinar la competencia de la Sala no basta la mera invocación formal de un precepto aragonés como vulnerado, sino que se requiere que la norma foral de referencia sea aplicable a la resolución de la controversia y de las cuestiones implicadas en ella, es decir, tenga una efectiva relación con la cuestión debatida pues, en otro caso, podría el litigante escoger a su arbitrio el Tribunal competente para el examen de un recurso de casación. El ATS del Pleno del TS de 11/11/2015 expresa: *El examen de la competencia funcional para conocer del recurso de casación es previo a cualquier pronunciamiento sobre su admisibilidad, sin perjuicio de que la invocación indebida de una u otra norma pueda ser valorada a fin de evitar que la parte recurrente determine la competencia para conocer del recurso imponiendo su propio criterio al de la ley.* Ello es congruente con la naturaleza no dispositiva de las normas sobre competencia.

SEGUNDO.- Pues bien, en el presente caso es patente que la exigencia referida (fundamento del recurso en la infracción de norma aplicable al objeto del pleito) no concurre. Versando la litis sobre cumplimiento de contrato, el artículo 3 del CDFA no hace al caso, y de hecho se invocó en el recurso de apelación «a mayor abundamiento», consistiendo la actual queja de la parte sobre la falta de motivación, en la sentencia, del por qué no se aplica. Lo que el precepto ordena es que es la voluntad de los sujetos la que debe prevalecer, salvo que consista en algo imposible, o contravenga la Constitución o normas imperativas. De ahí que esta Sala ha recordado en ocasiones anteriores que tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición. Pero lo que en el recurso se alega es que las modificaciones en la obra no se realizaron conforme a lo pactado. Y en este mismo sentido se arguye en el escrito de alegaciones a la providencia del pasado veintisiete de enero, donde se señala que el objeto de la presente litis consiste en determinar si se ha dado o no cumplimiento de un contrato entre partes. Ello evidencia lo artificioso de la invocación del precepto.

En consecuencia, y no incluyéndose en el recurso otros motivos por infracción de norma aragonesa, ha de concluirse que esta Sala carece de competencia funcional para conocer del recurso de casación interpuesto y, en atención a esa falta de competencia, no puede este Tribunal decidir sobre la admisibilidad de aquel, al ser competente para ello la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (artículo 56.1º LOPJ). Procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 LEC, abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

TERCERO.- No procede hacer especial declaración respecto de las costas causadas.

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

FALLO

Abstenerse de conocer del recurso de casación interpuesto por A. de G., S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de noviembre de 2015, al no ser esta Sala competente para su conocimiento, por serlo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

No se hace expreso pronunciamiento sobre el pago de costas.

Devuélvase los depósitos constituidos.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Remítanse los autos a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con testimonio de la presente resolución, a fin de que la parte recurrente interese ante dicha Sección en el plazo de cinco días, desde la notificación de la presente, lo que a su derecho convenga (conforme al art. 62.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

NÚM. 5

A. TSJA de 25 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Falta de técnica casacional: Falta en el recurso de casación una fundamentación suficiente sobre la infracción del ordena-

miento jurídico alegada, así como falta la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 Lec.). Los motivos y argumentaciones del recurso por infracción procesal en modo alguno pueden servir, mediante una remisión íntegra, para fundamentar el recurso de casación. El recurso es inadmisibile desde el punto de vista de la técnica casacional. No corresponde a esta Sala reelaborar el recurso —delimitando lo que corresponde a la casación o a la infracción procesal— supliendo una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 481 y 483 Lec.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás

Zaragoza a veinticinco de febrero de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D.^a M^a del Carmen Redondo Martínez actuando en nombre y representación de D. Ricardo José S. A. presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito interponiendo recurso de casación e infracción procesal frente a la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 486/2015, dimanante de los autos de divorcio núm. 1044/2014, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia num. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrida D.^a M^a Ángeles M. B., y una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el

emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 3/2016, en el que se personaron todas las partes y se pasaron al Excmo. Sr. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

Por providencia de 27 de enero pasado, se acordó:

«Visto el recurso de casación interpuesto por la Procuradora D.^a María del Carmen Redondo Martínez, en representación de D. Ricardo José S. A., considera la Sala que puede concurrir causa de inadmisibilidad, por los siguientes motivos:

1.- Respecto del recurso de casación.

Falta de fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada, en relación con el derecho fundamental cuya vulneración se invoque o con la norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso que se denuncie como infringido (artículo 481.1 LEC), así como 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).

El recurso de casación tiene una función nomofiláctica, o de control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, y ante ello la parte que recurre ha de expresar, cuando afirma la infracción de un precepto legal, el motivo por el que considera que esa norma, en concreto, ha sido infringida, bien por inaplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. La necesaria claridad en la exposición del motivo deriva no solo de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, sino también del necesario ejercicio

del derecho de defensa que corresponde a la parte contraria, la cual ha de tener claro conocimiento de la infracción que se denuncia.

El presente recurso carece de toda fundamentación sobre las razones por las que se entiende infringido el art. 83.2 CDFA, limitándose a realizar una remisión íntegra a las alegaciones del motivo primero, que da por “reproducidas literalmente”. Sin embargo, parece no tener en cuenta el recurrente que el motivo anterior es de infracción procesal, fundado, como indica el propio recurso, en la infracción de una norma procesal, el art. 218.2 LEC, en el que se mezclan alegaciones de naturaleza procesal con otras que podrían entenderse referidas a la infracción sustantiva del art. 83.2 CDFA. No corresponde a esta Sala reelaborar el recurso, supliendo una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

Lo expuesto puede constituir causa de inadmisión al amparo del art. 483.2.2º LEC, en relación con el art. 481.1 y 3 LEC.

2. Respecto del recurso por infracción procesal, interpuesto al amparo del art. 469.2 LEC, por vulneración del art. 218.2 LEC.

Se alega que la resolución recurrida incumple el deber de motivación, bien por no hacer referencia a todos los criterios del art. 83.2 CDFA, bien por hacerlo incorrectamente.

Sin embargo, el deber constitucional de motivación no exige de la resolución judicial una argumentación extensa o pormenorizada, pudiendo ser escueta y concisa, siempre que esté fundada en Derecho y se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, extremos que cumple la sentencia recurrida. Cuestión distinta, que no puede fundar el recurso de infracción

procesal, es que el recurrente no esté de acuerdo con los razonamientos de la sentencia.

Por otra parte, alguna de las alegaciones que el recurrente efectúa, en relación a la vulneración del art. 83.2 CDFA, son propias del recurso de casación y no de la infracción procesal, tal como se ha señalado al hacer referencia a las causas de inadmisión de dicho recurso.

Lo expuesto podría constituir causa de inadmisibilidad del motivo del recurso de infracción procesal, al amparo de lo previsto en el art. 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.

Por los motivos señalados, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 473.3 y 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se da traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.»

Dentro de plazo, las partes presentaron escritos de alegaciones, en apoyo de sus pretensiones.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de casación.

Es necesario reproducir aquí los argumentos de inadmisibilidad ya expuestos en la providencia de fecha 27 de enero de 2016.

Como se decía, falta en el recurso de casación una fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada, en relación con el derecho fundamental cuya vulneración se invoque o con la norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso que se denuncie como infringido (artículo 481.1 LEC), así como 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).

El recurso de casación tiene una función nomofiláctica, o de control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, y ante ello la parte que recurre ha de expresar, cuando afirma la infracción de un precepto legal, el motivo por el que considera que esa norma, en concreto, ha sido infringida, bien por inaplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. La necesaria claridad en la exposición del motivo deriva no solo de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, sino también del necesario ejercicio del derecho de defensa que corresponde a la parte contraria, la cual ha de tener claro conocimiento de la infracción que se denuncia.

El recurrente, en sus alegaciones a la providencia, manifiesta que las argumentaciones de los recursos de casación e infracción procesal «se solapan porque dada su naturaleza pueden vertebrar tanto uno como otro motivo». Y eso, precisamente, es lo que no es posible ni admisible, puesto que se trata de recursos distintos, sujetos a motivos tasados (arts. 469 y 477 LEC), de manera que los motivos y argumentaciones del recurso por infracción procesal en modo alguno pueden servir, mediante una remisión íntegra, para fundamentar el recurso de casación. En el recurso de casación discutido no estamos ante simple referencia a alguna cuestión o argumentación propia de la infracción procesal, sino ante una remisión directa e íntegra a lo alegado en éste. Así, en el de casación se recoge: «ÚNICO.- Se reiteran y dan por reproducidos para el presente motivo las alegaciones literales del primer motivo».

Parecería que ambos recursos son intercambiables, y que lo que se dice en uno sirve, sin más reelaboración, para el otro. Por mucha especialidad que pudiera tener este caso, que no la tiene, el recurso

es inadmisibile desde el punto de vista de la técnica casacional.

Como se decía en la providencia, no corresponde a esta Sala reelaborar el recurso —delimitando lo que corresponde a la casación o a la infracción procesal— supliendo una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal, interpuesto al amparo del art. 469.2 LEC, por vulneración del art. 218.2 LEC.

En primer lugar, debe indicarse que la falta de admisión del recurso de casación aboca a la inadmisión del recurso por infracción procesal en todo caso, puesto que para la admisión de este último es requisito indispensable la interposición y admisión del primero, conforme dispone la disposición final decimosexta 1.5ª LEC, que no admite el recurso por infracción procesal en solitario.

A mayor abundamiento, y en relación al motivo del recurso, fundado en el art. 218.2 LEC, por entender que la sentencia ha infringido el deber de motivación, es menester reproducir lo ya expuesto en la providencia señalando las posibles causas de inadmisión.

Por todo lo expuesto, conforme al art. 483.2.2º LEC, en relación con el art. 481.1 y 3 LEC, procede inadmitir el recurso de casación; al igual que el de infracción procesal, de conformidad con lo previsto en el art. 473.2.2º LEC y la disposición final decimosexta 1.5ª LEC.

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

LA SALA ACUERDA

No admitir el recurso de casación ni el de infracción procesal interpuestos por la

representación procesal de D. Ricardo José S. A. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 10 de diciembre de 2015.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

Se imponen las costas a la parte recurrente.

Se dará al depósito prestado el destino legalmente previsto.

Devuélvanse las actuaciones con testimonio de este auto al tribunal de procedencia.

Se hace saber a las partes que contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

justificación para que el tiempo empleado en alcanzar la titulación no coincida con el número de años de estudio que exige el grado de enfermería según los planes académicos, lo que, por otra parte, la experiencia enseña que no es una situación que pueda ser tildada sin más de anormal sin tener en cuenta otros factores.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 69, 77.3 CDFa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Ricardo formula recurso de casación contra la sentencia dictada por la AP de Huesca, que estima en parte el recurso de apelación que dedujo contra la sentencia de primer grado, que desestimó en su totalidad la demanda de modificación de medidas que presentó en relación a las acordadas en el convenio regulador aprobado por la sentencia de 21-12-2007, que decidió el divorcio del matrimonio que el recurrente concertó en su día con D^a M^a José.

La demanda de modificación afirmaba que habían variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la suscripción y aprobación del convenio regulador para fijar la pensión compensatoria a favor de la esposa —1.976 € mensuales—, y las pensiones alimenticias a cargo del padre como contribución al sostenimiento de los dos hijos habidos en el matrimonio: D. Ricardo, nacido en 1990, y D^a Inés, nacida en 1992 —2.400 € al mes para ambos—, tanto en cuanto a posibilidades del alimentante, como a las necesidades de los destinatarios, y, además, en cuanto a la segunda, por la falta de aprovechamiento en sus estudios de enfermería. En dicha demanda pedía con carácter principal la extinción

NÚM. 6

S. TSJA 10/2016 de 2 de marzo de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Por el tiempo normalmente requerido para completar la formación: En la interpretación del art. 69 CDFa se recuerda lo dicho en las SSTJA 7/2015, 12/5/2010 y 8/2009. En el caso de autos ningún parámetro de normalidad con el que pueda ser comparada la historia académica de la hija ha sido aportado a los autos. La hija tiene 23 años en la actualidad y se halla en los últimos cursos del grado de enfermería, y durante sus estudios se ha producido una interminable serie de enfrentamientos con el padre por motivo de sus estudios, con continuos cambios de centro universitario en los que los realizaba, lo que ciertamente sirve de

de las pensiones a favor de D^a Inés y D^a M^a José, y la reducción de la de D. Ricardo; y con carácter subsidiario la reducción de las acordadas respecto de hija y la en su día esposa.

La sentencia de primer grado desestimó la demanda por entender que no es de apreciar el cambio de circunstancias que se afirma en la demanda. A tal efecto afirma que los esposos suscribieron un pacto en el mes de diciembre de 2013 por el que modificaban el convenio regulador, y que desde esta fecha no ha tenido lugar la necesaria alteración de circunstancias que permita la modificación de lo acordado de conformidad con el art. 77.3 CDFA.

Por su parte, la sentencia de segundo grado entiende acreditado durante el procedimiento que el mayor de los hijos, D. Ricardo, además de haber terminado sus estudios de medicina en junio de 2014, ha obtenido plaza en el programa de formación MIR que comenzará a desarrollar en el mes de junio de 2015, lo que le reportará la independencia económica, por lo que, con estimación parcial del recurso de apelación, da lugar a la extinción de la pensión establecida para él a partir dicho mes de junio de 2015, si bien la mantiene en su integridad hasta entonces. Por el contrario, desestima la apelación en todo lo demás, pues considera que no se da respecto de la compensatoria a favor de D^a M^a José ni de los alimentos de D^a Inés la necesaria alteración de circunstancias que permita su modificación.

El recurso de casación se asienta en tres motivos:

El primero sostiene infracción del art. 77.3.c CDFA porque la sentencia impugnada no tiene como día de referencia para hacer la necesaria valoración sobre cambio de circunstancias la de la sentencia que aprobó el convenio regulador en el procedimiento de divorcio (21-12-2007), sino la

de suscripción del pacto de modificación que se deja expresado. El segundo de los motivos afirma infracción de los arts. 82.1 y 82.2 DCFA porque la no modificación del convenio regulador en los términos pretendidos es contraria a la exigencia contenida en dichos preceptos de que las pensiones en disputa se fijen en proporción a los recursos económicos del obligado y las necesidades de quienes son acreedores a ellas. Finalmente, el tercero de los motivos se sustenta en la infracción del art. 69 CDFA, en tanto que se mantiene una pensión alimenticia para cubrir las necesidades de su hija mayor de edad mas allá del tiempo razonable requerido para que pudiera completar su formación.

El recurrente en casación termina suplicando con carácter principal que se declare extinguida la pensión fijada para D^a Inés y la reducción de la asignada para D. Ricardo a 1.075,64 €, a abonar por ambos padres por partes iguales. Con carácter subsidiario solicita que se fije el último día del mes de junio de 2015 como límite temporal de la primera de las pensiones, que en todo caso debe ser reducida a la suma de 680,75 € desde la fecha de la presentación de la demanda que inició el proceso de modificación. Con igual carácter de subsidiariedad, solicita que para el caso de que no se acordara que la pensión fijada para D. Ricardo fuera a cargo de ambos progenitores por mitad, se redujera ésta a la suma de 680,75 €, todo ello con efectos desde la presentación de la demanda y hasta su extinción de junio de 2015.

No impugna por el contrario el pronunciamiento de la sentencia por el que se deniega la modificación de la pensión compensatoria.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación.

La cuestión se halla planteada del siguiente modo:

Tras la sentencia de divorcio, y en el curso de dos procedimientos entablados entre ellos —ETJ 195/2011 y PO 520/2012—, D. Ricardo y D^a M^a José suscribieron el día 11 de diciembre de 2013 un pacto que fue judicialmente homologado por auto de día 17 del mismo mes y año, lo que determinó la terminación de dichos litigios. La sentencia recurrida entiende que los contendientes modificaron por dicho pacto los términos del convenio regulador de 2007, por lo que el día de referencia para valorar si se ha producido o no la alteración de circunstancias requeridas por el art. 77.3 CDFA que se denuncia como infringido para que pueda prosperar la pretensión modificatoria es la de dicho pacto, y no el de la sentencia que aprobó el convenio regulador.

El recurrente sostiene que el pacto de 2013 no tenía por objeto modificar el convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio, sino que tenía por única razón y finalidad la de poner término a los procesos abiertos que se identificaban en él, a saber: el de ETJ en el que la actora pretendía el cobro de atrasos en el pago de la pensión compensatoria, y el PO en el que se discutía la validez de un pacto de compensación alegado por el actor en dicha ejecución como motivo de oposición a ella. Por ello, sostiene que dicho pacto no puede producir efectos fuera de dichos procedimientos, y que no puede ser tenido en cuenta para la aplicación del art. 77.3 CDFA.

Discutida la interpretación y alcance que haya de ser dada al pacto de 2013, se hace necesario recordar la constante doctrina recogida con extensión por la STS de 28 de enero de 2016, n.º 6/2016, Recurso: 2773/2013, conforme a la que la interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia. Dicha sentencia dice:

La sentencia de 4 noviembre 2014, Rc. 2841/2012, recogiendo la jurisprudencia sobre esta cuestión, declaraba que: «Hay que decir que constituye doctrina consolidada que la interpretación de los contratos es función de los tribunales de instancia, de tal manera que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifestamente ilógico, irracional o arbitrario, sin que haya lugar a considerar infringidas las normas legales sobre interpretación de los contratos cuando, lejos de combatirse una labor hermenéutica abiertamente contraria a lo dispuesto en dichas normas o al derecho a la tutela judicial efectiva —por prescindir de las reglas de la lógica racional en la sentencia de las premisas, en la elaboración de las inferencias o en la obtención de las conclusiones—, el recurrente se limita en su recurso a justificar el desacierto de la apreciación —inherente a la labor interpretativa— realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto ya que también se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia que lo discutible no es lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, siendo así que en estos casos deberá prevalecer el criterio del tribunal de instancia por no darse esa abierta contradicción aunque la interpretación acogida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SSTS, entre las más recientes, de 5 de mayo de 2010 [RC n.º 699/2005], 1 de octubre de 2010 [RC n.º 633/2006] y 16 de marzo de 2011 [RC n.º 200/2007]). La sentencia de esta Sala de fecha 29 de febrero de 2012 (recurso de casación n.º 495/2008), recoge esta doctrina que establece que salvo supuestos excepcionales no se permite revisar la interpretación del contrato, ya que otra cosa supone convertir la casación en una tercera instancia, alejada de la finalidad que la norma asigna al Tribunal Supremo

como órgano jurisdiccional superior en el orden civil consistente, como recoge el preámbulo del acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de 30 de diciembre de 2011, en la unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil.»

Se mencionaba en la misma línea doctrinal la sentencia de 7 de noviembre de 2013 y se añadía que este mismo criterio es aplicable a la calificación contractual y la determinación del fin jurídico que se pretende en el contrato (sentencia n° 458/2007, de 9 mayo, recurso n° 2097/2000).

En el presente caso, la sala de apelación indica en su fundamento de derecho segundo:

Es cierto que a través de ese acuerdo transaccional terminaron dos procesos judiciales distintos e independientes del presente, pero no puede pasarse por alto que el acuerdo en cuestión al que llegaron ambos ex-cónyuges se autotitula «modificación de convenio regulador de divorcio» en clara y expresa referencia al convenio de octubre de 2007 que fue homologado en la precitada sentencia de diciembre del mismo año, y en él se modifican los pactos del convenio regulador que afectan precisamente a los extremos que son objeto de debate en el presente pleito, esto es, las pensiones alimenticias a favor de los dos hijos del matrimonio y la asignación compensatoria a favor de la ex-esposa, por lo que no puede aceptarse que este nuevo convenio deba afectar únicamente a los dos pleitos pendientes, ya que contienen una nueva regulación de los extremos a los que se refiere, sin que ninguna norma legal, ni sustantiva o procesal ni general o regional, suponga un obstáculo para llegar a esta conclusión. Hay que entender por todo ello que los propios interesados realizaron de común acuerdo una auténtica modificación de las medidas definitivas de su divorcio, y que tal modificación fue incluso homologada judicialmente para poner fin a dos procesos, por lo que sin duda son las circunstancias tenidas en cuenta para redactar el acuerdo de diciembre de 2013 las que deben ser analizadas ahora de cara a su eventual variación para decidir si ha lugar o no

a lo solicitado por el apelante en su demanda inicial, que fue presentada en mayo de 2014.

Esto es, la Sala, en ejercicio de su soberana competencia para interpretar el pacto, afirma que estaba en la voluntad de los otorgantes modificar el convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio y que así lo hicieron, y tal afirmación no se presenta en modo alguno como ilógica o irrazonable.

Por el contrario, los términos del mencionado pacto son claros. En su apartado primero se hace expresa mención a las pensiones fijadas con cargo al padre como contribución al sostenimiento de los hijos en el apartado cuarto del convenio —a la sazón, y merced a la cláusula de actualización, 1.361,51 € para cada uno—, y se afirma que cubren los *gastos actuales de todo tipo de los hijos*, y el apartado segundo contiene determinaciones sobre la pensión compensatoria objeto del pacto quinto de convenio regulador sobre la que ya nada se discute en el presente recurso.

Así las cosas, si a fecha diciembre 2013 se afirma que las pensiones fijadas son las que se corresponden con las necesidades que los hijos tenían en aquel tiempo, dentro de un pacto que tiene como rótulo **MODIFICACIÓN DEL PACTO CUARTO** del convenio regulador, es llano que para determinar si ha habido o no un cambio de circunstancias a los efectos del art. 77.3 CDFA ha de partirse de la fecha de dicho pacto modificador del convenio aprobado en el previo proceso matrimonial, y no de la de éste.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- Segundo motivo de casación.

En su desarrollo, el propio recurrente sostiene que, si las circunstancias a comparar son las existentes en diciembre de 2013

en que tuvo lugar el pacto de modificación del convenio regulador y las de 21 de mayo de 2014 en que fue presentada la demanda, no cabe entender que concurra ninguna alteración relevante en cuanto a su situación económica, por lo que la cuestión queda constreñida a las necesidades de los hijos, de las que también se ocupa en el motivo, a cuyo efecto ha de ser destacado que los hechos declarados probados en la instancias no han sido impugnados mediante motivo de infracción procesal.

Por lo que se refiere a D. Ricardo, la sentencia combatida afirma que no ha sido acreditado suficientemente *que desde entonces [suscripción del pacto de 2013] a la presentación de la demanda, o incluso al término de la carrera y a la preparación de las pruebas selectivas hubiera existido una disminución relevante de las necesidades patrimoniales del alimentista, quien seguía sin disponer de recursos económicos propios para mantenerse y subsistir de igual modo que sucedía en diciembre de 2013*. Si ello es así, si como se ha razonado no puede entenderse que haya habido una alteración de la situación económica del recurrente y se sienta como hecho que no ha sido acreditada una merma de las necesidades económicas de D. Ricardo hasta que comenzó su independencia económica por razón de haber ingresado en el período de formación MIR, la conclusión no puede ser otra que no se han producido nuevas circunstancias que permitan afirmar que la pensión que las partes entendieron adecuada al sostenimiento de las necesidades de D. Ricardo haya dejado de serlo al tiempo de la interposición de la demanda.

En consecuencia, no cabe entender que la denegación de la modificación de la pensión hasta el mes de junio de 2015 suponga infracción de los arts. 82.1 y 82. 2 CDFA por falta de proporcionalidad. En cualquier caso, ello carecería de relevancia, dada la constante doctrina del TS conforme a la que en los casos en que se trate

de una modificación de medidas, bien por razón de recurso o por éxito de la pretensión que la reclame, los efectos de la modificación, a diferencia de lo que ocurre cuando son establecidas por vez primera, no se produce sino desde la fecha de la resolución modificadora (STS 26-3-2014, RC 1088/2013; y 15 y 23-6-2015), por lo que, extinguida la pensión respecto del mencionado hijo, ninguna virtualidad tendría ahora la modificación ulterior de las pensiones ya satisfechas.

Respecto a D^a Inés, y dejando aparte la cuestión de su rendimiento académico, que estudiaremos al ocuparnos del tercero de los motivos, la sentencia de primer grado establece como elementos de hecho no discutidos eficazmente *que unos meses antes de que sus padres pactaran el convenio de modificación, ya se había producido el traslado de la joven de Madrid a Palencia, en donde va a seguir cursando sus estudios, al menos según las noticias más recientes de las que disponemos, por lo que no es razonable, y muchos menos en los cinco meses medianes entre el nuevo convenio y la promoción del presente pleito, pensar en una variación sustancial de las necesidades básicas de la joven, la cual seguirá devengando unos gastos relacionados tanto con sus estudios como con su alimentación y sustento que no tienen por qué experimentar grandes cambios*. En consecuencia, también aquí hemos de concluir que no hay razones para afirmar que la pensión que se entendió adecuada por los padres en diciembre de 2013 haya dejado de serlo al tiempo de la interposición de la demanda por falta de proporcionalidad, por lo que tampoco en relación con la pensión fijada para la menor de los hijos podemos compartir que la Sala haya infringido los arts. 82.1 y 82. 2 CDFA por no haber dado lugar a la pretensión de modificación.

CUARTO.- Tercer y último motivo de casación.

Afirma el motivo infracción del art. 69 CDFA porque la Sala ha mantenido la asis-

tencia económica de D^a Inés, que cuenta en la actualidad con 23 años edad, pese a que ha pasado el tiempo normalmente requerido para que su formación se complete.

Al respecto la sentencia recurrida afirma:

[...] en cuanto a la alegada falta de aprovechamiento de los estudios, debemos partir de la base de que, según la información más actualizada que se ha aportado a estos autos, que es la certificación expedida en septiembre del corriente, a la hija del apelante, que ya lleva cinco años estudiando, le restan para terminar su grado de enfermería tres asignaturas del tercer curso más las propias de fin de grado. Nadie con un mínimo de sensatez afirmará que la joven es una estudiante ejemplar, pero creemos que su rendimiento académico no es asimilable a la hipotética situación de quien comienza un ciclo académico y deja de dedicar el tiempo y el esfuerzo precisos para sus estudios porque sabe y es consciente que sus padre la sigan manteniendo económicamente mientras continúe siendo estudiante, que es algo que en el presente caso no se ha justificado que suceda, y mucho menos por el solo hecho de arrastrar algunas asignaturas de cursos anteriores.

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

«Artículo 69. Gastos de los hijos mayores o emancipados.

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

2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmen-

te, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

En su interpretación hemos dicho que *[E]n atención a tal precepto, debe mantenerse la obligación propia de la autoridad familiar aragonesa de subvención de los gastos de crianza y educación del hijo aun cuando éste haya alcanzado la mayoría de edad, siempre y cuando continúe su formación y con el límite de los 26 años de edad (STJA 7/2015; Recurso: 51/2014), si bien hemos destacado que de acuerdo con el precepto tal obligación sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y sólo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete (STJA 12 de mayo de 2010; Recurso: 1/2010), y que sólo tendrá lugar cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos (STJA 8/2009; Recurso: 5/2009).*

En el presente caso, lo que el actor afirma es que la sentencia de primer grado infringe la norma porque mantiene su obligación alimentaria para con su hija mayor de edad pese a que la razón por la que no ha acabado su formación radica en la falta de cumplimiento de sus obligaciones como estudiante, y a que ha excedido el tiempo normalmente requerido para completar su formación.

Pues bien, aparte de que ningún parámetro de normalidad con el que pueda ser comparada la historia académica de D^a Inés ha sido aportado a los autos, nada de lo que afirma el recurrente se deduce de los hechos sentados en la sentencia recurrida. D^a Inés tiene 23 años en la actualidad y se halla en los últimos cursos del grado de enfermería, y durante sus estudios se ha producido una interminable serie de enfrentamientos con el recurrente por motivo de sus estudios, con continuos cambios de centro universitario en los que los realizaba, lo que ciertamente sirve de justificación para que el tiempo empleado

en alcanzar la titulación no coincida con el número de años de estudio que exige el grado de enfermería según los planes académicos, lo que, por otra parte, la experiencia enseña que no es una situación que pueda ser tildada sin más de anormal sin tener en cuenta otros factores.

En consecuencia, el mantenimiento de la pensión dada a la hija no es contrario al art. 69 CDFA y a la jurisprudencia de esta Sala que lo desarrolla, por lo que el motivo merece la misma suerte que los que le preceden.

QUINTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 5ª LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2015 dictada por la AP de Huesca en el rollo nº 105/2015.

2. Imponer las costas a la parte recurrente.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Líbrese 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.

NÚM. 7

S. TSJA 11/2016 de 8 de marzo de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Admisión: Cabe alegar en los escritos de oposición al recurso de casación las causas de inadmisibilidad que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (art. 485 Lec.). El procedimiento de modificación de medidas no viene determinado por la cuantía, como el recurrente afirmó, sino por la materia. Pero, en nuestro recurso de casación pierde sentido que la determinación del procedimiento se haya hecho por razón de la cuantía o por razón de la materia. Para fundamentar el recurso de casación en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (477.1 Lec.), las sentencias recurribles habrán debido aplicar las mismas, de forma que el tribunal casacional pueda cumplir su función nomofiláctica de comprobar su correcta aplicación y conseguir la unificación en la interpretación de tales normas. Salvo en el caso de alegarse infracción por inaplicación de normas, en el que se señalará la no aplicada, o indebidamente aplicada.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Cambio de residencia de los hijos: El pretendido traslado de los niños a Portugalete, que comportaría un cambio sustancial en su entorno y en la relación con su padre que vive en Zaragoza, sin otra justificación que el voluntario (no forzoso) cambio de residencia de la madre, no tiene en cuenta el interés de los menores y compromete seriamente lo pactado respecto a la custodia compartida de los mismos (en el plazo de cuatro años desde la sentencia de divorcio), por lo que la sentencia recurrida, que concede la modificación del régimen de visitas con el padre solicitado por la madre,

vulnera lo dispuesto en los arts. 76.3.a y 80.2 CDFA que se denuncian como infringidos. Hay voto particular.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 477 y 485 Lec., 76.3.a y 80.2 CDFA

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actora y demandado contrajeron matrimonio en Getxo (Vizcaya) el 12 de julio de 2008. De esta unión nacieron dos hijos, Íñigo, el 9 de noviembre de 2010, y Hugo, el 5 de diciembre de 2012.

El matrimonio quedó disuelto por sentencia de 9 de abril de 2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza (Procedimiento de mutuo acuerdo 107/2013), que aprobó el Pacto de Relaciones Familiares suscrito por los cónyuges el 8 de febrero de 2013.

En lo que afecta a este procedimiento, respecto al domicilio, custodia y régimen de visitas, acordaron lo siguiente:

«ESTIPULACIONES

I.- DOMICILIO CONYUGAL.

Ambos cónyuges se reconocen, mutua y recíprocamente la más completa libertad para fijar sus respectivos domicilios y regirlos con absoluta independencia, sin más obligación que comunicarse el mismo al otro cónyuge de forma fehaciente.

El domicilio conyugal, se encuentra en Zaragoza, calle C. O. G. , número 7, 2º A y el uso del mismo se le atribuye a la esposa y los hijos que conviven con ella por un plazo de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia.

La señora O. abonará todos los gastos del uso de la vivienda, comunidad de propietarios, luz, agua, gas, etc. Ambos cónyuges como propie-

tarios que son de la vivienda, abonarán por mitad, el Impuesto de Bienes Inmuebles, el seguro del hogar, las derramas extraordinarias y el seguro de la caldera.

II.- HIJOS DEL MATRIMONIO

Los hijos menores habidos en el matrimonio quedarán bajo la guardia y custodia de la madre siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores.

Ambos progenitores acuerdan que en el plazo de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia, la guarda y custodia de los menores será compartida y en su momento se revisará el régimen de estancias y vacaciones que sea mejor para sus hijos.

III.- RÉGIMEN DE VISITAS

Los esposos acuerdan, en beneficio de los hijos, que su padre pueda comunicar con ellos y tenerlos en su compañía sin más límite que no interferir en los horarios escolares y de descanso de los hijos y con carácter mínimo, el régimen de visitas será el siguiente:

Hasta que el hijo menor, Hugo, cuente con 18 meses de edad, el padre podrá tener a su hijo Íñigo los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o guardería hasta el domingo que lo recogerá la madre en el domicilio del padre.

Durante este periodo, a su hijo Hugo lo tendrá los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio de su hermano Íñigo hasta las 20 horas, el sábado desde las 12 horas de la mañana hasta las 20 horas y el domingo desde las 12 horas de la mañana hasta las 20 horas siendo la madre la que lo recogerá en el domicilio del padre.

Entre semana el padre también podrá tener en su compañía a sus hijos la tarde del lunes desde la salida del colegio o guardería hasta las 20.30 horas que lo devolverá en el domicilio de la madre, esta semana será la semana que el padre no haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior. La semana que el padre haya

disfrutado a sus hijos el fin de semana anterior, la tarde de visitas será el jueves desde la salida del colegio o guardería hasta las 20.30 horas que lo devolverá en el domicilio de la madre.

Cuando el hijo menor, Hugo, cumpla 18 meses de edad, el padre podrá tener en su cumpla a sus hijos desde el viernes a las salida del colegio hasta el lunes por la mañana que lo devolverá en el colegio o guardería.

Asimismo, entre semana podrá tener a sus hijos la tarde de lunes desde la salida del colegio o guardería hasta el día siguiente que los devolverá en el colegio o guardería, esta semana será la semana que el padre no haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior. La semana que el padre haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior, el día de visitas será desde el jueves a la salida del colegio o guardería hasta el viernes por la mañana que los devolverá en el colegio o guardería a la que asistan los menores.

Los puentes del calendario escolar se añadirán al fin de semana que corresponda a cada progenitor.

Cualquier cambio en el régimen de visitas establecido de fines de semana deberá comunicarse por cualquiera de los progenitores con 48 horas de antelación.

El cumpleaños de cada uno de los menores debiera ser compartido por cada uno de los progenitores al 50 % con independencia del régimen de visitas establecido.

Los menores compartirán el día de cumpleaños de cada uno de los padres con el progenitor en cuestión, con independencia del régimen de visitas establecido.

En cuanto al día de la madre y del padre compartirán íntegramente ese día con cada uno de los padres en cuestión, con independencia del régimen de visitas establecido».

En fecha 18 de diciembre de 2013 la Sra. O. presentó demanda de modificación de medidas por sus nuevas circunstancias, concretadas fundamentalmente en su

deseo de trasladarse a su localidad de origen en Portugalete (Vizcaya) donde habría encontrado una posibilidad de trabajo (según comunicación al Sr. R. en noviembre de 2013). Solicitaba por ello la modificación del régimen de visitas de modo que el padre pasaría con los hijos los fines de semana alternos, uno de ellos en el lugar de residencia de los menores y otro en el de la residencia del padre, y de la misma forma los dos días entre semana siempre que el padre pudiera trasladarse al lugar de residencia de los menores. Solicitaba también una contribución del padre a los alimentos de los menores de 1.200 euros mensuales y la extinción del uso de la vivienda familiar que tenía atribuido junto con los hijos.

El demandado negaba en su escrito de contestación la posibilidad de modificación de medidas porque la solicitud obedecía únicamente a la voluntad y conveniencia de la actora, habiéndose visto obligado el demandado a solicitar medidas cautelares al Juzgado que, tras comparecencia de las partes y del Ministerio Fiscal, terminaron mediante auto de 5 de diciembre de 2013 (documento 22 de la demanda), que decretó el sobreseimiento del expediente porque, según manifestación de la madre, su domicilio no se modificaría hasta que no hubiera acuerdo o resolución judicial, provisional o definitiva, en primera instancia.

La sentencia de primera instancia considera que el régimen de visitas que se postula en la demanda no puede entenderse como adecuado para las circunstancias concurrentes pues implicaría la práctica imposibilidad de la efectiva ejecución del régimen de visitas propuesto, sobre todo respecto a los días entre semana, al exigir al padre el traslado a dicha localidad distante más de trescientos kilómetros desde su residencia en Zaragoza. En el fundamento segundo cita la sentencia de esta

Sala de 23 de mayo de 2014 (sentencia 18/2014, recurso 3/2014) en la que se expone la doctrina sobre los requisitos para que la modificación de medidas pueda ser adoptada *«cuando concurren causas o circunstancias relevantes»* (artículo 79.5 del CDA), en términos menos exigentes que los del artículo 91 del Código civil (*«cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»*). Recoge los requisitos de la alteración de circunstancias para que pueda concederse la modificación, expuestos en la citada sentencia 18/2014:

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 esporádico.

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.»

Se recogen también en la sentencia del Juzgado otras dictadas por distintas Audiencias Provinciales, entre otras la de Zaragoza de 29 de julio de 2014, que requieren que la modificación de circunstancias sea permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, y *«que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación, ni preconstituida»*. En el mismo sentido se cita la sentencia de 27 de junio de 2014 de la A.P. de Pontevedra, por su similitud con el caso que se resuelve.

En el fundamento tercero recuerda la sentencia del Juzgado el contenido del artículo 75.2 del CDA sobre la finalidad de promover, en los casos de ruptura, unas relaciones continuadas de los padres con sus hijos, y el del artículo 76.3 sobre los derechos de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular, y el correlativo de los padres respecto a sus hijos menores, y, finalmente, el artículo 76.2 sobre la adopción de las medidas relativas a los hijos menores en atención al beneficio e interés de los mismos. Se pone de relieve que la modificación solicitada pretende la del régimen de visitas del padre acordada en el pacto de relaciones familiares otorgado el 8 de febrero de 2013, destacando que no se pide de forma expresa que se autorice a la demandante a trasladarse con sus hijos a más de 300 kms. de Zaragoza —*«por más que ello esté presente en toda la resultante fáctica del escrito rector del procedimiento»*—, por lo que tal posibilidad es la cuestión principal del litigio.

Considera la sentencia, en cuanto a la necesidad del traslado de la madre por motivos laborales, que la modificación de medidas no debe ser imputable a la propia voluntad de quien la solicita y que está acreditado que tenía trabajo en Zaragoza, adecuadamente remunerado, y que el traslado afectaría a los menores y a su derecho al contacto directo con los padres, cuestionando gravemente el derecho del padre a la participación responsable en la crianza y educación de sus hijos (artículo 75.2) y a su derecho a la igualdad en las relaciones familiares (artículo 76.3). Respecto a la modificación del régimen de visitas, afirma que el pacto de relaciones familiares fue suscrito en fecha tan cercana que impide considerar el mero paso del tiempo como un factor que en este caso pueda entenderse suficiente para contemplar la modificación que se insta, además de que la necesidad de traslado por motivos laborales —los familiares le parecen evidentes— no apare-

ce acreditada pues no consta una oferta firme de trabajo. Por todo ello desestima la demanda.

SEGUNDO.- La sentencia de apelación parte en su segundo fundamento de la siguiente consideración sobre el hecho del traslado de la actora y sus hijos a Portugaleta:

«SEGUNDO.- Del conjunto de la demanda, en la que la cuestión no se plantea expresamente, pero trasluce y en todo caso se puso de manifiesto en los momentos iniciales del juicio, se desprende, en lo que respecta a visitas y comunicaciones, que la lectura de los pedimentos del suplico ha de hacerse a partir de la vuelta de la Sra. O. al que fue su domicilio en Portugaleta —el de sus padres— y de la obtención en diciembre de 2012 de un contrato de trabajo en Zamudio como Ingeniera —la Sra. O. lo había hecho hasta entonces en Zaragoza—, tras el cual los dos hijos del matrimonio se desplazaron con ella, de modo que, como se apunta en la resolución recurrida, lo que se somete a decisión es la posibilidad del traslado de la actora a Portugaleta, con modificación del régimen de visitas a favor del padre, pero mantenimiento de la guarda y custodia que en el Pacto de Relaciones Familiares suscrito el 8-2-13 se le atribuyó sobre sus dos hijos».

La sentencia rechaza el razonamiento de la actora de que lo pactado en marzo de 2013, sobre la libertad de fijar los respectivos domicilios, le permitiera establecer libremente el suyo en Portugaleta, porque en el referido pacto de relaciones familiares las partes dejaron diferida a un plazo de cuatro años la custodia compartida de los hijos, y su estipulación sobre la libertad de fijación del domicilio no iría más allá de fijarlo en Zaragoza o cercanías, no alcanzando al traslado de domicilio a provincia distinta.

Y, frente al alegado artículo 19 de la Constitución sobre la libertad de residencia —dice la sentencia—, debe primar el interés de los menores pues el traslado

«puede comportar un cambio radical en su entorno social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia».

Y continúa diciendo:

«En el caso, actora y demandado contrajeron matrimonio el 12-7-08, tuvieron su primer hijo, Íñigo, el 9-11-2010, se separaron de hecho, cesando la convivencia, en noviembre de 2012, y al mes, el 5-12-2012, nació Hugo, el segundo hijo, firmando el 5-2-13 el Pacto de Relaciones Familiares aprobado por la sentencia de divorcio 8-2-2013. Desde entonces ambos hijos permanecieron bajo la guarda y custodia de la madre, con el régimen de visitas que a favor del padre se señaló en el Pacto de Relaciones Familiares. La vuelta de la Sra. O. a Portugaleta se produjo desde luego en ejercicio del derecho a una libertad de residencia que le reconoce el art. 19 de la C.E., sin que conste un uso fraudulento de ese derecho, ni el cambio aparezca como caprichoso, injustificado o perjudicial para los hijos, sino consecuencia y derivación de unas circunstancias razonables, pues razonable es que, habiendo dejado Bilbao y su entorno familiar por razón de matrimonio, la Sra. O., tan prontamente sobrevenida la ruptura, con anterioridad incluso al nacimiento del segundo hijo, quisiese volver a su lugar de origen, en el que cuenta con un arraigo personal y familiar y puede conciliar con ayuda de su entorno propio su vida laboral y sus obligaciones como madre, todo ello sin que el traslado de los niños a Portugaleta, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido.

En consecuencia, concurrente a juicio del Tribunal una causa seria para el cambio, exento este de todo matiz caprichoso o perjudicial para los hijos, la Sala, en desacuerdo con las razones que en la instancia llevaron a la desestimación de la demanda, considera que el trasla-

do de madre e hijos a Portugalete, razonable, justifica la nueva ordenación de las visitas que la demandante propone para los periodos lectivos, sin modificación del régimen de guarda y custodia estipulado en el Pacto de Relaciones Familiares».

En el fundamento tercero considera la sentencia que el traslado de la madre e hijos a Bilbao, con la consiguiente no utilización de la vivienda, ha de comportar la extinción del uso de la vivienda familiar que en su día se atribuyó a la esposa e hijos por tiempo de cuatro años. Por el contrario, desestima el aumento de las pensiones por no haberse producido un relevante cambio de circunstancias económicas y laborales del demandado.

En consecuencia, la sentencia estima parcialmente el recurso de apelación y modifica el régimen de visitas en el sentido interesado por la actora.

La parte apelada presentó escrito de aclaración por considerar que la sentencia había cometido el error de entender que había sido trasladada la residencia de los menores a Portugalete con su madre, lo que no había sucedido a pesar de que ella estuviera trabajando para una empresa de Zamudio. Aportaba certificados de los centros escolares de los menores en Zaragoza acreditativos de que ambos niños se encontraban matriculados en el curso 2014/2015, ya terminado, y para el curso 2015/2016. Considera que dicho error vicia la sentencia pues, de haberse establecido como premisa que los niños nunca han dejado de residir en Zaragoza, la conclusión hubiera sido necesariamente la de mantener dicha residencia pues ese es el hilo argumental de la resolución.

El auto de la Audiencia de 15 de julio de 2015 contesta la petición de aclaración diciendo en su único fundamento de derecho:

«UNICO.- El error denunciado, que es cierto, no determina el sentido del fallo, en cuanto a la legitimidad del traslado de doña Silvia a Bilbao, como es de ver en el FJ segundo, pero debe ser aclarado en el único sentido de que Íñigo y Hugo, los hijos no se desplazaron con su madre a Portugalete cuando esta lo hizo, sino que permanecen en Zaragoza, con la lógica y adecuada consecuencia de que las derivaciones que por la actora recurrente quisieran extraerse de lo resuelto, como podría ser el traslado de los menores a Portugalete y escolarización de los mismos en esa localidad, debe quedar determinado por lo que resuelva el TSJA al conocer del recurso de casación que en su caso interponga don Ignacio Rico Lamas, y en tal sentido diferido a ese momento. Y en el mismo sentido la extinción del uso de la vivienda familiar, que ya se pidió «desde el momento en que el padre realice un régimen de visitas normalizado con el hijo menor, Hugo».

En base a lo anterior la sentencia aclara la sentencia en el sentido de que:

«A) los dos hijos del matrimonio, Íñigo y Hugo, no se desplazaron con su madre a Bilbao, como se dice en el párrafo segundo del FJ segundo, sino que, pese al trabajo conseguido en diciembre de 2013 por doña Silvia en Zamudio (Vizcaya), han seguido viviendo en Zaragoza ininterrumpidamente bajo su custodia.

B) cualquier efecto consiguiente al traslado de doña Silvia a Portugalete (Vizcaya), como pueda ser el desplazamiento de los menores y escolarización de los mismos en esa localidad, debe quedar determinado por lo que resuelva el TSJA al conocer del recurso de casación que en su caso interponga don Ignacio Rico Lamas, y en tal sentido diferido a ese momento.

C) lo mismo que la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar en Zaragoza».

La parte apelante, a su vez, solicitó aclaración porque los menores «han residido en Portugalete con la madre, eso sí, salvo en los momentos en que el padre tenía es-

tablecido el régimen de visitas (que incluían días entre semana, y por tanto los menores tenían que desplazarse a Zaragoza entre semana, para que no se incumpliera el régimen de visitas)...». Solicitaba la aclaración «en el sentido de que los menores han estado en Zaragoza para el cumplimiento del régimen de visitas, residiendo el resto del tiempo con la madre en Portugal y que, no estando ninguno de los dos en edad escolar, el pequeño ni siquiera de preescolar, se aclare qué se entiende por escolarización y en qué afecta a dos menores de 4 y 2 años, es decir, que no se encuentran en edad escolar, así como que se aclare que el contenido del fallo de la sentencia en modo alguno queda modificado ni alterado por el auto de aclaración, en tanto no se dicte otra sentencia que lo modifique».

El auto de la Audiencia de 22 de julio de 2015 explica en su fundamento de derecho único que procede acoger la primera petición *«en el único sentido de recoger lo que es manifestación de la solicitante de la aclaración. La segunda no requiere aclaración ninguna, pues quien la solicita percibe sin duda lo que se dice y cuál es el problema, por encima de la vulgarización de la palabra, referida a dos niños de 4 y 2 años. Y en cuanto a la tercera petición, el auto dice lo que dice, y se mantiene, máxime cuando su alcance pierde fuerza si es que, como se dice en el escrito presentado, el centro de las visitas permanece localizado en Zaragoza, y se respeta»*.

Por ello, en la parte dispositiva acuerda haber lugar en parte a la aclaración *«en el único sentido de que, según se manifiesta en el escrito presentado, los menores no han seguido viviendo de forma ininterrumpida en Zaragoza, sino que han residido en Portugal con la madre, salvo en los momentos en que el padre ha tenido establecido el régimen de visitas, en los que son desplazados a esta Ciudad desde Portugal»*.

TERCERO.- La parte apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero fue inadmitido mediante auto de 3 de diciembre de 2015, quedando admitido el de casación en sus tres motivos.

En sus respectivos escritos de oposición tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida alegaron, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso de casación, lo que debe ser resuelto en este momento dado que cabe alegar en los escritos de oposición (artículo 485 LEC) las causas de inadmisibilidad que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal.

Alega la representación de la Sra. O. que la parte recurrente afirmó la recurribilidad de la sentencia por haber sido dictada en asunto cuya cuantía era imposible de calcular ni siquiera de modo relativo (artículo 2.1 de la Ley 4/2005), olvidando —dice— que dicho apartado está regulando los procedimientos determinados por su cuantía, lo que no sucede en el presente caso en que el procedimiento de modificación de medidas no viene determinado por la cuantía sino por la materia, sin que haya de ser fijada la cuantía ni la misma ha de afectar al procedimiento.

Ha de recordarse a este respecto que la regulación del recurso de casación en la Ley aragonesa 4/2005 tuvo como finalidad expresa (párrafo tercero de su Preámbulo) la creación de jurisprudencia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, lo que era dificultado por el escaso número de asuntos que accedían al recurso de casación, en gran medida por su escasa cuantía.

Razón por la que el tope inferior de la misma fue situado en 3.000 euros, permitiendo el acceso también en aquellos asuntos en los que resulte imposible de calcular ni siquiera de modo relativo. Se trataba en este último caso de evitar la restrictiva interpretación del Tribunal Supremo con-

forme a la cual quedaban excluidos del recurso de casación aquellos asuntos cuya cuantía hubiera quedado indeterminada (los del artículo 253.3 LEC en los que fuera imposible determinar su cuantía, siquiera de forma relativa, para remitirlos a la tramitación del juicio ordinario, pero excluidos del recurso de casación). Permitiendo el legislador aragonés, incluso, el acceso a la casación de los asuntos de cuantía inferior a 3.000 euros cuando el asunto presente interés casacional, que puede invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía (artículo 2.3 de la Ley 4/2005), y no solo por razón de la materia. Por lo tanto, en nuestro recurso de casación pierde sentido que la determinación del procedimiento se haya hecho por razón de la cuantía o por razón de la materia.

La existencia de interés casacional ya no tendría relevancia si resulta admisible el recurso por ser de cuantía imposible de calcular siquiera de forma relativa. En todo caso, el artículo 3.3 considera que el interés casacional existe si se aplican normas civiles aragonesas con menos de cinco años de vigencia, como es el caso, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal también alega como causa de inadmisibilidad que no indica la parte recurrente la norma sustantiva infringida, que debería ser el artículo 80.1, párrafo tercero, por tratarse de asunto sobre régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos, sino que fundamenta el primer motivo en el artículo 76.3.a) en relación con el artículo 80.2 (custodia compartida), el segundo en el artículo 76.5 en relación con la buena fe (artículo 7 Cc.), y el tercero en el artículo 76.3.b) en relación con el artículo 75.2 (igualdad de relaciones familiares).

Para fundamentar el recurso de casación en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (artículo 477.1 LEC), en nuestro caso normas del Derecho civil aragonés (artículo 1 de la Ley aragonesa 4/2005), las sentencias recurribles habrán debido aplicar las mismas, de forma que el tribunal casacional pueda cumplir su función nomofiláctica de comprobar su correcta aplicación y conseguir la unificación en la interpretación de tales normas. Salvo en el caso de alegarse infracción por inaplicación de normas, en el que se señalará la no aplicada, o indebidamente aplicada.

En la sentencia recurrida de 30 de junio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia de Zaragoza, el único precepto que se cita es el artículo 19 de la Constitución Española (derecho de los españoles a elegir libremente su residencia), que se reconoce a la apelante pero considerando que no resuelve la petición de la misma porque debe primar el interés de los menores, y centra la cuestión a resolver en *«la procedencia o improcedencia de pasar aquéllos (los menores) a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical en sus entornos social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia»*. Así pues, para la sentencia el problema va más allá del régimen de visitas por la trascendencia del cambio de residencia de los menores que puede modificar el régimen de guarda y custodia, para lo que debe primar su interés.

Al tribunal de apelación corresponde un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el de primera instancia para, en su caso, la revocación de la resolución recaída con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas en la demanda (artículo

456 LEC), y la sentencia que dicte deberá pronunciarse sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación (artículo 465.5 LEC).

Los preceptos legales que cita el recurso de apelación interpuesto por la representación de la madre son: Específicamente el artículo 19 CE, globalmente la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del CDFA (artículos 75 a 84), los artículos 63, 64 y 65 del CDFA sobre el deber de crianza y autoridad familiar, y los artículos 75.2 y 76.3 por referencia a la cita de los mismos en la sentencia de primera instancia. Se reseña también en el escrito de recurso la sentencia de 7 de marzo de 2007, nº 113/2007, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sobre visitas, en la que se afirma la necesidad de que las medidas tuitivas relativas a los hijos deberán ser resueltas por el juez aun cuando las partes no se las hubieran solicitado, por tratarse de elementos de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del derecho de familia. También se argumentaba en el recurso de apelación, sin cita de preceptos legales, sobre el pacto de relaciones familiares suscrito entre los cónyuges y su posible modificación.

El Ministerio Fiscal echa en falta en el escrito del recurso de casación la cita del artículo 80.1, párrafo tercero, del CDFA, porque la sentencia recurrida resuelve sobre un régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos. Se puede constatar que dicho precepto no es citado ni en las sentencias de primera instancia y de apelación, ni en los escritos de demanda y contestación, ni en los de interposición del recurso de apelación ni en el de oposición al anterior. Sin duda, su cita en el recurso de casación podría ser pertinente, pero exigiría construir el recurso sobre la interpretación que debiera hacerse de un precepto que a lo largo de todo el pro-

ceso no ha sido específicamente citado por nadie.

Los motivos del recurso de casación se fundan en normas citadas específicamente por la sentencia de primera instancia, con base en las cuales fue desestimada la modificación del régimen de visitas y comunicación acordado en el pacto de relaciones familiares, sin que en la sentencia de apelación la aplicación de tales normas haya sido cuestionada. Por otra parte, el recurrente en casación impugna lo resuelto por la Audiencia no solo en cuanto al concreto régimen de visitas sino al más amplio del régimen de comunicación de los padres con los hijos, estableciendo una concreta relación del mismo con el régimen de custodia compartida preferente según el artículo 80.2 CDFA (motivo primero), en cuanto pudiera resultar afectado al así previsto en la estipulación II del pacto de relaciones familiares a partir de del 9 de abril de 2017 (cuatro años desde la fecha de la sentencia que lo aprobó).

En definitiva, será al resolver los motivos del recurso de casación cuando pueda comprobarse si los preceptos señalados en los mismos permiten, en su caso, su estimación, pero en el trámite de resolver sobre su admisibilidad deben ser aceptados como pertinentes para fundar el recurso de casación interpuesto.

QUINTO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia infracción del artículo 76.3.a), en relación con el artículo 80.2 del CDFA (*favor filii*).

El presupuesto del motivo es que la sentencia recurrida parte del error de que los niños llevan (en julio de 2015) casi dos años en Portugaleta y de que tal situación no les ha perjudicado, pero —afirma el recurrente— la premisa es errónea pues los niños no han dejado de vivir en Zaragoza desde que nacieron.

Esta circunstancia fáctica —si los niños se trasladaron, o no, con su madre a Portugalete—, era también el presupuesto del motivo de infracción procesal en el que se invocaba vulneración del artículo 28.1 y 218.2 LEC, por falta de suficiente motivación de la sentencia y por no estar ajustada a las reglas de la lógica y de la razón. El motivo así formulado fue inadmitido en el auto de esta Sala de 3 de diciembre de 2015 porque no explicaba el recurrente la falta de exhaustividad y congruencia (artículo 218.1 LEC), y falta de motivación (artículo 218.2) de la sentencia, pues no habría incongruencia (discordancia entre lo pedido y lo resuelto) aunque pudiera resultar incoherente, ni falta de motivación pues el auto de la Audiencia de 15 de julio de 2015 aclaró la cuestión del (no) traslado, pero motivó que la consecuencia sobre el traslado de los menores y su escolarización en Portugalete debía quedar determinado por lo que resolviera el TSJA al conocer del recurso de casación.

El auto, en definitiva, admitió el error dejando sentado que los niños habían seguido viviendo en Zaragoza ininterrumpidamente, si bien con la precisión de que ello no determinaba el sentido del fallo en cuanto a la legitimidad del traslado de D^a Silvia, pero que lo relativo al traslado de los niños sería determinado por el TSJA. Es decir, se admitía la legitimidad del traslado personal de la madre pero sin arrastrar por ello el de los hijos.

Debe examinarse la consecuencia de dicho error, a cuyo efecto recordamos que, como hemos dicho, el fundamento segundo de la sentencia recurrida admite el traslado de la madre pues «siendo cierto que ese Pacto otorga prioridad a lo acordado en la regulación de las relaciones familiares y que ambas partes establecieron en los referidos términos que ninguna limitación tenía ninguno de ellos a la hora de fijación del domicilio tras la ruptura, si se tiene en cuenta que ambas partes

dejaron diferida a un plazo de cuatro años la custodia compartida que dejaban comprometida, no parece que la estipulación fuese más allá de domicilios en Zaragoza o cercanías, no alcanzando el traslado de domicilio a provincia distinta».

Y continúa diciendo: «*La solución tampoco la da el artículo 19 de la Constitución... pues lo que debe primar es el interés de los menores. El problema es la procedencia o improcedencia de pasar aquellos a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical en su entorno social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia».*

Y, como también ha quedado transcrito, tras afirmar que la vuelta de la Sra. O. a Portugalete se produjo en ejercicio del derecho a la libertad de residencia, sin que conste un uso fraudulento de ese derecho, ni el cambio caprichoso, injustificado o perjudicial para los hijos, la sentencia continúa diciendo: «*...todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido».*

Sin duda, a esa conclusión se llega con la premisa de que los niños habían sido trasladados a Portugalete, sin haber supuesto por ello riesgo en la adaptación. Ya en el párrafo primero del fundamento segundo se había afirmado que se desprende, en lo que respecta a visitas y comunicaciones, «*que la lectura de los pedimentos del suplico ha de hacerse a partir de la vuelta de la Sra. O. al que fue su domicilio en Portugalete..., tras el cual los dos hijos del matrimonio se desplazaron con ella, de modo que lo que se somete a decisión es la posibilidad del traslado de la actora a Portugalete, con modificación del régimen de visitas...*».

Después, tras afirmar que ni el pacto de relaciones familiares con su previsión de custodia compartida a cuatro años, *«que dejaban comprometida»*, ni el artículo 19 CE autorizaba al traslado de los niños por el cambio radical en sus entornos, lo que *«podría conllevar un cambio de la guarda y custodia»*, se concluye que el traslado de la madre e hijos justifica la nueva ordenación de las visitas. Tal conclusión ya resultaría incoherente a la vista de las cautelas anteriores (pacto de relaciones familiares sobre custodia compartida y artículo 19 CE), salvo que se basara en la expresada afirmación de haberse producido ya el traslado sin haber afectado a la adaptación de los niños. Pero, tras el auto de aclaración, la incoherencia resulta patente pues la expresada razón de la adaptación de los niños a las nuevas circunstancias, al ser incierta y de tal relevancia, no permite la posibilidad de justificar las nuevas medidas.

Si en la sentencia se amparaba la modificación de medidas en el cambio de residencia de los menores y su adaptación al mismo, no se puede llegar a la misma conclusión tras dejar sentado que no se ha producido el cambio de residencia, pues falta el presupuesto legal (artículo 79.5 CDFA) de la previa alteración de circunstancias para así permitir la modificación de medidas, que es precisamente lo que llevó a la desestimación de la demanda en la primera instancia con expreso fundamento en el contenido de la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2014 (recurso de casación 3/2014) respecto al artículo 79.5 del CDFA en correspondencia con el artículo 91 Cc.

Aun producido el cambio de residencia de la madre por sus propias circunstancias familiares y laborales, voluntariamente buscadas aunque no fraudulentamente, la sentencia recurrida ya exponía las cautelas a tener en cuenta: el pacto sobre custodia compartida que quedaba comprometido, y

el interés de los menores en la posible nueva residencia con los problemas de adaptación y el posible cambio de guarda y custodia. Solo la errónea afirmación de que se había producido el cambio sin problemas de adaptación llevaba a autorizar la modificación de medidas.

SEXTO.- A la vista de lo anterior adquiere relevancia la denunciada infracción del artículo 76.3.a) en relación con el artículo 80.2 del CDFA, que el recurso justifica dándole mayor alcance que lo relativo simplemente al régimen de visitas, pues lo basa en el derecho de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses, con la perspectiva también de lo dispuesto en el artículo 80.2 sobre el régimen de custodia compartida. Como hemos visto, la conexión con este último precepto la viene a establecer la sentencia recurrida al no amparar en el pacto de relaciones familiares la libertad del cambio de domicilio de la madre, por tener en cuenta el acuerdo sobre la custodia compartida a partir del 9 de abril de 2017, *«que dejaban comprometida»*, y al cambio radical que podía suponer en los menores, lo que podría conllevar *«un cambio en la guarda y custodia»*.

Efectivamente, se presentaba la modificación del régimen de visitas como mínima, pero llevaba consigo la práctica imposibilidad de cumplimiento para el padre, según afirmaba la sentencia de primera instancia, no solo por tener que pasar uno de los fines de semana alternos en la residencia de la madre y el otro tener que ir a recogerlos allí, sino por el traslado para las visitas entre semana. Además, se comprometía seriamente (si no definitivamente) el pacto sobre la custodia compartida, lo que se percibe sin necesidad de mayores razonamientos pues, fijada en su caso la residencia de los menores en Portu-

galete bajo la custodia de la madre, fácilmente sería denegada la exigencia de lo pactado sobre custodia compartida si ello implicaba el nuevo traslado de los menores.

El traslado, aun admitido solo respecto a la madre por la libertad en la elección de su domicilio y en su derecho a volver a su localidad de origen, ya implicaba una seria modificación de las comunicaciones con el padre, como se ha dicho. Además, era adoptado de forma unilateral por quien luego solicitaba la modificación de las medidas y vulnerando lo dispuesto en el artículo 76.3.a) del CDFA, que exige, como derecho de los hijos, que ambos progenitores participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

A este respecto se cita en este primer motivo del recurso la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2015 (recurso 3/2015) en la que, con referencia al interés del menor a considerar en los casos de traslado de residencia, se dice: *«Lo que acaba de señalarse es lo esencial y en lo que debe centrarse la resolución del problema que nos ocupa, y frente a ello resulta secundario establecer si el cambio de residencia de la madre era caprichoso e inmotivado o, por el contrario, era necesario como sostiene con vehemencia la recurrida. Ello no obstante, cabe recordar lo declarado por el TS en sentencias como la de 11 de diciembre de 2014:*

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

derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

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

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”».

Esta doctrina del Tribunal Supremo, que es la que recoge en parte la sentencia recurrida al establecer las cautelas antes

reseñadas, plantea las posibilidades de actuación de uno solo de los progenitores en la toma de decisiones fundamentales para los menores, como *«el traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio»*.

El interés del menor (*favor filii*) es invocado por el recurrente vinculado al artículo 76.3.a) del CDFA por considerar vulnerado el derecho de los menores a un contacto directo y regular con su padre, en tanto en cuanto la decisión de la madre no tenía en cuenta dicho interés, dado el radical cambio de entorno que comportaba. Y también porque, habiendo pactado la custodia compartida a partir del 9 de abril de 2017, ésta resultaría imposible y sería por ello vulnerado el interés de los menores, que es el que preside la preferencia legal de dicho régimen (artículo 80.2 CDFA).

Es evidente que el interés del menor no queda ignorado, sino al contrario, cuando una resolución judicial adopta el régimen de custodia individual precisamente por resultar más beneficioso para él. Pero en el presente caso los padres previeron en su pacto la custodia compartida, y este pacto quedaba comprometido, como decía la sentencia recurrida, por el traslado de los niños a Portugalete. Ya ha dicho esta Sala en varias ocasiones que debe observarse especialmente el respeto a lo pactado por los padres en esta materia, que solo cabe ser modificado por cambio cualitativo en las circunstancias pactadas. Así, la sentencia n° 37/2014, de 19 de noviembre, recurso 14/2014: *«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 ins-*

tancia no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncie».

En definitiva, el pretendido traslado de los niños a Portugalete, que comportaría un cambio sustancial en su entorno y en la relación con su padre, sin otra justificación que el voluntario (no forzoso) cambio de residencia de la madre, no tiene en cuenta el interés de los menores y compromete seriamente lo pactado respecto a la custodia compartida de los mismos, por lo que la sentencia recurrida vulnera lo dispuesto en los preceptos citados.

En consecuencia, procede la estimación de este motivo del recurso, lo que conlleva la casación de la sentencia recurrida y su anulación, confirmando íntegramente la recaída en primera instancia.

SEPTIMO.- Estimado el primer motivo, no resulta necesario el estudio de los otros dos, en cuanto se dirigen a apoyar el anterior.

OCTAVO.- 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. Ignacio R. L.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 30 de junio de 2015, y su auto aclaratorio de 15 de julio de 2015, y el auto aclaratorio de 22 de julio de 2015, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 28/2015.

TERCERO.- Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en fecha 1 de octubre de 2014, en el autos de Modificación de Medidas núm. 942/2013.

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, anunciando Voto Particular la Magistrada Ilma. Sra. D.^a Carmen Samanes Ara.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA

LA MAGISTRADA

ILMA. SRA. D.^a CARMEN SAMANES ARA

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 que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acepto los fundamentos de derecho primero a cuarto de la sentencia de la mayoría.

SEGUNDO.- Previamente al examen de los motivos de casación, he de recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisdiccional, recogida en la sentencia del

Tribunal Supremo nº 417/2015, de 29 de junio, la función de la casación no es la de una tercera instancia, sino la de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho efectuada por la Audiencia Provincial. No se trata, en esta sede, de resolver el conflicto inter partes, ni de proporcionar una solución más adecuada o más razonable que la adoptada por la Audiencia sino únicamente de determinar si la resolución recurrida vulnera o no el precepto o los preceptos que la parte afirma haberse infringido, ya sea por aplicación indebida, inaplicación, o errónea interpretación. Sobre esa base, debe darse respuesta al recurso con estricta sujeción a lo planteado por la parte recurrente, a fin de no causar indefensión a la recurrida.

Debe igualmente recordarse que, en relación con el principio del *favor filii*, el Tribunal Supremo en sentencias como la de 28 de septiembre de 2009 y otras posteriores ha señalado que, establecido que el interés del menor es 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”».

TERCERO.- En el primer motivo del presente recurso se denuncia infracción del artículo 76.3 en relación con el 80.2 del CDFA. El artículo 76.3 consagra el derecho de los hijos menores *a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus*

intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar. Al margen de las consideraciones que se hacen en el recurso sobre las motivaciones de la madre para trasladarse a Portugalete, arguye la parte que la modificación del domicilio de los hijos les privaría de ese derecho, ya que la distancia entre los de ambos progenitores es de más de 300 kilómetros, por lo que señala que *resultaría ilusorio pretender que quepa dicho contacto.*

El régimen de visitas acordado no comporta vulneración del precepto en cuestión. La norma hace referencia a *un contacto regular*, y eso es lo que se establece en la sentencia puesto que fija un régimen de visitas en fines de semana alternos que, por lo demás, es lo habitual en los supuestos de custodia individual. La materialización del régimen previsto comportará una mayor incomodidad y gasto para el padre, pero eso no equivale a lesión del derecho de los menores.

CUARTO.- En el mismo motivo de casación se denuncia también —con no muy depurada técnica— vulneración del artículo 80.2. Señala la parte: *...la custodia compartida queda seriamente dificultada con el pretendido traslado del domicilio de los menores (...). La señora O., que no necesita ni el cambio de trabajo ni el de domicilio, ha buscado deliberadamente imposibilitar ese régimen preferente de custodia compartida que previeron en el PRF con una actuación unilateral, innecesaria y deliberada que impida cumplir lo pactado, que, no se olvide, es el régimen preferente en Aragón.*

La parte no tiene razón. Ante todo, el precepto no se infringe en la sentencia recurrida porque no se ha aplicado y no resulta de aplicación, ya que no es objeto del pleito el establecimiento de un régimen de custodia sino la modificación de un régimen de visitas. Pero, además, la recurrente parte de una base de hechos que no se ajusta a la fijada en la sentencia, que precisó que la decisión de la madre no era ni

caprichosa ni injustificada. Esta apreciación determina a su vez la improsperabilidad del motivo segundo en el que se denuncia infracción del artículo 76.5 del CDFA por vulneración del principio de lealtad en beneficio del menor en relación con el de buena fe, aduciendo la parte que la madre pretendió, desde la firma del pacto, bien no respetar lo que acordaba, bien tomando esa determinación en pocos meses tratando de llevarse a sus hijos tan pronto como encontró un trabajo en Vizcaya.

Lo que antecede sería suficiente, creo, para desestimar los dos primeros motivos del recurso. No obstante, añadiré que no comparto las consideraciones que se hacen en la sentencia de la mayoría a propósito de la alegación de la parte sobre el error padecido en la resolución impugnada al partir de la premisa de que los niños habían sido ya trasladados a Portugalete. De entrada, entiendo que la denuncia de ese error (después rectificado) no tiene encaje en un motivo de casación. En segundo lugar, el error no tiene —a mi parecer— la trascendencia que se le da en la sentencia de la que disiento. Lo que se dice al respecto en la impugnada, es (fundamento segundo):

«... todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido.

En consecuencia, concurrente a juicio del Tribunal una causa seria para el cambio, exento este de todo matiz caprichoso o perjudicial para los hijos, la Sala, en desacuerdo con las razones que en la instancia llevaron a la desestimación de la demanda, considera que el traslado de madre e hijos a Portugalete, razonable, justifica la nueva ordenación de las visitas que la demandante propone para los períodos lectivos, sin modificación del régimen de guarda y

custodia estipulado en el Pacto de Relaciones Familiares».

Así pues, parece que la razón de que la sentencia estime que el traslado no comporta un riesgo para los niños es la corta edad de éstos, más bien que la constatación (pese a que se utiliza la expresión «haya supuesto») de que los niños se hayan adaptado a Portugalete. Frente a lo que entiende la mayoría, creo que la sentencia de la Audiencia no ampara la modificación acordada en el cambio de residencia de los menores y su buena adaptación al mismo, sino, primero y principalmente, en el traslado (que acepta por entenderlo justifico) de la madre custodia, dado que previamente señala que *«... es razonable que, habiendo dejado Bilbao y su entorno familiar por razón de matrimonio, la Sra. O., tan prontamente sobrevenida la ruptura, con anterioridad incluso al nacimiento del segundo hijo, quisiese volver a su lugar de origen, en el que cuenta con un arraigo personal y familiar y puede conciliar con ayuda de su entorno propio su vida laboral y sus obligaciones como madre...»*. Y segundo, en la consideración de que ese traslado no es perjudicial para los niños, ya que a) dada su corta edad, no han de tener (o no tienen por qué tener) problemas de adaptación y b) no va a desaparecer la relación con la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse con el régimen de visitas.

En la sentencia de la mayoría, en relación con el primero de los dos autos de aclaración que se dictaron tras la sentencia de apelación se dice que *«se admitía la legitimidad del traslado personal de la madre pero sin arrastrar por ello el de los hijos»*. Pero, pese a la no muy afortunada redacción de dicho auto, entiendo que no es así; la legitimidad del traslado de la madre sólo se ha planteado -otra cosa no tendría sentido, dada la libertad de elección de domicilio- en la medida en que ese traslado comporta el de los hijos cuya custodia ostenta. Además, el

auto de aclaración no modificó el fallo de la sentencia, donde el régimen de visitas se articulaba en función de la residencia de los hijos en el domicilio materno. Cuestión diferente es que, anunciada por el padre su decisión de recurrir la sentencia de apelación, la decisión final quedaba en manos de la Sala de casación.

Sucede, por otra parte, que si se admite que, en efecto, los niños no han sido aún desplazados a Vizcaya, no cabe hablar de actuación desleal de la madre. Pese a que D^a Silvia no pidió directamente en la demanda que se le autorizase a trasladarlos, lo hizo indirectamente a través de la solicitud de modificación del régimen de visitas, como viene a ponerse de manifiesto en ambas sentencias de instancia. La madre (frente a lo que ocurría en el caso resuelto por la sentencia de 28 de mayo de 2015 a la que haré referencia después) no ha actuado unilateralmente en la toma de decisiones fundamentales para los menores.

QUINTO.- En el tercero de los motivos se denuncia vulneración del artículo 76.3.b del CDFA en relación con el 75.2, por vulneración del derecho del padre a la igualdad en las relaciones familiares. Para la parte, quiebra cualquier criterio de igualdad entre los esposos si uno de ellos, en contra del previo acuerdo de ambos, decide unilateralmente llevarse consigo a los hijos comunes a más de 300 km de distancia. Pero es que no ha sido así. Como he señalado antes, la madre no ha decidido unilateralmente tal cosa, sino que ha venido a someter el cambio de domicilio de los niños —que sigue al suyo al ser la progenitora custodia— a la decisión jurisdiccional, a través de la petición de modificación del régimen de visitas. Lo que se expresó en la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2014 que el mismo recurrente cita en su escrito, es que lo que imponen los preceptos referidos es que *cualquier dife-*

rencia de trato se halle justificada en razón de las circunstancias concurrentes.

Podría cuestionarse si es o no contrario al principio de igualdad el establecimiento de un régimen de visitas que pone a cargo del padre todos los gastos derivados del mismo, y además la necesidad de que pase uno de los fines de semana alternos en el lugar de residencia de la madre, pero esta cuestión no ha sido planteada por la recurrente ni pide subsidiariamente la modificación de este extremo, por lo que no cabe hacer pronunciamiento al respecto.

SEXTO.- El recurrente alude a la sentencia de esta misma Sala de 28 de mayo de 2015, también citada en la que es ahora objeto de mi discrepancia. Pero no estamos ante una situación como la que allí se resolvió. En aquel caso la Audiencia estableció una custodia individual a favor de la madre revocando lo resuelto por el Juez de primera instancia que, después de justificar que ello era lo más conveniente para el menor, había acordado la custodia individual a favor del padre (a salvo que la madre decidiera continuar el de custodia compartida vigente hasta entonces). Y se razonó en la sentencia de casación que procedía la anulación de la impugnada porque en ella la invocación al interés del menor no constituía en realidad la razón o fundamento de la decisión adoptada en el caso, sino más bien un pretexto para autorizar una situación de hecho preexistente. Pero, por cuanto he razonado, no es eso lo que ha sucedido en el caso que me ocupa.

Por lo expuesto, y de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, entiendo que el recurso debió ser desestimado.

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

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

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2015, en el rollo nº 28/15, que confirmamos.

2. No hacemos imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso.

NÚM. 8

A. TSJA de 11 de abril de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de identificación de la modalidad de recurso interpuesto: El art. 477.2 Lec. contempla tres modalidades diferentes que justifican el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuando se dictaron para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, por razón de la cuantía y por existir interés casacional. El recurrente parece limitar el recurso a los supuestos de existencia de interés casacional (art. 2.2 Ley 4/2005). Que un recurso presente interés casacional puede deberse a motivos diferentes, contemplados en el art. 3 Ley 4/2005, que la parte recurrente debe indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo, no siendo suficiente la simple mención del

citado artículo o de alguno de sus apartados. Limitarse a citar en los motivos algunas sentencias, sin fijar la jurisprudencia que contienen, y sin razonar el cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas por la sentencia recurrida, no puede entenderse que cumpla esta finalidad. Estos defectos no son una mera infracción formal, de carácter subsanable, sino que afectan a la esencia del propio recurso.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 477.2 Lec., 2 y 3 Ley 4/2005 de la casación foral aragonesa

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas

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 mencionada 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.- Tal como se indicó en la providencia de fecha 25 de febrero de 2016, en el recurso interpuesto no se identifica la modalidad del recurso de casación que se interpone, al limitarse el recurrente a mencionar en la primera de sus alegaciones, sin más razonamientos, el art. 477.2 LEC y los arts. 2.2, 3.1 y 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, de la casación foral aragonesa.

El primero de ellos, el art. 477.2 LEC contempla los tres supuestos diferentes que justifican el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, por razón de la cuantía y por existir interés casacional.

Aunque el recurrente no indica expresamente la concreta modalidad en que fundamenta el recurso, la posterior mención a los artículos de la Ley 4/2005, de casación aragonesa, parece limitar el recurso interpuesto a los supuestos de existencia de interés casacional, a los que se refiere el precepto citado por el recurrente (art. 2.2 Ley 4/2005).

No obstante, que un recurso presente interés casacional puede deberse a motivos diferentes, contemplados en el art. 3 de la Ley 4/2005. Por razones de congruencia y contradicción procesal la parte recurrente debe indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo en cuál de ellos se funda la admisibilidad del recurso interpuesto, ya que la simple mención a los apartados 1 y 3 del referido precepto no resulta suficiente, puesto que en ellos se contemplan supuestos en los que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, o no existe dicha doctrina (art. 3.1 Ley 4/2005); o en los que la sentencia recurrida aplica normas de Derecho civil aragonés que no llevan cinco años en vigor

y no existe doctrina jurisprudencial (art. 3.3 de la mencionada Ley 4/2005).

Por otra parte, en los concretos motivos de casación segundo (alegación cuarta) y tercero (alegación quinta), únicos en los que parece hacerse alguna referencia a criterios jurisprudenciales de esta Sala, el recurrente se limita a citar cuatro sentencias en el primero de ellos, y una en el segundo, sin fijar la doctrina jurisprudencial que contienen, y sin razonar el cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas por la sentencia recurrida.

Limitarse a indicar en esos motivos que esta Sala ha establecido el carácter general o preferente de la custodia compartida, y el excepcional de la individual cuando resulte más conveniente para el interés del menor, con la simple mención de las sentencias, no puede entenderse que cumpla dicha finalidad, puesto que esa referencia no es más que la propia dicción del precepto que se entiende infringido (art. 80 CDFA) que, como es lógico, ha sido reproducida en numerosas sentencias de esta Sala.

Estos defectos no constituyen una mera infracción formal, de carácter subsanable, porque afectan a la esencia del propio recurso, en cuanto obligan al Tribunal a suplir la actividad argumentativa de la parte recurrente para determinar qué concreta modalidad del recurso de casación interpone o, suponiendo que se interpone por vulnerar la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial de esta Sala, determinar cuál es ésta y en qué modo ha sido vulnerada. Con ello este órgano incumpliría el principio de congruencia y colocaría a la contraparte en situación de evidente indefensión.

Por otra parte, y como ya se señaló en la providencia, los arts. 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón que

se entienden vulnerados por la sentencia recurrida, de fecha 22 de diciembre de 2015, ya llevan más de cinco años en vigor, puesto que venían recogidos, con idéntica redacción, en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE 22 de junio de 2010), que entró en vigor el 22 de septiembre de 2010 y posteriormente se integró en el CDFA. Por tanto, en ningún caso se podría alegar para fundamentar la existencia de interés casacional el supuesto previsto en el art. 3.3 Ley 4/2005.

Al respecto cabe indicar que la inicial flexibilidad con la que esta Sala ha venido valorando la identificación por el recurrente de los motivos en los que basa la existencia del interés casacional, a efectos de admisión del recurso, al amparo del art. 3.3 de la Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, en los casos en que se aplican normas del Derecho civil aragonés que llevan menos de cinco años en vigor, debe ir reconduciéndose una vez que dichas normas han superado el límite temporal de vigencia establecido por el legislador y se ha asentado ya una doctrina jurisprudencial sobre las mismas.

Por todo lo expuesto, no indicando el recurrente la concreta modalidad de recurso que interpone, ni habiendo expresado y justificado la doctrina de la Sala supuestamente infringida, tampoco queda justificado el interés casacional, como exige el artículo 481.1 LEC, por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo supuesto en el artículo 483.2. 1º y 2º del mismo texto procesal.

TERCERO.- A mayor abundamiento, entrando a conocer sobre la justificación de los concretos motivos de casación alegados, en el primero (alegación tercera), se afirma la aplicación indebida del art. 80 CDFA en relación con los arts. 217 y 218 LEC, referidos estos últimos a la carga de

la prueba y congruencia y motivación de las sentencias, respectivamente.

Como ya se señaló en la providencia, el motivo no puede ser admitido, al incurrir en la cita de preceptos heterogéneos que generan ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC), puesto que se alegan normas de derecho sustantivo junto a normas procesales. De hecho el motivo parece destinado, más bien, a fundamentar un recurso por infracción procesal.

Si lo que el recurrente pretende es fundamentar su impugnación en cuestiones de carácter procesal como las reglas de distribución de la carga de la prueba, o la motivación o congruencia de la sentencia, debería haberla formalizado mediante la articulación del correspondiente motivo de infracción procesal.

CUARTO.- Como segundo y tercer motivo (alegaciones cuarta y quinta), se entiende infringido el art. 80 CDFA, aduciendo la inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida y la aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual a favor de la madre (art. 80 CDFA).

Los dos motivos de casación alegados por el recurrente se limitan a denunciar la valoración errónea de la prueba realizada por la Audiencia Provincial en su resolución, sin que se haya articulado motivo de infracción procesal por valoración arbitraria o irracional.

Bajo la apariencia de centrar dichos motivos en la infracción del art. 80 CDFA, el recurrente vuelve a plantear la controversia ante este Tribunal, como si fuese una tercera instancia, valorando nuevamente los hechos y las pruebas practicadas a través de su propio prisma. Así, en el tercero de los motivos realiza una valoración de la prueba respecto de cada uno de los factores a los que debe atender el Juez

para decidir sobre la custodia, recogidos en el art. 80.2 CDFA. Y en el cuarto motivo, el recurrente se centra en valorar el informe del gabinete psicosocial, que ha sido objeto de amplio estudio en la sentencia recurrida.

Como afirma el TS en Auto de 6-11-2012, recurso 1880/2011, *«Conviene recordar en este punto que tales exigencias derivan de la propia naturaleza de este recurso y de su carácter especialmente restrictivo y exigente (SSTC 7/89 y 29/93), como esta Sala ha declarado con reiteración en la aplicación del art. 1707 de la LEC de 1881, por ello se encuentra implícita en el artículo 481.1 de la LEC 1/2000, de manera que este precepto impide la admisión, además de aquellos recursos carentes de fundamentación, también de aquellos en los que la parte, con cumplimiento aparente de los requisitos formales —denuncia de infracción sustantiva y exposición más o menos extensa de alegaciones— sólo pretende someter al Tribunal sus propias conclusiones sobre la controversia, pero no una verdadera infracción sustantiva»*.

Ni el recurrente, ni el Ministerio Fiscal, favorable a la admisión del recurso por estos dos motivos, desvirtúan en sus alegaciones lo expuesto, a juicio de este Tribunal. El primero se limita a indicar que no ataca la valoración de la prueba, sino las consecuencias jurídicas que se extraen de los hechos obrantes en los autos. El segundo, tras aducir una serie de consideraciones por las que entiende se debe incentivar la recurribilidad de las sentencias sobre custodia compartida, considera que el informe emitido por la psicóloga del juzgado y la opinión de los hijos menores constatan la custodia compartida. Estos dos factores han sido objeto de estudio y valoración tanto por la sentencia de primera instancia como por la dictada en apelación, por lo que el recurso pretende convertir a esta Sala en una tercera instancia que valore nuevamente la prueba.

Por lo expuesto, procede inadmitir también el recurso por esta segunda causa, al amparo del art. 483.2.2ª, en relación con el artículo 477.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- El cuarto motivo (alegación quinta) debe ser inadmitido por las razones ya expuestas en la providencia, al citarse como infringido el art. 76.3.b) CDFA, siendo este un precepto genérico, a modo de principio informador, que se limita a establecer la igualdad de los padres respecto de los hijos menores de edad en sus relaciones familiares.

El Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2011, determina la inadmisibilidad cuando en el recurso se denuncie «*La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC)*».

Vistos los preceptos legales citados,

LA SALA ACUERDA

No admitir el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Oscar David Bermúdez Meleiro, en nombre y representación de D. Pablo G. O., frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 22 de diciembre de 2015.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones, con testimonio de este auto, al Tribunal de procedencia.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

NÚM. 9

S. TSJA 12/2016 de 20 de abril de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional en los casos de custodia compartida: La fijación de la proporcionalidad de la contribución de cada progenitor entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación. En los casos de custodia compartida es habitual que cada progenitor subvenga a los gastos ordinarios que la convivencia comporta durante los periodos en que tiene a los hijos consigo, siendo frecuente la apertura de una cuenta común para el pago de los demás gastos ordinarios. Si los recursos de uno y otro no son equivalentes, la proporcionalidad que impone el art. 82.1 determina que la contribución a la cuenta común tampoco sea igual. La no fijación de una pensión periódica para la mujer no comporta vulneración del art. 82.3 que la prevé «si es necesario». Y la recurrente no ha justificado esa necesidad.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 80, 82 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los motivos en los que se asienta el presente recurso se alega vulneración del artículo 80 del CDFA.

Razona la parte que la preferencia por la custodia compartida que establece dicho precepto no significa que no haya de analizarse si existen motivos para considerar

más conveniente la custodia individual. Pero —se afirma en el escrito de recurso— tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación se omite todo pronunciamiento referente al interés superior del menor o *favor filii*. Y se queja, en fin, la parte, de que la sentencia de instancia no ha atendido algunos elementos relevantes al interés de los menores, señaladamente la actuación del padre antes y después de la separación.

El motivo no puede prosperar.

Como en tantas ocasiones hemos dicho, el legislador aragonés establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del CDFA. La redacción del primer inciso de este último revela que, en efecto, se considera que la custodia compartida es el régimen que, en principio, satisface mejor el interés del menor: *El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores...* Por ello, conforme a la también reiterada doctrina de esta Sala se establecerá la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual en atención al interés del menor.

En este punto la sentencia de primera instancia —después confirmada— está ampliamente motivada como es de ver por lo expresado en los fundamentos segundo y tercero, donde recuerda el contenido del artículo 76 del CDFA y la necesidad de que prevalezca siempre el interés de los menores en la toma de decisiones que les afecten. Analiza las circunstancias concurrentes —con especial atención al informe pericial— para resolver que las mismas no conducen a apartarse del régimen preferente. La atención prestada al interés de

los menores se patentiza, además, en la decisión (que la sentencia justifica adecuadamente) de separar a los hermanos, con objeto de que el mayor, que por su problemática precisa más dedicación, pueda tenerla.

Por tanto, no es cierto en absoluto que se haya omitido todo pronunciamiento referente al *favor filii*. Y la parte no justifica una vulneración de la norma que dice infringida, que existiría si la custodia compartida se hubiese acordado a partir de datos que, en el caso concreto, la hicieran inconveniente para el interés de los menores, como lo sería una acreditada inidoneidad del padre para ostentar la custodia de aquellos. Pero no es así, pues la sentencia establece que ambos padres «no solamente poseen la capacidad para poderse ocupar de los hijos, sino que además mantiene (sic) un estrecho vínculo con los mismos sin que se haya detectado ninguna problemática en relación con los mismos».

En suma, no se ha acreditado que el interés de los menores exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre, y no procede aquí rebatir la valoración de la prueba realizada en la instancia lo que, como también ha dicho esta Sala con reiteración, está vedado en el recurso de casación en el que, partiendo de los hechos probados, debe analizarse si se ha producido una correcta aplicación de las normas aplicables al caso.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se alega vulneración del artículo 82 del CDFA, reproduciendo la recurrente, en el primero de los párrafos que dedica al desarrollo del motivo, los cuatro apartados de dicho precepto.

Aduce la parte que la desigualdad de ingresos se ha reconocido expresamente en la sentencia, pero que no se ha tenido en cuenta para la contribución a los gastos de los menores.

En lo tocante a este extremo, la sentencia de primera instancia partió de la diferente capacidad económica entre ambos progenitores (aunque variables, sobre todo los de la madre, los ingresos del padre son bastante superiores) y los gastos a los que debían hacer frente, resolviendo que los ordinarios (distintos de los de manutención y vestido, que corresponderían a cada progenitor durante el periodo de guarda) se satisfarían con lo ingresado en una cuenta conjunta a razón de 250 euros el padre y 150 la madre. Y los extraordinarios se abonarían en una proporción el 70% para el padre y 30% para la madre. No tiene razón, pues, la parte cuando afirma que no se ha tenido en cuenta la desigualdad entre ambos progenitores.

Por lo demás, ya ha dicho la Sala, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia n° 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 46 del Código civil, que *«corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación»*.

Y ese mismo criterio (STSJA de 21 de octubre de 2014) ha de seguirse en la interpretación del artículo 82.1 del CDFA, sin que pueda el recurrente sustituir el criterio judicial por el propio.

Afirma también la recurrente —como ya hiciera en el recurso de apelación— que, al no fijarse una pensión para la Sra. R. en los meses en los que tenga a sus hijos

en su compañía, no existe proporción alguna respecto de los gastos ordinarios de habitación, sustento y vestido. Ello evidencia que, en realidad, la verdadera razón de la disconformidad de la parte no es tanto la alegada falta de proporcionalidad sino la no fijación, en la sentencia, de una pensión de 100 euros por hijo para la Sra. R. en los meses en los que los tenga en su compañía (todos, pues cuando no tenga al mayor tendrá a los pequeños, según ha quedado expuesto).

El artículo 82.3 establece 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 si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos».

Lo normal, en los casos de custodia individual, es que el progenitor no custodio abone al otro una pensión de alimentos para los hijos, en tanto que la contribución del progenitor custodio se materializa haciéndose cargo de los gastos ordinarios que la convivencia comporta. En los casos de custodia compartida, como el que nos ocupa, es asimismo habitual que cada progenitor subvenga a dichos gastos durante los periodos en que los tiene consigo, siendo frecuente la apertura de una cuenta común para el pago de los demás gastos ordinarios. En estos casos, la proporcionalidad que impone el artículo 82.1 determina que, si los recursos de uno y otro no son equivalentes, la contribución tampoco sea igual, como de modo congruente se ha acordado en el caso presente por la sentencia de instancia. Existe, por tanto, proporción. El hecho de que la sentencia no fije, además, una pensión periódica para la Sra. R. no comporta vulneración del precepto que la prevé «si es necesario». Y la recurrente no justifica esa necesidad, como pone de relieve la sentencia de apelación y asimismo el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso.

Por todo ello, el motivo debe ser igualmente rechazado, pues no se ha infringido el artículo 82 en ninguno de sus apartados.

TERCERO.- En el tercero y último motivo se alega vulneración del art. 81.3 en relación con el 79.5 del CDFR. Por lo que enseguida se dirá, resulta incomprensible el planteamiento de este motivo.

Indica la parte que la vulneración se produce porque «en ningún caso se atiende a las circunstancias concurrentes en la familia, sin tener en cuenta ni analizar la situación económica de los progenitores».

Según ha quedado expuesto más arriba, no es cierto que no se hayan tenido en cuenta dichas circunstancias que, precisamente, son las que han llevado a otorgar a la madre (por ser su interés el más necesitado de protección) el uso de la vivienda. La sentencia de primera instancia, en lo atinente a este particular, señala:

«En cuanto al plazo de uso del domicilio familiar, por la demandada, se manifestó en el acto de la vista que la vivienda se encontraba ya a la venta, existiendo la posibilidad, según refirió la parte demandante de que para el supuesto de que esta no se efectúe y no poder hacer frente al pago del crédito hipotecario poderse realizar una dación en pago.

Al margen de ello y puesto que han quedado acreditados en las actuaciones los problemas económicos de ambas partes para hacer frente al préstamo hipotecario, se dispone un plazo máximo de uso de la vivienda por parte de la Sra. R. de un año a contar desde la fecha de la presente resolución, tiempo suficiente para poder encontrar otra residencia en la que poder ubicarse y facilitar de forma más rápida la venta del inmueble».

Y en el Fallo (que queda confirmado, como los demás pronunciamientos, por la sentencia de apelación) tal como ha que-

dado recogido en los antecedentes de la presente, se expresa:

«Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en la calle ... de Utebo a la Sra. R. por un período de un año a contar desde la fecha de la presente resolución.

(...).

Concluido el plazo antes indicado deberá ponerse la vivienda a la venta, sin perjuicio de que las partes puedan alcanzar un acuerdo para proceder a esta con anterioridad (como parece que así ha sido) a la finalización del señalado si así les conviene y están conformes con el precio, con preferencia de ambos sobre terceros para su adquisición, **permaneciendo mientras en el uso la Sra. R. hasta la materialización de dicha venta (...)**».

Afirma la parte que no se opone a la limitación temporal, pero entiende que, estando ambas partes de acuerdo en la venta de la vivienda, «debía fijarse dicha limitación al momento de la venta de la vivienda». Pues bien, a tenor de las expresiones del fallo que hemos resaltado, no otra cosa es lo que dispone la sentencia, lo que, como ha quedado ya dicho, priva de todo sentido al motivo.

Es consecuencia de lo que ha quedado expuesto la desestimación del recurso.

CUARTO.- 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.

FALLO

Primero.- Desestimamos el presente recurso de casación núm 63 de 2015, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.^a Carmen Fernández Gómez, en nombre y representación de D.^a Pilar R. C.,

contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial con fecha 14 de octubre de 2015.

Segundo.- Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

10

NÚM. 10

S. TSJA 13/2016 de 9 de mayo de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: El riesgo de desequilibrio del menor: Se establezca uno u otro sistema de custodia, el riesgo de desequilibrio de los menores inmersos en el proceso de ruptura de la convivencia de sus progenitores está siempre presente. Y en el supuesto actual el cambio de un sistema de custodia seguido desde la ruptura (año y medio antes de presentarse la demanda) a otro puede potenciar el desequilibrio. Como el psicólogo observa que la vinculación del menor con ambos progenitores es buena, no hay certeza de que el establecimiento de la custodia compartida pueda generar un desequilibrio de relevancia superior a la propia de la situación de cese de la convivencia.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los litigantes, D.^a Sara O. P. y D. Jairo L. H. mantuvieron relación de convivencia durante varios años, en la que nació el día 29 de marzo de 2009 el hijo común Lorién L. O. , por lo que cuenta en la actualidad con siete años de edad. Terminada la relación estable, D.^a Sara presentó ante el Juzgado de Primera Instancia

de Daroca la demanda rectora de este procedimiento con el fin de que se acuerden medidas reguladoras de la relación de los progenitores con el menor. Todas las medidas solicitadas partían de la base previa de que la custodia acordada para cuidado del menor fuera la individual atribuida a la madre y demandante. Partiendo de ello, concretó luego el régimen que estimaba más oportuno respecto de visitas, vacaciones y comunicaciones del menor con su padre, así como el modo de contribución de los progenitores al pago de los gastos ordinarios y extraordinarios derivados del cuidado del niño y la atribución del uso de la vivienda que era el domicilio familiar.

El padre demandado contestó a la demanda e interesó que el régimen de custodia a seguir fuera el de custodia compartida, en la que por meses alternos el hijo menor permanecería con uno de los progenitores, con propuesta asimismo de fijación de régimen de visitas y vacaciones, y pago de gastos distinto del propuesto por la madre, sin que mostrara disconformidad respecto de la atribución de uso de la vivienda familiar a ella.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 24 de abril de 2015 en la que, respecto del régimen de custodia a seguir, tras citar la regulación recogida en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), razonó lo siguiente: «En el caso de autos se va a establecer un sistema de custodia individual a favor de la actora, atendiendo al superior interés del menor y ello en función del informe psicológico obrante en las actuaciones que así lo aconseja, manifestando que el sistema planteado por la parte demandada no se considera lo más beneficioso para el niño e incluso podría generar desequilibrio en las rutinas del niño, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la posibilidad de conciliar la vida

laboral con la familiar, la actora tiene el mismo horario laboral que el horario escolar, sin embargo, el padre el horario laboral de verano es rotativo e incluso tiene que salir de su domicilio durante 3 o 4 días, delegando en aquellos supuestos la guardia al padre del progenitor, sin embargo éste reside en distinta localidad y carece de carnet de conducir.»

Con base en tales consideraciones, la custodia establecida por la sentencia fue la individual atribuida a la madre, lo que se acompañó del acuerdo respecto del resto de medidas reguladoras de la relación personal y atención patrimonial de los progenitores y el menor.

La sentencia referenciada fue apelada por el padre, que solicitó su revocación especialmente en lo referente al sistema de custodia fijado, e interesó que fuera acordada la custodia compartida, tal y como en su contestación a la demanda había interesado. El Tribunal de segunda instancia, Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó el día 1 de diciembre de 2015 la sentencia ahora recurrida, en la que desestimó el recurso de apelación y confirmó en su integridad la sentencia recurrida, estando así al régimen de custodia individual acordado por el Juzgado de Primera Instancia.

TERCERO.- La anterior sentencia ha sido ahora recurrida en casación ante esta Sala por el padre. El recurso se sustenta en un solo motivo, la infracción del artículo 80.2 del CDFA en relación con el artículo 76.2 del mismo Código y los artículos 39.2 y 4 de la Constitución Española. Estima la parte recurrente, con cita de numerosa jurisprudencia de esta Sala, que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no da adecuado cumplimiento a la previsión establecida en la legislación aragonesa de preferencia del régimen de custodia compartida respecto del de custodia individual, ya que los elementos de juicio en que se sus-

tenta la resolución no son concluyentes ni suficientes para eludir la preferencia legalmente establecida.

En concreto, el razonamiento final de la sentencia recurrida respecto del régimen de custodia a establecer fue el siguiente: «Los extremos expuestos ponen de manifiesto que la solución adoptada por el Juzgador de instancia preserva de forma adecuada el superior interés del menor al valorar prioritariamente, de forma razonada, su estabilidad y bienestar, los que no quedarían salvaguardados en el sistema propuesto por el recurrente, carente de garantías en el correcto desarrollo del cuidado del hijo (artículo 80 del Código de Derecho foral de Aragón)».

La forma razonada en que resolvió el Juzgado de Primera Instancia y a que se refiere el párrafo transcrito de la sentencia recurrida ya fue recogida en el Fundamento de Derecho segundo.

Los extremos de referencia que tal párrafo considera que impiden que queden salvaguardadas la estabilidad y bienestar del menor son los que la propia sentencia indica con anterioridad en los siguientes términos:

«El hijo menor (...) cuenta con 6 años de edad. Reside con su madre en C. y acude al colegio de M., donde vive con el padre. El padre trabaja como peón especialista forestal en la base de D., con horario de mañanas de octubre a julio, y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses.

La madre trabaja como auxiliar de guardería en la Comarca Campo de D., servicio ubicado en M.

El padre carece de apoyos familiares, su padre reside en Zaragoza».

CUARTO.- El artículo 80.2 del CDFA, norma imperativa aplicable a la cuestión, establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual resulte más conveniente. Así, cuando debe tomarse la decisión judicial no se está ante la posibilidad de valorar discrecionalmente y partiendo del vacío legal sobre cuál sea el régimen de custodia que la autoridad judicial puede establecer. En Derecho Aragonés el juez parte de una primera valoración, hecha por el legislador, de que el interés del menor debe dar lugar, *prima facie*, a la fijación del régimen de custodia compartida. Cabrá que, aun partiendo de tal preferencia legalmente impuesta, la autoridad judicial considere que en el caso concreto de que se trate esté presente algún motivo que justifique hacer salvedad del régimen de custodia compartida y fijar la custodia individual. Para llegar a tal conclusión debería a su vez, ponderar los presupuestos que el texto legal expone a continuación de modo expreso o cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Además, el Juez valorará también los informes periciales obrantes en autos, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores.

Por tanto, y como ha indicado constante jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo, sentencias de 27 de mayo de 2015 en recurso de casación 7/2015, o de 18 de febrero de 2016 en recurso de casación 61/2015) la posible exclusión de la preferencia legal a favor del sistema de custodia compartida exige que la autoridad judicial valore detenidamente la concreta prueba practicada hasta obtener la conclusión debidamente justificada de que existen las razones relevantes exigidas por el apartado segundo del artículo 82 para poder ceder

el sistema principal de custodia compartida hacia el legalmente establecido como secundario, de custodia individual.

QUINTO.- Pues bien, en el procedimiento actual la sentencia recurrida cita diversos datos de los que luego concluye que la custodia compartida no salvaguarda en el presente caso la estabilidad y bienestar del menor, ya que carece de garantías para el correcto desarrollo del cuidado del hijo menor.

La competencia atribuida a este Tribunal de casación no autoriza, salvo casos excepcionales que no están ahora presentes, a reconsiderar las conclusiones sobre prueba que hayan podido ser adoptadas por los tribunales de instancia, y, además, debe también entenderse que no corresponde tampoco, salvo también casos especiales que no se dan ahora, que el órgano de casación invada el ámbito de decisión discrecional que tiene reconocido el propio tribunal de instancia. La competencia propia de esta Sala se dirige a determinar si la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, es ajustada a derecho o si, por el contrario, ha infringido la norma de aplicación, complementada con la jurisprudencia a observar en cada caso. Por ello, en el supuesto ahora enjuiciado no procede modificar las conclusiones probatorias obtenidas por la sentencia recurrida ni tampoco el margen de discrecionalidad otorgado a la Audiencia Provincial. Pero sí debe estudiarse y resolverse si su sentencia dio cumplimiento a la orden legal de establecer preferentemente la custodia compartida, salvo que existan motivos relevantes que aconsejen otro tipo de cuidado del menor. Y asimismo procede valorar en este recurso si el ámbito de discrecionalidad reconocido al tribunal de instancia respetó el marco en que puede desenvolverse conforme a la legislación aragonesa.

SEXTO.- Respecto de la posible presencia de factores de relevancia que des-

aconsejen en este caso establecer la custodia compartida, la sentencia recurrida enumera, sin vincularlos entre ellos ni directamente con la conclusión final que obtiene, diversos datos. El primero es que el niño tiene seis años cuando la sentencia se dicta (en la actualidad ha cumplido ya siete años). No es este un dato que por sí solo pueda determinar la exclusión de la custodia compartida, ya que es una edad que permite, sin duda, la convivencia por periodos alternos del niño.

Cita igualmente la resolución que el niño vive con la madre en C. y acude al colegio en M., donde trabaja la madre y donde vive el padre, el cual trabaja en D. Cabe indicar que las tres poblaciones citadas están en la provincia de Zaragoza y que C. dista de M. un total de 9 km., mientras que D. está a 15 Km. de M. Es decir, según tales datos, la madre se traslada con el niño a trabajar a la misma población en que vive el padre. Y éste, a su vez, trabaja cerca de tal lugar. Ciertamente, la situación óptima en casos de separación de los progenitores, sea cual sea el régimen de custodia, sería que vivieran en el mismo núcleo urbano, pero el hecho de que esto no sea así en el caso tratado no parece que sea de especial relevancia para negar la idoneidad de la custodia compartida, menos cuando el traslado de la madre con el hijo al lugar donde vive el padre es continuo por motivos laborales.

Señala también la sentencia como extremo que desaconseja la custodia compartida el hecho de que el padre trabaja como peón especialista forestal, con turnos que varían según la temporada del año. Durante diez meses al año es en horario de mañanas. Y los otros dos en turnos rotativos de mañana y tarde. Este horario, a falta de mayor concreción en la sentencia, no parece que deba concluirse que impide de modo relevante la custodia compartida pues, al contrario, al tratarse mayoritaria-

mente de horario continuo y no partido, parece correcto para poder atender al niño. El hecho que también se cita de que el padre deba atender urgencias durante seis meses, y también a falta de mayores y más precisos datos sobre asistencias que deba hacer, no es cuestión tampoco concluyente respecto al tipo de custodia a fijar, ya que tales urgencias debe entenderse que son de localización, y la proximidad de las localidades indicadas como de residencia del padre y de prestación de su trabajo permite entender que ningún problema habrá para desplazarse de una a otra caso de ser preciso.

Se señala asimismo que el padre carece de apoyos familiares, y que su padre reside en Zaragoza. No se recoge si la madre tiene apoyos familiares. En cualquier caso, la distancia entre Zaragoza y D. no es excesiva para caso de urgencia, y, además, no sólo el apoyo familiar es el posible en un caso de emergencia. El hecho de que una persona viva con la familia extensa a una hora de distancia, no se observa realmente, ni así lo indica la sentencia, como factor de trascendencia para la fijación de la custodia compartida.

Asimismo, la sentencia indica que el informe pericial evidencia buena vinculación del menor con ambos progenitores, pero no considera la custodia compartida como el mejor sistema de vida del menor, al suponer el cambio un factor generador de desequilibrio en el niño, y aconseja que quede bajo la custodia de la madre. Como ya se tuvo en cuenta en sentencia de esta misma Sala de 6 de abril de 2015 en recurso de casación 1/2015, el informe pericial es de relevancia indudable al tiempo de determinar si procede la exclusión de la custodia compartida, y así lo previene el texto legal y debe considerarlo el tribunal. Pero, como también se señaló en tal sentencia, la decisión sobre la custodia no corresponde tomarla al perito psicólogo,

sino al tribunal. El ámbito técnico de la actuación pericial se circunscribe a la competencia propia del perito psicólogo, que excluye el conocimiento jurídico y, por tanto, la posible conclusión de cuál sea la custodia procedente conforme a lo legalmente ordenado. Por ello, la trascendencia de las conclusiones periciales debe ser convenientemente valorada por el tribunal; en su propio ámbito técnico para luego extraer el órgano judicial las consecuencias jurídicas que puedan derivar de la expertización realizada por el perito conocedor de la materia de que se trate. En este marco de la competencia pericial, en el caso presente, y según expone la sentencia, la psicóloga valoró la buena vinculación del menor con padre y madre, y que el cambio de la custodia compartida es un factor generador de desequilibrio del niño.

Sin duda, se establezca uno u otro sistema de custodia, el riesgo de desequilibrio de los menores inmersos en el proceso de ruptura de la convivencia de sus progenitores está siempre presente. Y en el supuesto actual el cambio de un sistema de custodia seguido desde la ruptura (que las partes admiten fue un año y medio antes de presentarse la demanda) a otro puede potenciar el desequilibrio. Este riesgo general de perjuicio de los menores cuando padre y madre comienzan su vida por separado y que, precisamente, trata de paliar la normativa reguladora de los efectos de la separación, no recoge la sentencia recurrida que se concrete de modo especial en el presente caso, pues, según se indica, el psicólogo observa que la vinculación del menor con ambos progenitores es buena. Ausente en este caso la certeza de que el establecimiento de la custodia compartida pueda generar un desequilibrio de relevancia superior a la propia de la situación de cese de la convivencia que el legislador ya ha observado, no cabe entender que lo recogido por el perito en su informe peri-

cial psicológico deba dar lugar al efecto jurídico de excluir la custodia preferente.

Por último, la sentencia hace suyo el razonamiento excluyente de la custodia compartida que recogió el Juzgado de Primera Instancia. Este razonamiento, transcrito al Fundamento de Derecho segundo de esta resolución, hacía propia a su vez la conclusión del informe psicológico. De las consideraciones que recogió el Juzgado se ha hecho ya antes referencia a la escasa relevancia a reconocer al potencial desequilibrio del menor, al trabajo del padre, o la relativa lejanía de la familia extensa. Igualmente se ha hecho referencia antes también al no reconocimiento del perito como decisor del sistema de custodia que legalmente debe ser establecido. En definitiva, por tanto, no añade argumento nuevo a los ya expuestos la remisión que la sentencia recurrida hace a la dictada en primera instancia.

SEPTIMO.- Como resulta de lo expuesto debe concluirse que la sentencia recurrida no expone razones fundadas en hechos probados que justifiquen la presencia de motivos de relevancia excluyentes de la custodia compartida. Por tanto, no observó la previsión del artículo 80.2 del CDEA que extrae del ámbito de discrecionalidad de la autoridad judicial la custodia que preferentemente procede establecer.

Procede así casar la sentencia recurrida, que debió ser revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera instancia, y establecer el sistema de custodia compartida como regulador de las relaciones paternofiliales en el presente caso.

Casada la resolución, queda este Tribunal como juzgador de instancia, por lo que procede valorar ahora qué especie, dentro del género de custodia compartida, puede establecerse.

OCTAVO.- Ante las propuestas concretas de aplicación del régimen hechas por

el demandado solicitante del establecimiento de custodia compartida nada opuso la parte contraria. De oficio no cabe observar que lo interesado pueda ser contrario al correcto desenvolvimiento del sistema ni, especialmente, al interés predominante de prestar la adecuada atención al hijo menor. Por ello se respetarán en lo esencial las peticiones del demandado, si bien con las concreciones que se recogerán en el fallo y que se estiman necesarias y útiles para el mejor desarrollo del régimen de vacaciones, visitas y contribución a los gastos.

NOVENO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo estimado el recurso de casación, y habiendo debido ser estimado el de apelación, no procede hacer imposición de las costas causadas en tales trámites. Respecto de las producidas en primera instancia, la existencia de resoluciones distintas evidencia la complejidad fáctica del asunto, y la consiguiente dificultad jurídica, por lo que tampoco procede hacer imposición a ninguna de las partes de las costas causadas por el trámite ante el Juzgado de Primera Instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jairo L. H. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 1 de diciembre de 2015 que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO.- En su lugar acordamos que, salvo acuerdo de las partes, las relaciones familiares entre los demandantes y su

hijo menor se regirán por las siguientes medidas:

- La guarda y custodia del hijo Lorién será compartida entre ambos progenitores, cada uno de los cuales tendrá la custodia de su hijo por el plazo de un mes natural, salvo en los meses de julio y agosto, que será quincenal en la forma que luego se indicará. El día uno de junio del corriente año 2016 comenzará la custodia del padre y luego se desarrollará por los correspondientes periodos sucesivos alternos.

- Durante el mes en que uno de los progenitores no tenga la custodia del menor lo recogerá los martes y jueves a la salida del colegio o, en su defecto o en época vacacional, a las 16.30 horas y permanecerá en su compañía hasta las 20 horas, en que lo reintegrará al domicilio donde viva el que ejerce la custodia.

- El progenitor que no tenga la custodia en el periodo mensual disfrutará de fines de semana alternos de la compañía del menor, para lo cual lo recogerá el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, a las 16.30 horas y lo reintegrará a las 20 horas del domingo. Caso de que haya puente festivo la recogida o reintegro del menor se entenderá que es en la víspera o al día siguiente del puente.

- En los periodos de vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad cada progenitor tendrá la compañía del menor la mitad del periodo. Los años impares corresponderá al padre el primer periodo, que en Navidad terminará el día 30 de diciembre, y los pares a la madre.

- En los meses de julio y agosto la custodia compartida será por periodos quincenales sucesivos, del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 de julio, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 de agosto. El reintegro del menor al terminar cada periodo lo hará el progenitor custodio a las 20 horas del día en que termine la quincena en el domicilio del

otro progenitor. En los años impares corresponderá al padre el primer periodo, y los pares a la madre.

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

- Los gastos ordinarios diarios de mantenimiento del menor serán de cuenta del progenitor que en cada momento tenga su custodia. Los extraordinarios necesarios serán abonados por mitad por ambos. Los extraordinarios no necesarios serán abonados por el progenitor que decida hacerlos.

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

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

Devuélvase al recurrente el depósito que constituyó.

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, anunciando Voto Particular los Magistrados Ilmos. Sres. D. Javier Seoane Prado y D.^a Carmen Samanes Ara, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO ÍLMO.
SR. D. JAVIER SEOANE PRADO,
Y SE ADHIERE LA MAGISTRADA ÍLMA.
SRA. D.^a CARMEN SAMANES ARA**

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 que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento, los antecedentes de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La razón por la que me opongo con total respeto al voto de la mayoría radica en que entra a decidir el caso como si se tratara de una instancia más, contradiciendo el criterio sustentado en las dos instancias, en el informe psicológico y por Ministerio Fiscal en la segunda instancia y en este recurso de casación.

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

La STC 141/2000, de 29 mayo, en la misma línea que multitud de resoluciones del TS como las n.º 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009, tiene a este principio como *estatuto jurídico indispensable de los menores de edad dentro del territorio nacional*, y destaca como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor

(en parecidos términos SSTC 298/1993, 187/1996, y ATC 28/2001, de 1 febrero).

También pueden ser citadas en apoyo de la consideración del interés del menor como superior criterio de decisión las SSTJUE dictadas en los asuntos C 211/10 y C 403/09, y el TEDH en los casos RAHIMI c. GRECIA y LYUBENOVA c. BULGARIA.

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

TERCERO.- Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto, labor para la que la legislación estatal disponía de una parca guía legal hasta la reciente reforma de la LO 1/1996 por la LO 8/2015, que supone un significativo avance al establecer los *cri- terios generales* que sirven para determinar qué responde mejor al interés del menor, así como los *elementos generales* a que hay que atender para realizar la necesaria ponderación para decidir en cada caso.

Así dispone el nuevo art. 2 L 1/1996:

«A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) 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.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.»

CUARTO.- El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la determinación de los criterios y elementos generales a los que ha de atender para decidir en cada caso el sistema de custodia que mejor

se adapta al interés del menor, opta por establecer unos criterios a los que se ha de atender en tal cometido.

Participo de la opinión mayoritaria de que el art. 80 CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor, pero ello no implica sino la posición de partida en la que se ha de situar el juzgador a la hora de decidir el sistema más conveniente en el caso concreto.

No significa, por el contrario, una jerarquía o preferencia de este sistema sobre los demás posibles que desvíe al juez del interés superior del menor como única guía a la hora de decidir el caso concreto, y menos supedita la observancia de tal principio a ninguna otra consideración, como pudiera ser la defensa de la particularidad de la norma aragonesa.

Y tampoco implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, ni una merma en la facultad-deber de averiguar de oficio el interés del menor que rige el derecho de familia.

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

Los sistemas diferentes a la custodia compartida no son, por tanto, ninguna excepción, como tampoco lo es este sistema en el derecho común respecto de la custodia individual, como se ha encargado de señalar el TS en S. n° 579/2011, de 22 de julio,

sino el régimen normal a seguir cuando así lo exijan las circunstancias del caso.

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

No puedo compartir por lo dicho las afirmaciones de la sentencia mayoritaria de que en la decisión sobre el régimen de custodia «no se está ante la posibilidad de valorar discrecionalmente y partiendo del vacío legal sobre cuál sea el régimen de custodia que la autoridad judicial pueda establecer» (fundamento cuarto), y que el art. 80.2 CDFA «extrae del ámbito de la discrecionalidad de la autoridad judicial la custodia que preferentemente pueda establecer», al menos en el sentido que parece desprenderse del contexto de la sentencia de negar discrecionalidad al juez —su literalidad es ambigua a mi modo de ver, ya que no puedo concluir de ella con seguridad si la opinión mayoritaria entiende que la decisión sobre la custodia del caso concreto es o no discrecional—. Si así fuera entraría en contradicción con la doctrina sentada sin discrepancia en la reciente sentencia de esta sala de 21/2015, Rc 17/2015:

«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»

QUINTO.- Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recur-

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

Así lo ha entendido este Tribunal en SS nº 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

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

En parecidos términos se pronuncian las SS nº 228/2010, la nº 578/2011, o la nº 373/2013, de 31 de enero de 2013

Por nuestra parte 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 SS como las 49/2015, recurso 36/2015; 27/2015, recurso 31/2015; o 19/2015, recurso 13/2015:

«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.»

Por su parte, la ya citada sentencia de esta sala nº 21/2015 remacha esta idea cuando, tras señalar que la decisión sobre custodia pertenece al ámbito discrecional de la instancia, 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.»

La sentencia de la que discrepo lo afirma también cuando en su fundamento de derecho quinto razona:

«además, debe también entenderse **que no corresponde tampoco, salvo también casos especiales que no se dan ahora, que el órgano de casación invada el ámbito de decisión discrecional que tiene reconocido el propio tribunal de instancia.** La competencia propia de esta Sala se dirige a determinar si la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, es ajustada a derecho o si, por el contrario, ha infringido la norma de aplicación, complementen-

tada con la jurisprudencia a observar en cada caso».

Sin embargo, olvida tal parecer cuando entrando en el fondo de la cuestión decide sustituir la apreciación discrecional de la sala por la suya y actuar como órgano de tercera instancia.

SEXTO.- En el asunto que nos ocupa, el juzgador de primer grado expresa la razón de su decisión en el fundamento de derecho segundo de su sentencia en los siguientes términos:

«En el caso de autos se va a establecer un sistema de custodia individual a favor de la actora, atendiendo el superior interés del menor y ello en función del informe psicológico obrante en las actuaciones que así lo aconseja, manifestando que el sistema planteado por la parte demandada no se considera lo más beneficioso para el niño e incluso podría generar desequilibrio en las rutinas del niño, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar, la actora tiene el mismo horario laboral que el horario escolar sin embargo, el padre el horario laboral de verano es rotativo e incluso tiene que salir de su domicilio durante tres días, delegando en aquellos supuestos la guardia al padre del progenitor, sin embargo éste reside en distinta localidad y carece de carnet de conducir.»

Por su parte, la sentencia de apelación, que acepta los fundamentos de la apelada y por tanto los incorpora, justifica así el rechazo del recurso de apelación interpuesto por Jairo contra la anterior decisión:

«El hijo menor, Lorién, nacido el 29 de marzo de 2009, cuenta con 6 años de edad. Reside con su madre en Cerveruela y acude al colegio en Mainar, dónde vive el padre. El padre trabaja como peón especialista forestal en la base de Daroca, con

horario de mañanas de octubre a julio, y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses.

La madre trabaja como auxiliar de guardería en la Comarca Campo de Daroca, servicio ubicado en Mainar.

El padre carece de apoyos familiares, su padre reside en Zaragoza.

El informe pericial evidencia una buena vinculación del menor con ambos progenitores, sin embargo, no considera la alternancia que propone el padre como el mejor sistema de vida del menor, al suponer tal cambio un factor generador de desequilibrio en el niño, aconsejando que quede bajo la custodia de la madre, aumentando los contactos con el padre...

Los extremos expuestos ponen de manifiesto que la solución adoptada por el Juzgador de instancia preserva de forma adecuada el superior interés del menor al valorar prioritariamente, de forma razonada, su estabilidad y bienestar, los que no quedarían salvaguardados con el sistema propuesto por el recurrente, carente de garantías en el correcto desarrollo del cuidado del hijo (artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón).

El recurso, en suma, debe ser desestimado y confirmada la Sentencia dictada en todos sus extremos, por cuanto, incluso, el sistema de visitas instaurado, es lo suficientemente amplio (con una pernocta intersemanal) para permitir un contacto frecuente entre padre e hijo.»

Como se ve, las sentencias dan razones en justificación del pronunciamiento por el que atribuyen la custodia individual del menor de la madre, en particular, las conclusiones alcanzadas por el informe psicológico, y la total compatibilidad que a tal fin supone el trabajo de la madre en el mismo centro escolar de la localidad de Mainar al

que acude el menor, que contrasta con la mayor dificultad del padre derivada de su trabajo como peón especialista forestal en la base de Daroca, con horario de mañanas de octubre a julio y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses, lo que se ve agravado con la falta de apoyo de la familia paterna, pues el padre del recurrente reside en Zaragoza.

Tales razones se ajustan a los criterios señalados expresamente en el art. 80.2 CDFA, por lo que no cabe entender sino que los órganos de primera instancia se han mantenido dentro de los límites de discrecionalidad que comportan, sin que su decisión pueda ser tachada de *irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor*, circunstancias que la sentencia de la que discrepo no aprecia que concurran, como expresamente afirma en el pasaje más arriba transcrito de su fundamento de derecho quinto.

Finalmente, no puedo dejar de señalar que la sentencia mayoritaria margina la cuestión principal de qué es lo más conveniente al interés del menor en el caso concreto, y se conforma en el criterio general establecido en la norma, pues no dedica ni una sola línea a justificar la razón por la que entiende que la custodia compartida que impone satisface mejor aquel interés que la individual de la madre, frente al criterio unánime de quienes están más próximos a los autos: juez de primera instancia, tribunal de apelación, ministerio fiscal en la instancia y en casación, y perito asignado a los juzgados de familia.

Así las cosas, entiendo que no cabe apreciar la infracción del precepto que se entiende quebrantado.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien la especial naturaleza de los intereses en juego

aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se halla sujeto a la DA 15 LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 501/2015.

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 firman los Magistrados expresados en Zaragoza a nueve de mayo de dos mil dieciséis.

dría si la servidumbre se entiende como voluntariamente constituida. La sentencia recurrida, en decisión derivada de la valoración de la prueba, concluye que la finca no tenía acceso hábil o habitable a camino público, de modo que la vendedora venía obligada a dar el paso debatido (arts. 564 Cc. y hoy 579 CDEA), por lo que lo establecido en el contrato fue una servidumbre forzosa, no voluntaria. Interpretación que no ofrece viso alguno de ser ilógica, arbitraria o infractora de norma legal. Y ante la realidad actual de que la finca ya tiene acceso a vial público, procede la extinción de la servidumbre forzosa por aplicación del art. 580 CDEA. La servidumbre no fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 564 Cc., 579 y 580 CDEA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada el día 4 de noviembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Teruel, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrente en casación contra sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Teruel, que estimó la demanda presentada por la parte ahora recurrida en solicitud de declaración extintiva de servidumbre de paso en la que su finca, (finca registral número...) era sirviente respecto de la finca de los demandados y recurrentes (registral número...).

La situación fáctica a observar, según descripción recogida en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se delimita de la siguiente forma:

- En Escritura de 10 de junio de 1948, la finca... pasó a ser propiedad del dueño

NÚM. 11

S. TSJA 14/2016 de 16 de mayo de 2016

84: SERVIDUMBRES: SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO: Extinción: *La cuestión nuclear planteada en la litis es la discrepancia sobre la naturaleza que debe atribuirse a la servidumbre de paso, si voluntaria como argumenta el recurrente o si forzosa como sostiene el demandante y ahora recurrido; de ello depende el efecto inmediato de valorar cuándo puede entenderse extinguida la carga real que supone, si cuando deja de ser necesaria para el predio dominante, como ocurriría caso de ser forzosa, o si cuando lo decidan las partes, como deven-*

de la colindante... La... tenía en aquel momento una importante pendiente de norte a sur, con un muro o escarpe de terreno en el sur, que limitaba entonces con la Rambla A. (hoy calle B. los A.) por la que discurría un camino.

- El dueño de ambas fincas edificó en la..., según declaración de obra nueva recogida en Escritura Pública de 26 de junio de 1950, lo que incluyó colocar muros de cerramiento, de modo que la finca quedó con dos accesos mediante puertas.

- Las puertas colocadas en la... eran el único acceso también hacia la finca...

- En 1989 ambas parcelas fueron adquiridas por la demandante del presente procedimiento, Doña Clara R. U.

- En Escritura de 25 de junio de 1991 la propietaria de ambas vendió la número... a un tercero.

- Finalmente la finca... fue adquirida el día 7 de enero de 1998 por los demandados en el presente procedimiento. Cuando adquirieron esta finca no tenía paso a vial público. El acceso al terreno, como la propia Escritura de 1998 recogió, tenía lugar por las dos puertas que se citaron, que estaban colocadas en la finca..., que era propiedad de la demandante, Sra. R. U.

- Después la finca... fue muy transformada, pues en ella se ha construido un edificio de viviendas y sótano, para lo cual se han demolido los muros perimetrales y se ha modificado su nivel, de modo que en la actualidad tiene acceso desde viales públicos.

SEGUNDO.- El paso que se estableció cuando se edificó por el dueño común de las parcelas se recogió en la Escritura de obra nueva citada de 1950 en los siguientes términos, siempre por referencia a la parcela...: «cercada de pared por su frente donde tiene hueco de entrada, por el

Norte donde saca puerta accesoria y por el sur». Luego, en la descripción hecha en la Escritura de 1991 de la finca... la referencia a los accesos de la... se recoge en los siguientes términos: «tiene accesos, por debajo del A. del A. , en su linde Sur, mediante puerta señalada con el número diez; y por puerta abierta en la Calle los B., número once».

La cuestión nuclear planteada en la litis es la discrepancia sobre la naturaleza que debe atribuirse a la servidumbre que constituye el derecho a paso a la finca... a través de las puertas situadas en el cerramiento de la... La parte demandante y ahora recurrida sostiene que la servidumbre se constituyó como servidumbre forzosa, impuesta por el hecho de que la finca... quedó enclavada cuando se separa de la..., mientras que la parte demandada y actual recurrente argumenta que el paso fue voluntariamente establecido por la dueña de ambas cuando vende la finca... Definición de la naturaleza de la servidumbre que conlleva el efecto inmediato de valorar cuándo puede entenderse extinguida la carga real que supone, si cuando deja de ser necesaria para el predio dominante, como ocurriría caso de ser servidumbre forzosamente establecida, o si cuando lo decidan las partes, como devendría si la servidumbre se entiende como servidumbre voluntariamente constituida.

TERCERO.- La Audiencia Provincial, como hizo en su momento el Juzgado de Primera Instancia, concluye que la servidumbre debe entenderse como servidumbre forzosa y, consecuentemente con ello, declara extinguida la servidumbre en atención a que en la actualidad cuenta con acceso a vial público. Parte la sentencia recurrida de que en el contrato de compraventa en que fue establecida la servidumbre la finca que es ahora de los demandados (la...) no tenía salida a camino público, y que por esta razón la vendedora

hizo constar que el acceso al inmueble tendría lugar por las puertas de la que no vendía (la...). De modo que, una vez que el cambio de la conformación física de la finca... ya permite su acceso a vial público procede la extinción de la servidumbre por aplicación del artículo 580 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante).

CUARTO.- Si bien en su contestación a la demanda el demandado no alegó precepto alguno, luego en el recurso de apelación fundó su pretensión opositora respecto del fondo de la cuestión en los artículos 33.3 de la Constitución, 568 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria. Ahora, en el recurso de casación presentado, cita como infringidos los artículos 33.3 de la Constitución, 3, 571, 577 y 579 y 580, todos ellos del CDFA, y 34 de la Ley Hipotecaria.

Debe excluirse ahora el posible estudio de la infracción del precepto constitucional que se cita como vulnerado, ya que el motivo primero de casación que se refería a él no fue admitido a trámite. Y cabe tratar conjuntamente la infracción de los artículos 3 y 577 y 579 del CDFA, ya que, aun cuando se recoge su cita de modo diferenciado en los motivos segundo y tercero del recurso, el fundamento que contienen es el mismo, esto es, determinar el contenido de la voluntad manifestada por las partes cuando en 1991 se otorga la Escritura que recogió el derecho de paso a la finca... a través de los accesos que tenía la finca...

Centrada así la pretensión en las cuestiones indicadas, debe excluirse, por la obligada congruencia de las resoluciones judiciales con la causa de pedir de los interesados, la posibilidad de tratar si podría considerarse que, aparte de la voluntad expresada en la Escritura, pudiera haber otras razones legales para entender constituida la servidumbre.

QUINTO.- A lo largo de la exposición de los motivos segundo y tercero sostiene el recurrente que la voluntad plasmada respecto de la servidumbre discutida en la Escritura de referencia, otorgada el día 25 de junio de 1991 para venta de la finca, era la de establecer una servidumbre voluntaria de paso. Al no entenderlo así la sentencia recurrida, considera el impugnante que ha infringido el artículo 3 del CDFA, por no haber estado a lo pactado por las partes, y los artículos 577 y 579 del CDFA porque su interpretación, relacionada con lo expuesto por los contratantes y la conformación física que las fincas tenían entonces, da lugar a interpretar lo manifestado en el sentido de que la carga que se constituyó era una servidumbre voluntaria de paso a través de la finca... a favor de la...

En relación con tales argumentos, la primera consideración a hacer es que la cuestión a estudiar no es tanto si ha sido respetada o no la voluntad de las partes libremente manifestada al amparo del principio *standum est chartae* recogido en el artículo 3 del CDFA, porque no ofrece duda que la resolución impugnada respeta plenamente tal principio cuando está, como cuestión esencial de su decisión, a lo que los contratantes pactaron en la Escritura de 25 de junio de 1991. Lo que realmente se dilucida en la sentencia no es si fue correcto o no que los interesados pactaran una servidumbre o cualquier otra cuestión, sino cuál fue realmente el contenido de lo consensuado, esto es, si la servidumbre que las partes establecieron fue una servidumbre legal o voluntaria. Ambas podían ser acordadas, ya que si la servidumbre voluntaria, por su propia definición, ha de ser siempre establecida por acuerdo de los interesados, sin embargo la servidumbre legal podrá constituirse por dar los interesados eficacia directa a la norma legal que la establezca, por decisión judicial que la ordene, y también (en tal sentido, por ejemplo sentencia del Tribunal Supremo

de 17 de noviembre de 2011, recurso 2210/2008, con cita de otras) por admisión voluntariamente aceptada en pacto celebrado por los interesados.

SEXTO.- En el caso presente es la última de las posibilidades mencionadas la que se presenta: cuando las partes pactaron la compraventa de la finca..., añadieron a las estipulaciones propias de tal contrato la descripción de los pasos que la finca iba a tener a través de otra, la...

El pacto antes ya transcrito no ofrece, realmente, la claridad necesaria respecto de la naturaleza de la servidumbre que se establecía. La sentencia recurrida procede, en consecuencia, a interpretar cuál fue realmente la voluntad de los otorgantes al constituir la carga real del paso sobre una de las fincas. Y lo hace atendiendo especialmente a la situación real de las fincas cuando el pacto se celebra, que conduce a concluir que la finca vendida no contaba con paso a camino público, ya que su inclinación y la existencia de muro o escarpe de terreno en el límite cercano a un camino impedía el acceso, a lo que luego se unió la dificultad de paso derivada de los cerramientos hechos en la finca...

Frente a ello el recurrente insiste en su recurso, especialmente en el motivo tercero, en que la interpretación de la voluntad otorgada por los contratantes debió ser otra. Considera la parte que debe valorarse que se dan dos accesos en lugar de uno, como habría exigido una servidumbre forzosa; que los anchos pasos establecidos (4 y 4.60 metros) no son los propios de una servidumbre legal (que cifra en una anchura de 3 metros); o que el desnivel que impedía el paso al camino podía haber sido salvado fácilmente.

La interpretación que propone el recurrente en sustitución de la hecha por el Tribunal sobre cuál fue la voluntad manifestada en el año 1991 es una de las posibles a

valorar. Especialmente, si se partiera del hecho de que la finca tenía acceso fácilmente habilitable a camino público, debería concluirse que la servidumbre más parecería voluntariamente establecida para mayor comodidad del predio dominante que forzosamente constituida para dar paso a la finca que no lo tiene. Pero es que tal punto de partida fáctico preconizado por la parte es distinto del recogido en la sentencia impugnada, la cual, en decisión derivada de la valoración de la prueba que, salvo casos excepcionales, sólo al tribunal de instancia corresponde, concluye que la finca no tenía acceso hábil o habilitable a camino público. Y partiendo de tal hecho declarado probado, no cabe duda de que la servidumbre debía necesariamente establecerse al vender la finca que iba a ser predio dominante (la número...), porque, conocedora la vendedora de la situación, era de plena aplicación lo ordenado entonces en el artículo 564 del Código civil y hoy en el artículo 579 del CDFA y venía, por tanto, obligada a dar el paso debatido.

Y en atención a tal obligación normativa impuesta a la vendedora, la interpretación del contrato respecto de cuál fue su voluntad y la de la contraparte, lleva, en la sentencia recurrida, a concluir que lo establecido fue una servidumbre forzosa, no voluntaria. Interpretación plenamente coherente con lo que se consideró probado y que no cabe alterar en casación, pues, como recuerda, entre otras, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016, recurso 1826/2013: «constante doctrina de esta Sala declara que la interpretación del contrato es función que corresponde al tribunal de instancia, de tal manera que, además de exigir la invocación como infringido de alguno o algunos de los preceptos que contienen las reglas de interpretación contractual —lo que no ha sido el caso—, su revisión solo será posible cuando la realizada por el tribunal sentenciador sea contraria a las normas legales, ilógica o arbitraria,

sin que pueda instrumentarse el recurso de casación para conseguir una interpretación distinta, más favorable al recurrente, si la contenida en la sentencia es una de las posibles, ya que «el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino a la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello, salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera caber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud».

Doctrina que resulta de plena aplicación en el caso actual ya que la interpretación contractual declarada por el tribunal de instancia no ofrece viso alguno de ser ilógica, arbitraria o infractora de norma legal, sino que, por el contrario es, por lo ya dicho, congruente con el hecho considerado probado de que no tenía paso a camino público la finca que se vendía y se constituía como predio dominante.

Por tanto, procede la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso de casación formulado.

SÉPTIMO.- El motivo cuarto del recurso viene fundado en la infracción alegada del artículo 571 por relación con el artículo 580, ambos del CDFA, referentes al modo de extinción de las servidumbres, sean legales, sean voluntarias. En concreto, considera el recurrente que al ser la servidumbre voluntaria no es de aplicación el artículo 580 del CDFA que previene la extinción de la servidumbre forzosa de paso cuando éste deje de ser necesario por haber obtenido ya acceso a una nueva vía.

La conclusión a que se llegó al tratar los motivos segundo y tercero de recurso conducen a la inmediata desestimación de este motivo cuarto de recurso. Porque respetada la decisión del tribunal de instancia

de entender que la servidumbre fue forzosa, sí resulta de plena observancia la disposición del artículo 580 CDFA y, conforme a él, y ante la realidad actual de que la finca que fue predio dominante ya tiene acceso a vial público, procede la extinción de la servidumbre forzosa que en su momento se estableció a favor de esta finca que estuvo enclavada y ya no lo está ahora.

OCTAVO.- El quinto y último motivo de recurso de casación se basa en la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH) que, a entender del impugnante, no ha sido respetado al desampararle de la protección registral que correspondía «como adquirentes de un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad inmobiliaria».

La protección que otorga el Registro de la Propiedad, y en concreto el artículo 34 de la LH, no se extiende, como pretende el recurrente, a toda cita de derecho que conste en el acto o contrato que tenga acceso a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Así resulta de lo establecido en los artículos 29, 34 y 98 de la LH y ha sido reiterado en constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la que cabe reseñar la sentencia 7 de noviembre de 2006, cuando, con cita de otras anteriores, indica que «La mención (...) cae bajo el imperio del art. 29 de la Ley Hipotecaria: la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial. No hay duda de que aquel derecho de aprovechamiento que aparece mencionado, podría, de existir, ser objeto de inscripción, conforme al artículo 2,2º de la misma Ley (...) Asimismo, el art. 98 de la misma Ley añade que las menciones de derecho susceptibles de inscripción especial y separada, como es el caso cuya inscripción se pretende, no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. Lo cual es reiterado por la disposición transitoria 1ª A de la misma Ley

y los artículos 51 regla 7ª y 353.3 de su Reglamento. La práctica y la doctrina han corroborado que las menciones que se han practicado después de 1945, como los del presente caso, se cancelan por razón de caducidad en caso de práctica de cualquier asiento relativo a la finca (...) En definitiva, el régimen vigente según la Ley hipotecaria es de inoperancia de las menciones registrales (...). De modo que, como indicaba sentencia del mismo Tribunal de 30 de abril de 1993, en procedimiento en que se debatía sobre existencia de una servidumbre de paso: «Al tratarse de un derecho real sobre bienes inmuebles, puede ser inscrito en el Registro para que produzca efectos frente a terceros, debiendo la inscripción figurar como carga en el asiento del predio sirviente, y pudiendo también figurar en la inscripción del predio dominante pero como una cualidad del mismo.»

Igualmente debe observarse que la doctrina jurisprudencial es constante cuando se refiere a la exclusión de la protección registral respecto de las citas de mero hecho de las inscripciones registrales, pues como indica, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, por transcripción de otras anteriores: «el principio de legitimación registral así como el de fe pública (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) debe ser matizado ya que, siguiendo doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas.»

En el caso presente, la aplicación de la anterior doctrina y legislación conduce a la desestimación del último motivo de recurso. Porque, como ha sido ya expuesto, el derecho de servidumbre objeto del procedimiento no fue inscrito en el Registro de la

Propiedad, cuando pudo y debió ser inscrito como carga del predio sirviente para obtener la protección registral. Y la única mención que el Registro recoge respecto de tal servidumbre lo es por mera cita como dato fáctico descriptivo de la conformación física de las fincas en Escrituras que tenían como único objeto la compraventa, sin referencia alguna a convenio sobre la pretendida servidumbre, por lo que al tratarse de dato de mero hecho no está amparado por la protección registral.

NOVENO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de casación procede imponer a la recurrente el pago de las costas causadas en su tramitación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Joaquín M. T. y D.ª Manuela V. J., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, Sección Primera, de fecha 4 de noviembre de 2015.

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

NÚM. 12

S. TSJA 15/2016 de 9 de junio de 2016

64: Relaciones entre ascendientes y descendientes: Guarda y custodia de los hijos: Doctrina jurisprudencial: Ciertamente, el régimen de custodia compartida es el preferente y predeterminado por el legislador aragonés, según se establece en el art.

80.2 CDFA, lo que se hace en busca del interés del menor y en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Pero el citado precepto permite que, en interés del menor, el Juez adopte un sistema de custodia individual cuando sea más conveniente, atendiendo a los factores que el propio precepto señala, y motivando suficientemente las razones que conducen para establecer este régimen de guarda y custodia (en este sentido, SSTSJ 4/2012, 39/2012, 35/2013, 41/2013). El interés del menor es prevalente al momento de establecer el sistema de su guarda y custodia, siendo dicho interés un concepto jurídico indeterminado, que en cada caso es necesario determinar, evitando siempre eventuales arbitrariedades (STSJA 4/2016).

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

HECHOS RELEVANTES

PRIMERO.- Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso de casación interpuesto:

1.- D. Jesús B. B. y D^a Sagrario F. R. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 5 de septiembre de 1999.

2.- De dicha unión nació y vive un hijo llamado Juan, nacido en Zaragoza el 16 de junio de 2002.

3.- El matrimonio se disolvió por divorcio, acordado en sentencia de 27 de marzo de 2009. El fallo de dicha sentencia atribuyó a D^a Sagrario la guarda y custodia del hijo común, con un régimen de visitas a favor del padre.

4.- Promovido proceso de modificación de medidas, recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia n^o Dieciséis de Zaragoza, de 21 de diciembre de 2012, en la que se acordó la custodia compartida por ambos progenitores respecto del hijo común. Esta modificación del régimen de custodia produciría efectos desde el 11 de enero de 2013. Dicha decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de esta ciudad, en sentencia de 22 de noviembre de 2013.

5.- En el mes de julio de 2014 el menor manifestó su deseo de vivir con la madre y de suprimir todo contacto con el padre, como consecuencia de un enfado con éste y de divergencias en cuanto a las relaciones personales.

6.- El 16 de septiembre de 2014 D^a Sagrario interpuso la demanda que da origen a los presentes autos, en la que instó la modificación de medidas definitivas de los efectos del divorcio, solicitando que se otorgue la guarda y custodia del menor a su favor, y formuló otros pedimentos relativos a pensión de alimentos y a la forma de sufragar los gastos del hijo.

7.- En este proceso recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia n^o Dieciséis de Zaragoza, de fecha 25 de mayo de 2015, que desestimó la demanda, confirmando las medidas adoptadas en la sentencia anterior, aunque estableció un sistema transitorio en cuanto al régimen de visitas entre el padre y el hijo, al efecto de recuperar la relación entre ellos.

8.- La representación de D^a Sagrario interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, y tras su admisión y tramitación recayó sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19 de enero de 2016, que lo estimó, acordando atribuir a D^a Sagrario F. R. la guarda y custodia individual del hijo común Juan B. F., con ejercicio comparti-

do de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario, además de establecer otros pronunciamientos respecto al régimen de visitas con el padre y a la pensión de alimentos, que no son objeto de este recurso.

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Frente a la citada sentencia de la Audiencia Provincial, la representación procesal de D. Jesús B. B. interpone recurso de casación, que funda en dos motivos:

1.- Por infracción del artículo 80.2 y del artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), al considerar que no ha sido respetada la preferencia que establece la norma de la custodia compartida sobre la custodia individual, invocando además la falta de motivación y justificación de las razones que motivan la revocación de la guarda y custodia compartida acordada previamente. En el desarrollo del motivo la parte recurrente considera, además, que en la sentencia de segunda instancia se ha infringido por inaplicación lo dispuesto en el artículo 75.2 del CDFA.

2.- Por infracción del artículo 79.5 del CDFA, entendiendo que no concurren circunstancias relevantes para modificar las medidas que contemplaban la guarda y custodia compartida, expresando que la modificación de medidas debe quedar sometida al régimen general indicado en el artículo 775 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

En atención a que ambos motivos se refieren a la infracción del artículo 79.5 del CDFA y a la procedencia de la decisión judicial sobre la guarda y custodia del menor, van a ser objeto de examen conjunto. Las consideraciones jurídicas que seguirán han de referirse a las infracciones denunciadas, si bien no se detendrán en las alegaciones referidas al artículo 75.2 del CDFA que, en sede de disposiciones gene-

rales acerca de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, se refiere a la finalidad de esta sección —la sección tercera del capítulo segundo, libro primero, del CDFA— y establece un principio general dirigido a promover unas relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria en su crianza y educación, como principio inspirador de las normas jurídicas subsiguientes; además de que su cita en el motivo primero del recurso se incluye, en deficiente técnica casacional, en el desarrollo de aquel y sin indicación de las razones por las que se considera infringido por inaplicación.

EXAMEN DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO.- Para el examen de los motivos del recurso es necesario partir de los hechos acreditados en las instancias, y que sucintamente se han relatado en el primero de estos fundamentos jurídicos. En lo que atañe a la procedencia de la modificación de medidas, el artículo 79.5 del CDFA y el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen la posibilidad de que la medidas judiciales adoptadas en esta clase de procesos pueden ser modificadas cuando concurren circunstancias relevantes, que en el caso de autos se concretan en la edad actual de Juan, que cumplirá catorce años el próximo día 16 de junio, y en los problemas habidos en la relación con su padre, con el que no ha mantenido contacto en los últimos meses. De esta forma resultaba procedente la tramitación del proceso de modificación de medidas y posible la adopción de un nuevo sistema de guarda y custodia, acorde a lo pedido y conforme al resultado de la prueba practicada.

Ciertamente, el régimen de custodia compartida es el preferente y predeterminado por el legislador aragonés, según se

establece en el artículo 80.2 del CDFA, lo que se hace en busca del interés del menor y en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Pero el citado precepto permite que, en interés del menor, el Juez adopte un sistema de custodia individual cuando sea más conveniente, atendiendo a los factores que el propio precepto señala, y motivando suficientemente las razones que conducen para establecer este régimen de guarda y custodia —en este sentido, sentencias de esta Sala de 1 de febrero de 2012 (nº 4/2012), 27 de noviembre de 2012 (nº 39/2012), 17 de julio de 2013 (nº 35/2013), 30 de septiembre de 2013 (nº 41/2013).

En el caso de autos la sentencia de la Audiencia Provincial recoge los siguientes criterios valorativos, que expresa en el fundamento de derecho segundo:

«La modificación de medidas instada, dada la fecha de las que constituyen su objeto —sentencia de 21-12-12—, queda sometida al régimen general indicado del artículo 775 de la LEC, de modo que el interesado en ella debe alegar y probar una alteración relevante de las circunstancias que presidieron su adopción, extremo éste en el que es de señalar que la STSJ 26-5-14, tras señalar las diferencias entre los presupuestos de la modificación en los arts. 91 CC y 79.5 CDFA —alteración sustancial en el primero, alteración relevante en el segundo, lo que denota en este segundo caso una mayor flexibilidad— declara, en relación a estas medidas, relativas a menores, que 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 su modificación, teniéndola todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor. Conclusión ésta que la prueba practicada autoriza sin duda.

Del padre, diagnosticado de trastorno bipolar en febrero de 2008, el Centro de Salud Mental de referencia refiere una buena adheren-

cia al tratamiento, y la psicóloga manifiesta que en el momento del informe —mayo 2015— se encontraba en un periodo de estabilización con predominio de fases depresivas moderadas. Y la trabajadora social informa que dispone de recursos suficientes y total disponibilidad para el cuidado de su hijo, pero carece de habilidades domésticas y de organización familiar.

La Sra. F., por su parte, posee recursos suficientes, una sólida red de apoyo y su horario le permite compatibilizar su vida familiar y laboral.

En cuanto a Juan cumplirá 14 años el 16-6-2016. Vive con su madre en casa de la abuela paterna y desde la segunda quincena de 2014, cuando deja el domicilio de su padre, hasta enero de 2015 estuvo con su padre en dos ocasiones, no habiendo mantenido contacto con él desde entonces. Ante la Psicóloga refirió que con su madre realiza actividades programadas y ha iniciado actividades con amigos, mientras que con su padre apenas participa en actividades conjuntas y no lo ayuda en los deberes a pesar de que se lo pide; que con su padre el periodo de custodia compartida no era real, ya que pasaba la mayor parte del tiempo con su madre, que se ocupaba de sus rutinas y sobre todo del control de sus deberes, limitándose a pernoctar en el domicilio materno; y expresó su preferencia por vivir con ella, aunque sin mostrar rechazo a relacionarse con su padre ni ruptura de la relación afectiva con él. Y en términos similares se manifestó en la exploración realizada en primera instancia, al igual que en esta alzada, en la que con muestras de perceptible madurez, sin indicio de influencia materna, insistió en que no quiere estar con su padre, con el que no hace nada, sino con su madre y en su entorno, que da una mejor respuesta a las exigencias propias de su edad.

Realizado el estudio de la situación familiar la psicóloga aconseja que el menor permanezca con la madre, teniendo en cuenta que su desarrollo evolutivo ha dado lugar a cambios en sus necesidades y exigencias, que necesita relacionarse con sus iguales y llevar a cabo actividades que favorecen el desarrollo de su personalidad, y que las condiciones y circunstancias maternas res-

ponden de manera más adecuada a sus necesidades. Recomendando un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos de viernes a la salida del colegio al lunes a la entrada en el mismo, y una tarde a la semana, el miércoles, desde la salida del colegio a la entrada al día siguiente, así como la mitad de las vacaciones escolares.

La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés, que se aplicará 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), pero puede establecerse un sistema de custodia individual cuando éste resulte más conveniente para el interés del menor, evaluados los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011), siendo relevante para adoptar la decisión la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales —art. 80.3 CDFA— y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio —art. 80.2 c) CDFA—.

Y todo ello ponderado, si para negarse a la vuelta con su padre adujo el menor razones nimias en principio, como el enfado con él por no querer llevarlo a casa de un primo o la respuesta del padre a su aviso de que se iba con su madre y algunos desacuerdos en tema de limpieza de la vivienda y control de su ropa e higiene, la prueba practicada ha puesto de relieve, como se ha dicho, razones más profundas que permiten concluir que la custodia individual resulta en este caso más conveniente para el interés del menor, justificando el desplazamiento del tipo de custodia preferente acordado en la primera instancia del procedimiento.»

CUARTO.- Como indicamos en la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 2016 (nº 4/2016), el interés del menor es prevalente al momento de establecer el sistema de su guarda y custodia, siendo dicho interés un concepto jurídico indeterminado, que en cada caso es necesario determinar, evitando siempre eventuales arbitrariedades.

En el caso presente la sentencia de la Audiencia Provincial no desconoce la prioridad legal a favor de la custodia compartida, pues así lo expresa en el fundamento jurídico que se ha reseñado. Y no se trata de una expresión retórica, ya que el resto de la fundamentación se centra en justificar la decisión adoptada que, separándose del criterio preferencial, opta por la guarda y custodia de la madre.

A estos efectos son destacables los siguientes argumentos: a) el padre dispone de recursos suficientes y total disponibilidad para el cuidado de su hijo, pero carece de habilidades domésticas y de organización familiar; b) la Sra. F., por su parte, posee recursos suficientes, una sólida red de apoyo y su horario le permite compatibilizar su vida familiar y laboral; c) de la exploración del menor realizado ante la psicóloga resulta que Juan con su madre realiza actividades programadas y ha iniciado actividades con amigos, mientras que con su padre apenas participa en actividades conjuntas y no lo ayuda en los deberes a pesar de que se lo pide; d) que con su padre el periodo de custodia compartida no era real, ya que pasaba la mayor parte del tiempo con su madre, que se ocupaba de sus rutinas y sobre todo del control de sus deberes; e) el menor se manifestó en la exploración realizada en primera instancia, al igual que en la alzada, con muestras de perceptible madurez, sin indicio de influencia materna, y en ellas insistió en que no quiere estar con su padre, con el que no hace nada, sino con su madre y en su entorno, que da una mejor respuesta a las exigencias propias de su edad.

Estos argumentos revelan que la Audiencia Provincial ha atendido a los factores recogidos por el legislador en el art. 80.2 del CDFA, de modo que su decisión, suficientemente motivada, se ajusta a la norma y adopta una de las decisiones posibles conforme a aquélla.

QUINTO.- Es consolidada la doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, (nº 417/2015), citada por esta Sala en nuestra sentencia de 16 de diciembre de 2015 (nº 36/2015), conforme a la cual:

«La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014. Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011, 19 abril 2013, 11 junio 2013, 6 febrero 2015 .»

De este modo la finalidad del recurso de casación no consiste en llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, o una comparación entre la sentencia dictada en primera y segunda instancia, sino la de determinar, en la función nomofiláctica que esencialmente corresponde a la casación, si la sentencia de la Audiencia ha infringido el ordenamiento jurídico, en cuanto a las normas a que se refieren los motivos del recurso.

Desde esta perspectiva la sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerar la custodia individual para la madre —atendidas las circunstancias concurrentes— más adecuada al interés del menor, en modo alguno vulnera el artículo 80.2, sin que la Sala aprecie atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.

En este punto hemos de hacer, para concluir, una referencia a la argumentación de la sentencia cuando afirma que *«la prueba practicada ha puesto de relieve, como se ha dicho, razones más profundas que permiten concluir que la custodia individual resulta en este caso más conveniente para el interés del*

menor». Si existiese únicamente esa argumentación y se entendiese como apelación a razones que quedan en el arcano de la conciencia, podría razonarse sólidamente a favor de la casación por razón de arbitrariedad o de falta de motivación; pero el examen completo de la argumentación —que actúa como expresión lingüística de un razonamiento—, sin sacar de contexto una sola frase, revela que el tribunal provincial no ha pretendido excluir la motivación sobre las verdaderas razones de la decisión, sino valorar como relevantes, y no nimias, las discrepancias del menor con el estilo educativo que ejercía su padre.

Procede en consecuencia desestimar el recurso de casación.

COSTAS

SEXTO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición a la parte recurrente 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 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. Jesús B. B., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 19 de enero de 2016, sentencia que confirmamos.

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

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

NÚM. 13

S. TSJA 16/2016 de 10 de junio de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Parejas estables no casadas: *La parte actora había solicitado en su demanda una compensación económica con fundamento expreso en el art. 310.1.b CDFA; la sentencia del Juzgado, examina los requisitos de dicho precepto y, negando la concurrencia de los mismos en la Sra. Navarro, desestima su petición. En el recurso de apelación se rebate la valoración de la prueba de la sentencia del Juzgado, sin embargo la sentencia de la Audiencia, sin citar precepto alguno, acuerda la fijación de una asignación compensatoria (sic) en base al tiempo de convivencia, trabajos e ingresos de uno y otro y dedicación de ella a la familia, concluyendo que «es claro el descenso económico provocado por la ruptura en la Sra. Navarro». Los parámetros que indica y la propia denominación que utiliza denotan que se concede una asignación compensatoria del art. 83 CDFA. No se articuló motivo de infracción procesal sobre el desajuste entre lo pedido y lo resuelto. En esta situación, sólo cabe decir que no siendo aplicable el art. 310, no cabe alegar su infracción. Existiendo hijos a cargo, resulta también aplicable a las parejas no casadas la posible asignación compensatoria del art. 83, por lo que éste es el precepto aplicable y no el art. 310.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 6, 60, 75, 76, 79, 80, 83, 310 CDFA

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasiera

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la relación entre la actora y el demandado nació su hijo Guillermo el 5 de mayo de 2003.

Tras las demandas interpuestas por ambos progenitores en las que cada uno solicitaba para sí la guarda y custodia del menor, que fueron acumuladas en el procedimiento del que trae causa el presente recurso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza dictó sentencia de 9 de marzo de 2015 en el que atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre condicionada a que ambos progenitores y el hijo se sometieran durante un período de seis meses a la terapia que se les marcará desde el IASS y Protección de la Infancia y Tutelas del Gobierno de Aragón en relación con ADCARA, siendo estas instituciones desde las que se fijaría el régimen de visitas entre padre e hijo. Si transcurridos los seis meses no se hubiera producido mejora en la relación entre ambos, la sentencia autoriza al IASS y al Servicio de Protección de la Infancia y Tutela para llevar a cabo el cambio de la tutela a favor del Gobierno de Aragón a fin de sacar al menor de la situación de riesgo en que se encuentra.

No se establece en la sentencia régimen de visitas entre padre e hijo, siendo las instituciones intervinientes en la terapia familiar las que habrían de establecer el régimen más adecuado conforme evolucionase la terapia a la que se va a someter el grupo familiar.

Se fija una pensión alimenticia para el hijo a cargo del padre de 500 euros mensuales, no se señala uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de su adjudicación a su propietario, el Sr. V., y no se da lugar a la compensación económica solicitada por la Sra. N.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación. La actora en solicitud de que se dejara sin efecto la autorización otorgada al IASS para asumir la tutela del hijo, que se establezca el mantenimiento de la terapia familiar mientras progrese la relación paterno filial, y que se fije una compensación eco-

nómica de 1.300 € mensuales durante cinco años a cargo del Sr. V.; y el demandado en solicitud de que se le otorgue la custodia del hijo con el régimen de visitas que establezca el IMLA para la madre.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial desestimó el recurso del Sr. V. y estimó parcialmente el de la Sra. N. en el sentido de mantener a su favor la custodia del hijo, sin condición alguna, suprimiéndose la autorización concedida al IASS para la asunción de su tutela y (suprimiéndose) las visitas hasta ahora existentes con el padre al haber cesado la terapia instaurada. Y establece a favor de la Sra. N. una compensación económica de 400 € mensuales durante cinco años, actualizable anualmente conforme a las variaciones del IPC.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. V. se basa en infracción de lo establecido en el artículo 80.2 del CDA en consonancia con el artículo 76.2, con vulneración del artículo 39.2 de la Constitución, e incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor al no establecer la custodia del menor a favor de su padre.

La sentencia de primera instancia (fundamento tercero) parte de la afirmación de que no existe ningún impedimento para que la guarda y custodia del menor sea atribuida tanto a la madre como al padre. Destaca del informe del Gabinete Psicosocial del IMLA que *«es evidente que la influencia de la madre es perjudicial para el menor por cuanto le está alejando tanto del padre como del entorno paterno; sin embargo, tal y como postula la propia psicóloga del IMLA, la atribución en este momento de la guarda y custodia al padre sería todavía más perjudicial para éste que mantener la guarda y custodia con la madre como hasta ahora se estaba produciendo, por cuanto considera que en atención a la edad de Guillermo éste podría no solo escaparse al estar con su padre sino que además podrían*

producirse situaciones violentas de enfrentamiento con el padre».

Y, en búsqueda de la solución más adecuada para el menor, coincidiendo con la psicóloga del IMLA, *«a pesar de considerar que D^a M^a Pilar N. no es una buena influencia (por no decir una mala influencia) para su hijo, no se le puede atribuir de forma repentina la guarda y custodia a D. Julián pues es un cambio excesivamente brusco y extremo que puede producir un mayor rechazo del menor hacia su padre.»*

No obstante, la sentencia somete la decisión a los dictámenes o informes que emita Protección de la Infancia y Tutela de la DGA, en colaboración con el IASS y con la Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón (ADCARA). Y si la actuación de estas instituciones no produce efecto en el plazo de seis meses, *«debido a la situación de riesgo del menor al haber perdido todo el contacto con el padre y el entorno paterno, y considerando que es la madre la causante de este deterioro, se debería atribuir la patria potestad al Gobierno de Aragón para que Guillermo, desde un entorno neutral inicie una nueva relación con su padre y con su madre, sin la influencia de uno ni de otro, para que se vuelvan a establecer los vínculos afectivos con ambos pero en condiciones de igualdad.»*

La sentencia de apelación da cuenta del resultado de la exploración del menor en la alzada (fundamento segundo): *«... manifestando de forma tranquila y razonada estar contento y adaptado a su actual sistema de vida en S. I. , a su nuevo colegio en este barrio, donde se lleva bien con sus compañeros, juega a balonmano y se siente integrado alegando no sentirse cómodo en presencia de su padre, con el que le resulta difícil hablar y con el que hay tensión, suponiéndole las visitas supervisadas establecidas un gran esfuerzo y pérdida de tiempo, por los traslados que comportan y porque no tiene interés en verle, cumpliéndolas porque lo manda el Juez».*

También refiere la sentencia, aunque no aparece como manifestación en el acta de exploración, que el menor alude haber presenciado incidentes violentos por parte de su padre que le provocan un gran rechazo. Y que desde el inicio del verano la situación se ha radicalizado, negándose el niño a ver a su padre.

A continuación (fundamento tercero) la sentencia se refiere a la forma en que se han desarrollado las visitas entre padre e hijo, tuteladas por el P.E.F., en un ambiente tenso y con gran malestar del menor, habiendo acudido la madre y el menor voluntariamente a tratamiento en la Fundación ADCARA, e informando el IASS del cese de su intervención tras un incidente conflictivo ocurrido en julio de 2015 entre padre e hijo motivador del retroceso en los avances conseguidos.

Resume el informe del IASS *«en el que comunica la suspensión de la terapia familiar implantada ante el retroceso del menor que se niega a asistir a la misma, y ello tras el incidente acaecido en julio de 2015 que derivó en denuncia penal. El IASS ante la influencia negativa de la madre y su entorno hacia el padre propone una separación provisional del menor de la madre para restablecer los vínculos con ambos progenitores en condiciones de igualdad, considerando el sometimiento de D^a Pilar a intervención psiquiátrica. Ambos informes indican también la negativa influencia de la abuela materna en la actitud del menor respecto de su padre, la falta de constancia de una actitud deliberada de la madre en la influencia del menor respecto de su padre, y en la necesidad de que este último adquiriera habilidades de acercamiento y destreza respecto del niño, centrándose más en sus necesidades que en las suyas propias.»*

Y concluye la sentencia: *«Tales informes y lo hasta ahora actuado determinan que, en interés del niño, y ante su clara actitud de rechazo, se mantenga la custodia individual a favor de la madre para preservar su estabilidad y serenidad, entorno en el que se desenvuelve de forma*

adecuada, social y académicamente, sin establecer visitas con el padre, interrumpidas ya tras el cese de las terapias».

La sentencia resuelve así, simultáneamente y con los mismos razonamientos, lo relativo a la guarda y custodia (individual para la madre) y al régimen de visitas del padre (que no se acuerda). Y rechaza que exista situación de desamparo del menor, a pesar de constatar el informe del IASS maltrato psicológico por influencia de la madre y de la familia materna que llevan al rechazo paterno, por no contemplar la autónoma voluntad del menor, también derivada de determinados comportamientos paternos por él rechazables. Afirma que no se cumple el supuesto de ausencia de recursos familiares previsto en el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo (Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón), para adoptar medidas como la combatida.

TERCERO.- Afirma la parte recurrente que se ha producido la infracción del artículo 80.2 del CDFA al no conceder la guarda y custodia del menor a favor del padre porque, aunque en la atribución de la custodia individual no hay criterio preferente, se debe atender también para ello a los factores señalados en el artículo 80.2 para valorarlos respecto a cada uno de los progenitores individualmente.

Considera que no son inconveniente respecto a él ni la edad del hijo y su arraigo social y familiar con la familia paterna, pues el menor mantenía con todos una buena relación hasta la separación. Niega la aptitud y voluntad de la madre, que afirma para sí, por no ser consciente del grave daño que provoca al hijo con su actitud. Y también afirma sus posibilidades de conciliación de la vida laboral.

Se ocupa especialmente del valor de la opinión del menor que, dada la influencia y manipulación de la madre y de la abuela ma-

terna sobre el mismo, hace que la opinión del menor sea realmente la de ellas dos.

La sentencia recurrida, como hemos visto, reproduce ampliamente los informes de las entidades y asociaciones que los emitieron, de los que se deduce la difícil situación que debe ser afrontada ya que constatan la tensa relación entre padre e hijo con referencia a la negativa influencia de la madre y su entorno, y también a la necesidad de que el padre adquiera habilidades de acercamiento y destreza respecto al niño.

Con similares informes ya la sentencia de primera instancia había llegado a la misma conclusión de atribuir la custodia del menor a la madre, a pesar de la negativa influencia para el menor de ella y de su entorno, por apartarle del padre. Ahora la sentencia de apelación tiene en cuenta, además, el resultado de la exploración del menor, que en el momento de su realización contaba con doce años de edad (con derecho a ser oído conforme a lo dispuesto en el artículo 76.4 en relación con el artículo 6, ambos del CDFA).

En base a todo ello la sentencia recurrida concluye que el interés del menor aconseja mantener la custodia individual de la madre para preservar su estabilidad y serenidad. Frente a ello el motivo del recurso que examinamos pretende alterar la valoración de la prueba argumentando, fundamentalmente, la negativa influencia de la madre y de la abuela materna tendente a perjudicar la relación del menor con su padre.

La sentencia, según hemos visto, no ignora la realidad de la mala influencia en el menor de la madre y de la abuela materna, y así lo constata al citar el contenido del informe del P.E.F. y el del IASS, destacando también de los mismos que no consta una actitud deliberada de la madre en la influencia del menor respecto de su padre, y la necesidad de que este último

adquiera habilidades de acercamiento y destreza respecto del niño.

En base a tales informes y al manifestado rechazo del niño acuerda la custodia individual de la madre por resultar más acorde al interés del menor, y este resultado probatorio, debidamente justificado, no puede ser alterado por las subjetivas apreciaciones de la parte recurrente, pues no se acredita que resulte arbitrario, irracional o ilógico, o claramente atentatorio contra el interés del menor.

Como ha manifestado reiteradamente esta Sala (por todas, la sentencia nº 4/2016, de 3 de febrero, recurso de casación 57/2015, y las allí citadas), el interés del menor es el prevalente para establecer el sistema de guarda y custodia, siendo un concepto jurídico indeterminado que es preciso concretar en cada caso, de modo que no resulta desconocido ni infringido cuando se opta por el de custodia individual frente al preferente de compartida, por resultar más conveniente para el menor (artículo 80.2 CDFA). En el presente caso, en el que se resuelve la petición de custodia individual de cada uno de los progenitores, la sentencia, valorando las difíciles circunstancias de la situación, opta por mantener la custodia de la madre teniendo en cuenta todas las circunstancias ya expuestas, como mejor forma de preservar el interés del menor.

En consecuencia, no resultan infringidos los artículos 80.2 y 76.2 del CDFA, por lo que el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Los motivos segundo y tercero, que en el recurso se exponen conjuntamente, se interponen por infracción de lo establecido en los artículos 80.1 y 79.2 del CDFA en consonancia con los artículos 76.3.a) y 75.2, con vulneración también del principio del beneficio e interés del menor, y artículo 39 CE al no fijar un régimen de visitas a favor del padre, infringién-

dose así el derecho del menor a un contacto directo y frecuente con su padre y familia paterna.

Argumenta la parte recurrente que el no señalamiento de visitas para el padre significaría condenarle a no ver más a su hijo, con pérdida para el menor de la referencia de la figura paterna, y los trastornos emocionales y psicológicos que ello conllevaría. A su juicio ninguno de los informes obrantes en las actuaciones aconseja no establecer un régimen de visitas sino que, al contrario, lo que aconseja el IASS es la separación temporal del menor con su entorno materno por resultar perjudicial para él.

El Ministerio Fiscal considera que debe estimarse este motivo del recurso por resultar infringidos los preceptos citados al no señalar régimen de visitas por las circunstancias conflictivas que afectan a ascendientes y descendiente. La negativa del menor no justificaría la supresión del régimen de comunicación, estancias o visitas, y se infringiría el artículo 80.1, en perjuicio del propio menor y del ascendiente que no ha sido privado de las funciones de la autoridad familiar.

La parte recurrida muestra su conformidad con lo resuelto en este punto por la sentencia de la Audiencia Provincial, si bien pone de manifiesto que ya desde el procedimiento de medidas cautelares previas estimaba que debía establecerse un sistema progresivo de visitas que se fuera incrementando conforme fuera mejorando la relación entre padre e hijo. De hecho, en el suplico de su demanda solicitó que se estableciera un régimen progresivo de visitas en sábados alternos desde las 11 hasta las 20 horas, con entrega y recogida en el P.E.F.

Considera dicha parte que el régimen de visitas acordado por el Juzgado de Violencia en las medidas cautelares previas, más amplio, no dio el resultado apetecido,

sino al contrario, por el rechazo del hijo. Dado que las entrevistas entre ambos se habían producido en un ambiente de gran tensión y malestar para el menor y que, según el informe de ADCARA, se debía profundizar en las habilidades parentales y destrezas de acercamiento al hijo, que sufría crisis de ansiedad por tales vistas, las pruebas aconsejaban suprimir las vistas con el padre.

Como ya se ha expuesto, la sentencia recurrida resuelve de forma conjunta la atribución de la custodia a favor de la madre y el no establecimiento de visitas en favor del padre centrando sus razonamientos en la conclusión de los distintos informes sobre la conveniencia de mantener la custodia individual y, de forma explícita, en la voluntad expresada por el menor en la exploración judicial. No contiene la sentencia un razonamiento específicamente dirigido a justificar la no continuación del régimen de visitas.

El párrafo tercero del artículo 80.1 del CDFA determina que, en los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

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 presente caso se ha atendido exclusivamente a la voluntad del menor que, como señala el Ministerio Fiscal, no puede suponer, por sí sola, el elemento decisorio tratándose de un niño de doce años, pues tal decisión puede suponer un perjuicio para él mismo. De hecho, los informes periciales subrayaban, ya para la decisión sobre la custodia, la necesidad de mantener los vínculos con su padre para contrarrestar la negativa influencia del entorno materno. Y la representación de la madre avalaba la necesidad de mantener tal relación mediante un régimen progresivo de visitas, sin perjuicio de que no haya dado resultado positivo, lo que requerirá un esfuerzo mayor de todos los implicados para conseguir su efecto beneficioso, que nadie niega.

Por ello, no habiéndose dado la justificación excepcional que la norma exige para no establecer un régimen de comunicación, estancias o visitas entre padre e hijo, se han infringido los preceptos citados y en tal sentido debe ser casada la sentencia.

Asumiendo la instancia por tal motivo, se confirma en este punto lo resuelto por la sentencia de 9 de marzo de 2015 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2, en los términos del apartado 2º de su fallo.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso se articula por infracción de los apartados 1 y 3 del artículo 83 del CDF, en relación a la fijación de una compensación económica a favor de la Sra. N., su cuantía y duración. Y el motivo quinto por infracción de lo establecido en el artículo 310, apartado 1, del CDFA, en relación al establecimiento de una compensación económica a favor de la Sra. N., su cuantía y duración.

Ambos motivos se refieren a una misma cuestión, la compensación económica en favor de la Sra. N., aun con contenidos y fundamentos distintos, por lo que se resolverán conjuntamente.

En el cuarto motivo alega la parte recurrente que el Juzgado, valorando las pruebas practicadas, llegó a la conclusión de la inexistencia de desequilibrio, pero la sala de apelación, sin haber valorado el conjunto probatorio, concluye que existe desequilibrio y fija una cantidad de 400 euros mensuales durante cinco años. La parte recurrente centra sus argumentos en cuestiones de hecho sobre las circunstancias económicas de ambos, para defender que no se ha producido desequilibrio.

De forma parecida alega sobre las circunstancias de hecho para negar que se haya producido desigualdad patrimonial entre los convivientes a la que se refiere el artículo 310 del CDFA, como supuesto de

hecho para poder exigir una compensación económica.

La parte actora había solicitado en su demanda una compensación económica con fundamento expreso en el artículo 310.1.b) del CDFA. La sentencia del Juzgado, razonando (primer párrafo del fundamentos sexto) que habrá de resolver sobre la compensación económica del artículo 310 y no sobre una pensión compensatoria, examina los requisitos de dicho precepto sobre contribución económica del reclamante a la adquisición de los bienes y su dedicación al hogar o a los hijos del otro y, negando la concurrencia de los mismos en la Sra. Navarro, desestima su petición.

En el recurso de apelación de esa parte específicamente se rebate la valoración de la prueba de la sentencia del Juzgado sobre los requisitos del artículo 310 (convivencia de la pareja, dedicación al hogar y al hijo común dejando su trabajo por ello, y el patrimonio de su pareja).

Sin embargo, la sentencia recurrida se refiere en su fundamento cuarto a la fijación de una asignación compensatoria (sic) y la acuerda para D^a M^a Pilar en base al tiempo de convivencia, trabajos e ingresos de uno y otro y dedicación de ella a la familia, concluyendo que *«es claro el descenso económico provocado por la ruptura en la Sra. N.»*. No se cita precepto alguno pero los parámetros que indica y la propia denominación que utiliza denotan que se concede una asignación compensatoria del artículo 83 CDFA.

En el motivo sexto de los de infracción procesal, que resultó inadmitido, la parte recurrente alegaba infracción del artículo 218.2 LEC por falta de motivación al señalar la compensación económica y manifestaba que la sentencia no citaba precepto alguno por lo que ignoraba si se reconocía la compensación con base en el artículo 310 o en el artículo 83 del CDFA. Pero no

articulaba motivo de infracción procesal que pusiera de manifiesto el posible desajuste entre lo pedido por la parte con su justificación y lo resuelto en la sentencia de apelación, por lo que nada cabe razonar ni decidir al respecto. Y en el auto de 18 de marzo de 2016 inadmitiendo los motivos de infracción procesal ya se puso de manifiesto que no había falta de motivación pues la sentencia señalaba las circunstancias tenidas en cuenta para fijar la compensación, aunque no se enmarcaban en un precepto u otro.

En esta situación solo cabe examinar si se han infringido los preceptos citados, para lo que hay que partir de que, a la vista del fundamento cuarto de la sentencia, lo acordado en la misma es una asignación compensatoria del artículo 83 pues, al margen de la propia denominación, los parámetros examinados son los que llevan a la existencia de un desequilibrio económico provocado por la ruptura (descenso económico en la Sra. N., dice la sentencia). Por ello, no siendo aplicado el artículo 310, no cabe alegar su infracción.

Y, fundamentalmente, existiendo hijos a cargo (Título II, Capítulo II, Sección 3^a, del CDFA), resulta aplicable también a las parejas no casadas la posible asignación compensatoria del artículo 83, por lo que éste es el precepto aplicable y no el artículo 310.

En el motivo cuarto del recurso, que examinamos, la parte recurrente expone su desacuerdo con la valoración de los parámetros realizada en la sentencia, aun habiendo afirmado antes la falta de motivación, y aunque escuetamente motivados no cabe en casación la mera discrepancia con los mismos pretendiendo una nueva valoración de la prueba. En definitiva, debe respetarse la valoración de la prueba efectuada y, con ello, la decisión sobre la asignación compensatoria, por no haber sido infringido el artículo 83 del CDFA.

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

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Julián V. de P.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto parcialmente, la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2015, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 335/2015, tan solo en lo relativo a la supresión del régimen de visitas, extremo en el que se confirma lo resuelto por la sentencia de 9 de marzo de 2015 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2, en los términos del apartado 2º de su fallo.

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

Con devolución del depósito constituido.

motivación del recurso, así como de la doctrina jurisprudencial supuestamente infringida. Por ello, no habiendo sido expresada y justificada la doctrina de la Sala, o del TS, o la ausencia de doctrina supuestamente infringida, no queda tampoco justificado el interés casacional, como exige el art. 481.1 Lec., por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo dispuesto en el art. 483.2.2º y 3º del mismo texto procesal.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 481 y 483 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasiera

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 484.1 LEC, en el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Presentado recurso de casación y también extraordinario por infracción procesal contra sentencia dictada por órgano judicial con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón, con fundamento el de casación en infracción de normas del Derecho civil aragonés (artículo 82.2 del Código del Derecho Foral de Aragón), la competencia para su conocimiento corresponde a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en relación con el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Respecto al recurso extraordinario por infracción procesal, es igualmente compe-

NÚM. 14

A. TSJA de 10 de junio de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de justificación del interés casacional: *La justificación del interés casacional y su correcta expresión en el recurso viene exigida por el principio de igualdad procesal de las partes y la prohibición de indefensión, de forma que se permita a la parte recurrida la perfecta identificación del objeto y de la*

tente este órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el régimen transitorio señalado en la disposición final decimosexta, apartado 1, regla 1ª, de la misma, si se interpone por los motivos previstos en su artículo 469 respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. En este caso el recurrente interpone este recurso extraordinario al amparo del artículo 469.1.2º y 4º LEC, por infracción de los artículos 216, 217.2 y 3 LEC, en relación con el artículo 218, por error en la valoración de la prueba y falta de motivación, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

Conforme a lo previsto en el artículo 1, y en el artículo 2.2 en relación con el artículo 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, la resolución será susceptible de recurso de casación, según lo señalado en el párrafo segundo anterior, en el caso de presentar el asunto interés casacional y fundarse en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

SEGUNDO.- Tratándose de recurso de casación interpuesto al amparo del artículo 477.3 LEC y artículos 2 y 3.1 la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, es decir, por presentar su resolución interés casacional, debe comprobarse si se cumple tal requisito.

Como se puso de manifiesto en la providencia de 4 de mayo de 2016, como justificación del interés casacional se transcribían en el escrito de recurso los tres apartados del citado artículo 3 pero no se concretaba cual de ellos amparaba el recurso.

En el escrito de alegaciones a la anterior providencia la parte recurrente hace referencia al apartado 1 del artículo 3, pero no concreta si es por oposición de la sentencia recurrida a doctrina de esta Sala o del Tribunal Supremo en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o por

no existir dicha doctrina en relación con las normas aplicables.

La justificación del interés casacional y su correcta expresión en el recurso viene exigida por el principio de igualdad procesal de las partes y la prohibición de indefensión, de forma que se permita a la parte recurrida la perfecta identificación del objeto y de la motivación del recurso, así como de la doctrina jurisprudencial supuestamente infringida. Por ello, no habiendo sido expresada y justificada la doctrina de la Sala, o del Tribunal Supremo, o la ausencia de doctrina supuestamente infringida, no queda tampoco justificado el interés casacional, como exige el artículo 481.1 LEC, por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo supuesto en el artículo 483.2.2º y 3º del mismo texto procesal.

TERCERO.- En cuanto al recurso de casación, se puso de manifiesto en la citada providencia de 5 de mayo que en la sentencia de primera instancia y en la de apelación se tuvieron en cuenta las necesidades del menor y los ingresos del padre. En el escrito de alegaciones insiste el recurrente en que no se han tenido en cuenta la disminución de sus ingresos, pero expresamente indica la sentencia recurrida (fundamento tercero) los que percibía en el momento de fijarse la pensión alimenticia y los actuales, considerando que la pensión de 210 euros mensuales es asumible cuando se perciben ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.

En definitiva, se pretende la revisión de la adecuación de la pensión alimenticia del hijo al principio de proporcionalidad que, como esta Sala ha expresado reiteradamente, es función que corresponde a los tribunales de instancia, no revisable en casación salvo en los supuestos de falta de lógica o arbitrariedad, lo que no se da en este supuesto.

Por ello, el motivo de casación resulta inadmisble conforme a lo dispuesto en el artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 de la LEC.

CUARTO.- Inadmitido el recurso de casación por los motivos expresados, debe inadmitirse, sin más trámites, el recurso extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16ª.1, regla 5ª, párrafos primero y segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

QUINTO.- Deben ser impuestas las costas a la parte recurrente conforme a lo dispuesto en los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

LA SALA ACUERDA

1.- Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

2.- Inadmitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de D. Antonio Agustín B. A.

3.- Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

4.- Imponer las costas a la parte recurrente.

da por el art. 218 Lec., la sentencia cita las SSTC 101/2015, 13/2001 y 9/2015, añade que igual criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 del Convenio de 1950, en diversas sentencias, 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 cuando 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 dadas por el tribunal inferior. La jurisprudencia más reciente ha acuñado el «principio de economía motivadora», con arreglo al cual no se explica lo obvio (STS 290/2014). Termina la exposición de la doctrina general con la cita de la STSJA 26/2013. Considera que los argumentos de la sentencia recurrida son bastantes para entender cumplida la exigencia de motivación.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Carácter temporal o indefinido: *La aplicación al caso concreto de los criterios del art. 83.2 para determinar la cuantía y naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria forma parte de las facultades discrecionales de los tribunales de instancia, de modo que las decisiones por ellos tomadas no son revisables en casación, sino en aquellos casos en que suponen infracción del precepto legal por aparecer como absolutamente ilógicas, irracionales o asentadas en parámetros distintos de los legales o establecidos por la jurisprudencia (SSTSJA 26/2013 o 1/2012). En las SSTSJA 35/2014 y 35/2015 se ha destacado que el establecimiento de un plazo de duración es tan solo una posibilidad cuyo uso dependerá de que con él no se resienta la función de restablecer el equilibrio que*

NÚM. 15

S. TSJA 18/2016 de 27 de junio de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Motivación de la sentencia: Sobre la motivación de las sentencias requeri-

cumple. En el caso el tiempo indefinido de la asignación por el que se ha inclinado la sentencia no responde a una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes de acuerdo a las pautas que resultan de la jurisprudencia de esta Sala para situaciones semejantes. El plazo de 10 años de la sentencia de primera instancia parece más razonable. Un elemento que incide en la temporalidad es la atribución de bienes a la esposa en la liquidación del haber conyugal.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 218 Lec., 83 CDFa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Pedro impugna únicamente, por la doble vía de la infracción procesal y de casación, el pronunciamiento por el que la sentencia recurrida torna en indefinida la asignación compensatoria que por importe de 1.000 € mensuales y tiempo de 10 años fijó la sentencia de primera instancia a favor de la que fuera su esposa, D^a Belén, hasta la sentencia de divorcio recaída en los autos de que trae causa el recurso.

Reclama el recurrente en primer lugar la declaración de nulidad de la sentencia y la reposición de las actuaciones al momento anterior de que fuera dictada por la Audiencia Provincial por haber incurrido esta en falta de motivación y errónea valoración de la prueba, a cuyo efecto articula dos motivos de infracción procesal. Subsidiariamente a tal pretensión, sostiene como motivo de casación la infracción del art. 83.2 CDFa, y solicita con carácter principal la reducción de dicha pensión a un tiempo de 1 año y a un importe de 500 € al mes, y, subsidiariamente el mantenimiento

de la limitación temporal fijada en la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- La parte recurrida, en uso de la posibilidad establecida en el art. 485 LEC, alega que concurren causas de inadmisibilidad de los recursos por motivo de infracción procesal y de casación interpuestos que esta Sala no ha advertido en trámite de admisión.

En cuanto al recurso por motivo de infracción procesal, sostiene que los dos motivos de los que consta adolecen de carencia manifiesta de fundamento.

En lo que toca al recurso de casación afirma que incurre en defectuosa formulación por no respetar la base fáctica.

Si bien es cierto que el recurso por motivo de infracción procesal, como ahora el de casación, es susceptible de ser inadmitido por causa de carencia manifiesta de fundamento, tal palmaria falta no es de apreciar en el presente caso en el primero de los motivos procesales, pues el recurrente expresa razones por las que entiende que a su parecer la sentencia de apelación no contiene una exhaustiva respuesta a todas las cuestiones planteadas en la apelación, ni justifica la razón por la que revoca el criterio de la primera instancia.

Y lo mismo cabe decir del segundo, en el que el recurrente sostiene que la Sala ha errado en la valoración de la prueba en cuanto a las situación económica de los esposos que condujo a la decisión sobre la asignación compensatoria, pues el recurso sostiene con suficiente explicación las razones por las que entiende que la Sala ha dejado de tener en consideración relevantes elementos de prueba.

En definitiva, con independencia de su prosperabilidad, lo que será objeto de estudio en los siguientes fundamentos de derecho, el recurso por motivo de infracción procesal no presenta una falta de funda-

mento de tal entidad que justifique su inadmisión.

A igual solución llega la Sala en cuanto al recurso de casación. Sostiene la parte recurrida que el recurso no respeta los hechos tenidos como probados por la Sala de apelación, pero a tal efecto no puede ser obviado que se ha interpuesto conjuntamente el recurso por infracción procesal en los que los discute, y por otra parte plantea una neta cuestión jurídica sobre la temporalidad de la asignación compensatoria que la Sala de apelación torna en definitiva, por lo que tampoco en relación a este recurso entendemos que se den elementos de entidad suficiente para inadmitir el recurso.

TERCERO.- Recurso por motivo de infracción procesal.

Dos son los motivos de impugnación. El primero sostiene falta de motivación de la sentencia con infracción del art. 218.2 LCE; el segundo errónea valoración de la prueba practicada.

Por lo que se refiere a la primera de las infracciones procesales, el recurrente sostiene que la Sala no da *el más mínimo razonamiento jurídico ... que nos permita comprender por qué se llega a esa conclusión tan diferente a la de la instancia y tan perjudicial para mi representado* hasta el punto de que *la redacción de la sentencia, impide a esta parte conocer el análisis jurídico hecho por el Tribunal de segunda instancia, porque omite cualquier fundamentación jurídica y eso nos impide combatir la sentencia adecuadamente.*

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 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).

Igual criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 de Convenio de 1950 en SS tales como *Bolea v Rumania*, *Kuznssov 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 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 n° 290/2014 de 21 de Marzo de 2014).

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 2012 (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.»

Pues bien, en el presente caso, la sentencia recoge como elementos de hecho específicamente para decidir sobre la asignación compensatoria los que siguen:

El matrimonio ha durado más de 21 años, la esposa de 48 años de edad, licenciada en filología inglesa, no ha desempeñado nunca trabajo alguno fuera del hogar, habiendo contraído matrimonio con 24 años de edad, y dedicado ese tiempo al cuidado de la familia (cuatro hijos), período en que el esposo ha desarrollado una amplia labor profesional como economista, no sólo en el campo del ejercicio libre, sino también en el de la docencia (Universidad de Zaragoza) y de la empresa, obteniendo no sólo los importantes ingresos descritos en la Sentencia impugnada, sino también, el considerable patrimonio que apunta, que ha permitido sufragar el elevado nivel de vida de la familia.

Anteriormente, ya había señalado como circunstancia relevante para la decisión del litigio que:

El nivel de vida de la familia ha sido elevado con gastos mensuales de jardinero, asistenta doméstica, abonos periódicos de esquí y de vehículos.

Y sobre tales circunstancias razona que:

Es claro que la edad de la esposa y su nula experiencia laboral hacen poco factible su incorporación al mercado de trabajo, en condiciones que le permitan afrontar no sólo su independencia, sino su propia subsistencia, resultando así difícil la obtención de un periodo mínimo de cotización para ser acreedora de una pensión en el futuro.

La liquidación de la sociedad conyugal no puede afectar al importe de las pensiones, al suponer la concreción para cada litigante del haber consorcial (S.T.S. 22-6-2011).

La fijación de una pensión temporal no va a permitir superar el desequilibrio concurrente a la esposa, vista la situación económica que detenta el esposo y la ostentada durante el matrimonio.

En consecuencia, procede establecer a favor de D^a Belén María una pensión de 1.000 € mensuales, con carácter indefinido.

Tales argumentos son bastantes para entender cumplida la exigencia de motivación cuyo incumplimiento se erige como motivo de recurso, pues exteriorizan y dan a conocer razones bastantes en hecho y derecho de la decisión tomada que permiten a la parte conocer el porqué del pronunciamiento, y le permiten su impugnación, como por otra parte muestra la extensa redacción del recurso, en que se discute los argumentos dados por la sentencia.

CUARTO.- Segundo motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.

En la explicación de este motivo no indica el recurrente la contradicción entre la prueba practicada y el juicio de hecho llevado a cabo por el tribunal de apelación, lo que dice en su desarrollo es que la Sala de apelación ha dejado de valorar elementos relevantes a su juicio que de haber sido

debidamente tenidos en cuenta habrían conducido a la solución sobre la asignación compensatoria que se propugna en el recurso. A tal efecto, afirma que la Sala no ha tenido en cuenta: 1) que D^a Belén ha rechazado un puesto de trabajo como administrativa en la empresa familiar de D. Pedro; 2) que el matrimonio dispuso de empleada del hogar a tiempo completo durante todo el tiempo que duró el matrimonio; y 3) que en el inventario a partir en la liquidación de la sociedad conyugal se ha recogido un activo de 600.000 € y no figura en él ninguna partida como pasivo.

Pues bien, todos estos elementos de hecho figuran debidamente recogidos en la sentencia apelada, sea directamente en su texto, bien por la asunción explícita o implícita de lo dicho en la sentencia de primera instancia, de tal forma que lo que en realidad se denuncia no es una errónea valoración de la prueba, como dice en la enunciación del motivo, sino la valoración que de los hechos que resultan probados realiza la Sala para decidir sobre el importe y duración de asignación en disputa, y tal propósito, por pertenecer a la subsunción jurídica, es por completo ajeno al recurso por motivo de infracción procesal que se ha hecho valer, y así lo hemos puesto de relieve en sentencias tales como la n^o 35/2014, en la que dijimos, para desestimar un motivo en el que se invocaba la existencia de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba:

El motivo ha de ser desestimado. La sentencia recurrida no ha ignorado el devenir profesional de la recurrida sino que, haciendo suyos los hechos de la sentencia de primera instancia, que expresamente reproduce, llega a la conclusión de la procedencia de mantener la citada asignación con carácter indefinido.

La sentencia de primera instancia había incluido esa vida laboral en el relato de hechos probados, que hemos transcrito en el segundo fundamento jurídico, y aunque no relataba

pormenorizadamente todo el devenir de su actividad profesional, consignaba los documentos donde está recogida, de forma que el contenido de esta documental quedó integrado en el factum.

No aprecia esta Sala que en la valoración de estos hechos la Audiencia haya incurrido en error notorio o haya infringido las reglas de la lógica, sino que ha ponderado los diferentes hechos relevantes para justificar la decisión de mantener la asignación compensatoria, con carácter indefinido.

Frente a ello, la parte recurrente trata de sustituir el criterio valorativo efectuado por el tribunal de apelación por su propia valoración, especialmente en cuanto al juicio prospectivo de la futura evaluación de la situación personal y profesional de la contraria. Pero esta sustitución no tiene cabida en un recurso extraordinario como el presente.

QUINTO.- Único motivo de casación. Infracción del art. 83.2 CDFA.

Sostiene el motivo que la decisión recurrida al decidir una pensión indefinida por el importe de 1.000 € contraviene la doctrina sentada por esta Sala de casación por las siguientes razones: 1) rechazar como elemento relevante la atribución a Dª Belén de lo que le corresponda de los bienes inventariados en el procedimiento de liquidación del régimen consorcial aragonés; 2) contradecir el criterio de la Sala en relación a las posibilidades de empleo de la esposa; 3) contradecir el criterio de la Sala que señala que la asignación en disputa no tiene por fin igualar los patrimonios ni ser un medio indefinido de vida; 4) no haber tenido en cuenta que la esposa dispuso durante todo el tiempo de convivencia de la ayuda de una empleada del hogar a tiempo completo; 5) no haber tenido en cuenta que el uso del domicilio ha sido atribuido a la esposa y sus hijos durante 10 años; 6) no respetar el criterio de esta Sala de que debe haber una proporción entre

la duración de la asignación y la del matrimonio cuya ruptura da lugar a ella.

De acuerdo con el art. 83.2 CDFA que se dice infringido:

La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el Juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios:

a) Los recursos económicos de los padres.

b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.

c) La edad de los hijos.

d) La atribución del uso de la vivienda familiar.

e) Las funciones familiares desempeñadas por los padres.

f) La duración de la convivencia.

La aplicación de tales criterios al caso concreto forma parte de las facultades discrecionales que corresponden a los tribunales de instancia, de tal forma que las decisiones por ellos tomadas no pueden ser corregidas mediante el recurso de casación, dada su finalidad nomofiláctica, sino en aquellos casos que suponen infracción del precepto legal por aparecer como absolutamente ilógicas, irracionales o asentadas en parámetros distintos de los legales o establecidos por la jurisprudencia, y así lo hemos dicho en reiteradas ocasiones, como en las SS nº 26/2013, en el recurso nº 5/2013, o 1/2012, en recurso 22/2011.

Así, en la primera de dichas sentencias sostuvimos:

En definitiva, se produce una circunstancia habitual en estos casos, al considerar la parte recurrente que su propia valoración de los parámetros legalmente establecidos para la fijación de esta asignación y su duración temporal, responde mejor a la prospectiva que se requiere para la

superación del desequilibrio que la realizada por el tribunal, lo que no es posible salvo la acreditación de que esta última resulta ilógica, irracional y, en definitiva, arbitraria.

Y en la segunda:

En realidad, lo que propone en su recurso es, partiendo de los hechos probados recogidos en la sentencia recurrida, una distinta valoración de los mismos, lo que no es posible porque tal función corresponde a los juzgados y a los tribunales de apelación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC 516/2005 y RC 531/2005), de 28 de abril de 2010 (RC 707/2006) y de 4 de noviembre de 2010 (RC 514/2007), afirman 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 temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

[...]

Así pues, la fijación de la pensión o asignación compensatoria de forma indefinida o temporal depende de las específicas circunstancias de cada caso cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia y apelación que, como hemos dicho, no puede ser revisada en esta vía casacional salvo 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, lo que no se aprecia en el

presente supuesto por lo que debe ser rechazado el motivo y desestimado el recurso.

El recurrente, como decimos, sostiene que la decisión que combate incurre en infracción de la doctrina sentada por esta Sala, tanto en lo que se refiere a la temporalidad de la pensión como a su cuantía.

En relación a lo primero, 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 mediante un juicio prospectivo cuya realización corresponde a los tribunales de instancia y que no es revisable en casación, salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica.

Sostiene el recurrente que el tiempo indefinido por el que se ha inclinado la sentencia de primer grado no responde a una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes de acuerdo con las pautas que resultan de la jurisprudencia de esta Sala, y no podemos sino acoger tal alegato.

Como con acierto señala el motivo, 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.

Por lo demás, en el presente caso, la esposa permanece en la vivienda conyugal con la descendencia común, integrada por dos hijos ya mayores de edad, si bien no son independientes, un tercero de 17 años y una cuarta de 7 años de edad, cuya atención no impide acometer el inicio de la procura de trabajo en el tiempo de 10 años fijado en la sentencia de primer grado, en el que es razonable suponer que las cargas familiares sean cada vez más livianas.

Por último, y en lo que toca las consecuencias que hayan de ser reconocidas a la atribución de bienes a la esposa (aproximadamente 300.000 €) en la liquidación del haber conyugal, la sentencia de primer grado la tiene en consideración a estos efectos, mientras que la de segundo grado le niega expresamente relevancia es estos efectos. Pues bien, uno de los elementos que han de ser tenidos en cuenta de acuerdo con el art. 83.2 CDFA es *los recursos económicos de los padres*, y esta Sala ha mencionado el haber común partible como elemento a valorar para establecer la asignación compensatoria en SS 3/2016, 25/2013 y 1/2012.

Por el contrario, 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 y debería ser puesta en relación, al menos, con la cuantía de la misma.

Así las cosas, hemos de concluir que la valoración de las circunstancias concurrentes realizadas por el juzgador de primer grado es más adecuada a los criterios sostenidos por esta Sala en la interpretación del art.83.2 CDFA, por lo que el recurso debe ser estimado en este punto.

SEXTO.- La respuesta al recurso ha de ser otra en cuanto al concreto importe de la asignación en el que convergen las sentencias de las dos instancias.

Sostiene el recurrente que ha de ser de 500 € al mes, pero a diferencia de lo que acontece en relación a la decisión de temporalidad o tiempo indefinido de la asignación que ha sido objeto de estudio en el anterior fundamento, no concurren razones para variar la valoración hecha por los juzgadores de instancia dentro del margen de discrecionalidad que en tal menester les reconoce en la jurisprudencia que ha quedado más arriba reseñada.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LEC.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar los dos motivos de recurso por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de enero de 2016 dictada por la secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo 485/2015.

2. Estimar en parte el único motivo de recurso casación interpuesto contra dicha sentencia, que casamos en cuanto revoca la limitación temporal a 10 años de la asignación compensatoria establecida en la sentencia de primer grado, que mantenemos.

3. No hacer imposición de las costas.

4. Devolver el depósito constituido para interponer el recurso a la parte que lo ha hecho valer.

16

NÚM. 16

S. TSJA 19/2016 de 30 de junio de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *El Juzgado estableció un sistema de custodia compartida que la Audiencia revoca y sustituye por la custodia individual materna. Recuerda el TSJ que el sistema preferente de custodia compartida puede sustituirse por la custodia individual cuando ésta se considere más conveniente para el menor, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en que sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para decidir el sistema de custodia que mejor se acomoda al interés del menor, contando para ello con un margen de discrecionalidad, no revisable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico (SSTSJA 3/2/2016, 13/1/2016, 17/9/2015), no pudiendo actuar el tribunal de casación como un tribunal de tercera instancia (SSTSJA 18/2/2016, 30/6/2015). En el caso de autos, la Audiencia razona y justifica los motivos que le llevan a aplicar la custodia individual, con una fundamentación suficiente, atendiendo de modo especial al informe pericial, destacando la corta edad de la menor y las dificultades de conciliación laboral y familiar del padre. No hay vulneración de los preceptos invocados.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada mantuvieron relación de pareja en la que nació una hija llamada Naira el día 14 de marzo de 2013, por lo que cuenta en la actualidad con tres años de edad. Dicha relación concluyó en abril de 2014. El padre presentó demanda de guarda, alimentos y régimen de visitas de la hija, solicitando, en lo que ahora interesa, la custodia individual para él y subsidiariamente, la custodia compartida. A ello se opuso la madre.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que, tras citar la regulación recogida en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) y la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2015, lleva a cabo una amplia exposición de la valoración que le merece el informe pericial. Y termina indicando:

«En suma, considera quien ahora juzga que se dan en el presente supuesto las circunstancias necesarias y apropiadas para establecer un sistema de custodia compartida respecto de la hija común de ambos progenitores pues: 1º/Ambos padres reúnen las cualidades y aptitudes precisas para hacerse cargo de la menor, 2º/Existe un fuerte vínculo afectivo entre la menor y cada uno de los progenitores, 3º/Ambas partes tienen similar disponibilidad horaria pues si bien el Sr. M. está sujeto a disponibilidad fuera de su horario laboral en situaciones de emergencia, se trata de supuestos excepcionales y no habituales y para los cuales dispone de apoyo familiar hasta que la madre pudiese hacerse cargo de la menor. En consecuencia, en atención a todo lo hasta aquí expuesto, procede acordar la custodia compartida de la menor Naira (...).»

TERCERO.- Las razones que proporciona la sentencia de segunda instancia, aquí recurrida, para revocar la anterior en el extremo relativo a la custodia de la

menor son las que a continuación se reproducen:

«... La madre reside en Zaragoza en el domicilio de su madre, con la hija menor y otra habida de otra unión, y trabaja desde octubre de 2014, a tiempo parcial, en labores de limpieza.

El padre es militar de profesión, Cabo adscrito a la Unidad Militar de Emergencias de Garrapinillos (...). Reside en casa de sus padres en Cadrete. Su horario laboral es de 7.15 h de lunes a miércoles, el jueves hasta las 17 h. y el viernes hasta las 14.30 h, teniendo además un horario flexible según las necesidades del servicio y de la Unidad, que se prolonga hasta el fin de semana y festivos.

La perito psicóloga, emisora del informe de autos (f. 125 y ss) recomienda la custodia materna, con fundamento en la escasa edad de la menor, que precisa de un entorno estable sin alteración de rutinas y con organización concreta que favorezca su desarrollo, y en la escasa disponibilidad del padre cuya actividad laboral le exige una constante disponibilidad y continuos desplazamientos, que siempre ha suplido la madre adecuadamente. Conclusiones que ratificó en el plenario.

TERCERO.- Con estas premisas, teniendo en cuenta que los apoyos del padre, sus padres, trabajan, que su domicilio se halla en Cadrete y su centro de trabajo en Garrapinillos, que su horario laboral se inicia a las 7 de la mañana, debiendo estar permanentemente disponible por razones del servicio, que la madre trabaja 6 horas a la semana, residiendo en Zaragoza con su madre, la que no trabaja, y que ha atendido desde su nacimiento a la menor afrontando los periodos de ausencia del padre, debe concluirse que el bienestar e interés de la menor quedan mejor salvaguardados con la custodia individual materna (...).»

CUARTO.- El recurso de casación se articula en dos motivos. El primero, por infracción de lo dispuesto en los artículos 79.1 y 80.2 del CDFA en relación con el artículo 91 del Código civil, y el segundo con base en lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de casación aragonesa, al entender la parte que la sentencia recurrida se opone a la doctrina sentada por esta Sala sobre el precepto del artículo 80.2. Realmente, el segundo no constituye un motivo autónomo, sino que, aludiendo a algunas sentencias dictadas por esta Sala de casación, sirve como refuerzo de lo expresado en el primero.

QUINTO.- Como hemos expresado en muchas sentencias anteriores, en materia de custodia de hijos menores, el legislador aragonés considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor. Y a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la determinación de los criterios y elementos generales a los que ha de atender para decidir en cada caso el sistema de custodia que mejor se adapta al interés del menor, opta por establecer unos criterios a los que se ha de atender en tal cometido. Ahora bien, como la propia parte indica en su escrito de recurso, este régimen preferente puede sustituirse por la custodia individual cuando ésta se considere más conveniente para el menor. Es decir, el juzgador ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquel interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en qué sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema de custodia compartida el que mejor se acomoda al interés del menor.

SEXTO.- Dijimos en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2016:

«...debemos recordar lo expuesto en nuestra reciente sentencia de 13 de enero de 2016:

El interés del menor (como el propio recurrente recoge en su escrito) es un 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 es controlable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto. El Tribunal Supremo ha dicho (STS 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

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

En la sentencia de 17 de septiembre de 2015 también hemos expresado que el artículo 80.2 confiere al juzgador un margen de discrecionalidad al efecto de determinar, en el caso concreto, qué tipo de custodia satisface más el interés del menor.

SÉPTIMO.- En el caso que nos ocupa, la parte recurrente no razona ni justifica que la sentencia recurrida haya infringido el precepto. Se hace una extensa alusión al contenido de la sentencia de primera y de segunda instancia, así como al informe psicosocial, cuya valoración no combate. Y a continuación expresa que, poniendo en

relación con el caso concreto los factores del artículo 80.2, «todos ellos juegan a favor de que se otorgue la custodia compartida». Mas esto no es sino la particular apreciación de la parte, que no llega a alegar que la decisión de la sentencia recurrida al establecer la custodia individual, fundamentada y avalada por una prueba pericial que así lo aconseja, sea irrazonable y vulnere por ende el precepto.

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.»

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 CDA] en el caso

de que la misma [decisión] resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor».

Así las cosas, en el caso que nos ocupa apreciamos que la Audiencia Provincial razona y justifica los motivos que le llevan a aplicar la posibilidad legal de custodia individual, por considerarla más conveniente para la menor, con una fundamentación suficiente, atendiendo de modo especial al informe pericial tal como se prevé en la norma aragonesa, y destacando la escasa edad de la menor y las dificultades de conciliación laboral y familiar del padre. Por ello, de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, se concluye que no hay vulneración de los preceptos invocados, por lo que el recurso debe ser desestimado.

OCTAVO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la naturaleza de los intereses en juego aconseja en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

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 23 de febrero 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.

17

NÚM. 17

S. TSJA 20/2016 de 7 de septiembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Doctrina jurisprudencial: *En reiteradas sentencias de esta Sala hemos puesto de relieve que el legislador aragonés ha establecido el régimen de custodia compartida como el preferente, que debe ser adoptado por el Juez competente, porque a través de este sistema se atiende más adecuadamente al interés del menor, asegurando la relación normalizada con ambos progenitores, de forma que tenga presente la figura paterna y materna en su ámbito de formación y sociabilidad (SSTSJA 22/2012, 1/2014, 11/2015, Preámbulo). Aunque el sistema establecido no es rígido, salvo en el mandato de atender siempre al superior interés del menor, recogido en normas generales y convenios internacionales de los que España es parte, el establecimiento de la custodia individual requiere que de la prueba practicada, a la que se refiere el art. 80.3, resulte claramente la preferencia en el caso concreto para la custodia individual de uno de los progenitores, y que se razone suficientemente acerca de esta prioridad. La decisión adoptada es revisable en casación para comprobar si los juicios de valor que llevan a adoptar la custodia individual se ajustan a las previsiones legales del art. 80.2 CDFIA (STSJA 44/2013).*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 775 Lec. 79.5 y 80.2 CDFIA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos relevantes para la resolución del recurso de casación interpuesto:

1.- D. Íñigo G. G. y D^a María Eugenia C. L. mantuvieron una relación sentimental, de la que nació su hija Julia el día 29 de agosto de 2006.

2.- Producida la ruptura de dicha relación, el Juzgado de Primera Instancia n^o 16 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 25 de noviembre de 2008 por la que aprobó el convenio regulador suscrito entre las partes en fecha 12 de noviembre anterior, en el que se pactaba otorgar a la madre la guarda y custodia de la hija menor Julia, con un régimen de visitas y comunicaciones de ésta con su padre.

3.- En el mismo Juzgado se tramitaron autos de modificación de medidas n^o 136/2011, a instancia de D. Íñigo, quien solicitaba la custodia compartida, en los que recayó sentencia de 17 de noviembre de 2011 desestimatoria de dicha pretensión, aunque modificó el régimen de visitas para la hija común Julia, ampliando el anteriormente existente.

4.- Instada de nuevo la modificación de medidas ante el referido Juzgado, que fue tramitada como autos 143/2015, tras los trámites pertinentes recayó sentencia en primera instancia de fecha 10 de septiembre de 2015 por la que se acordó no haber lugar a la demanda. Las razones esenciales en que se funda la desestimación fueron: que a la vista de la prueba practicada se desprende que no se ha producido, más allá del natural crecimiento de la hija, un cambio de circunstancias sustancial, y que conforme al informe psicológico practicado es conveniente proteger la estabilidad emocional de la niña, sin introducir una variación en sus hábitos y costumbres, resultando incierta cual sería la adaptación si se instaurase el sistema solicitado.

5.- Recurrida en apelación dicha sentencia, tras los trámites legales y la exploración de la menor practicada en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Zara-

goza dictó sentencia de 8 de marzo de 2016, desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la sentencia recurrida.

6.- La representación procesal de D. Íñigo interpuso recurso de casación para ante esta Sala, fundado en dos motivos, de los que únicamente ha sido admitido el primero, que se funda en la infracción del párrafo segundo del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

SEGUNDO.- El motivo de recurso de casación que ha sido admitido a trámite denuncia, según se ha expuesto, la infracción del artículo 80.2 del CDFA, en cuanto que el legislador establece como forma preferente de custodia para los hijos menores el de custodia compartida, salvo que la individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el Plan de Relaciones Familiares y los factores que el mismo precepto expresa, entendiendo el recurrente que, conforme a la prueba practicada, no resultan elementos suficientes para resolver conforme a la excepción y no seguir el criterio preferente establecido por el legislador aragonés.

El Ministerio Fiscal ha apoyado el recurso, solicitando se estime la custodia compartida conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala que sigue el mandato del legislador y entendiendo que en el caso concreto la aptitud y actitud de ambos progenitores y el principio de no discriminación e igualdad entre ellos son razones que avalan el establecimiento de la custodia compartida.

La parte recurrida, al oponerse al recurso, sostiene la bondad de los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada de contrario, entendiendo que en ellos se hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos en el informe psicosocial, como el deseo de la menor de no introducir cambios en su vida, y que el resul-

tado de la exploración judicial practicada en la Audiencia Provincial ha llevado a ésta a la convicción de que debe mantenerse la custodia individual de la madre como situación más acertada para preservar el superior interés de la hija menor.

TERCERO.- Antes de entrar a decidir sobre la denunciada infracción de la norma sustantiva, conviene hacer referencia al procedimiento seguido, que es el de modificación de medidas regulado en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme al mismo el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Conforme a dicho régimen, para que proceda la modificación de medidas ya adoptadas habrá de alegarse y acreditarse que han variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. En similares términos se pronuncia el artículo 79.5 del CDFA.

En diversas sentencias de esta Sala tenemos declarado que, una vez transcurrido el plazo de un año recogido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2/2010 y Sexta del CDFA, 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, n° 42/2013—, y que, en caso en el que la pretensión se ejercita conforme a dichos preceptos, lo relevante es considerar si, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante —sentencia de 19 de noviembre de 2014, n° 37/2014—.

En este caso, y frente a lo expresado en la sentencias de primera y segunda instancia, la Sala considera que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias, debido fundamentalmente al crecimiento en edad de la hija. Ésta, nacida el 29 de agosto de 2006, tenía dos años de edad cuando se fijó el sistema de guarda y custodia para la madre, en convenio regulador que fue aprobado judicialmente. Cuando se interpuso la demanda que da origen a los presentes autos, en febrero de 2015, la menor tenía más de ocho años de edad, y cuando recae la sentencia recurrida tiene más de nueve años. 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.

CUARTO.- El único motivo del recurso de casación que ha resultado admitido denuncia la infracción del artículo 80.2 del CDFA, al entender la parte recurrente que en la sentencia del tribunal provincial no se aplica la custodia compartida, que es el régimen preferente y ha de ser adoptado por el juez en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. En el desarrollo del motivo el recurrente expone las razones por las que, a su juicio, se ha producido esa vulneración, razones que centra en la evolución madurativa de Julia, juntamente con que el principio de interés del menor o *«favor filii»* ha de encaminarse a un régimen de autonomía personal de la menor y no perpetuar un régimen de sobreprotección. Añade que, estando el padre y madre capacitados para la custodia de la hija, y siendo la situación laboral absolutamente compatible para que ambos progenitores puedan disfrutar de periodos similares de perma-

nencia en compañía de su hija, la correcta aplicación al caso del precepto citado ha de dar lugar a la casación de la sentencia y a la aprobación del Plan de Relaciones Familiares con la petición de custodia compartida.

QUINTO.- En reiteradas sentencias de esta Sala hemos puesto de relieve que el legislador aragonés ha establecido el régimen de custodia compartida de los hijos menores como el preferente, que debe ser adoptado por el Juez competente, porque a través de este sistema se atiende más adecuadamente al interés del menor, asegurando la relación normalizada con ambos progenitores, de forma que tenga presente la figura paterna y materna en su ámbito de formación y sociabilidad. Así se recoge en las sentencias de 6 de junio de 2012 (nº 22/2012), 10 de enero de 2014 (nº 1/2014) y 6 de abril de 2015 (nº 11/2015), entre otras. Como expresa el preámbulo de la ley aragonesa (apartado VI del que inicia el Decreto Legislativo) *«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 y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar»*.

Aunque el sistema establecido no es rígido, salvo en el mandato de atender siempre al superior interés del menor, recogido en normas generales y convenios internacionales de los que España es parte, el establecimiento de la custodia individual requiere que de la prueba practicada, a la que se refiere el apartado 3 del citado artículo 80, resulte claramente la preferencia en el caso concreto para la custodia individual de uno de los progenitores, y que se razone suficientemente acerca de esta prioridad. En este punto expresamos en la Sentencia de 9 de octubre de 2013 (nº 44/2013), respecto a la revisabilidad en

casación de la decisión adoptada, que *«Sobre las premisas anteriores y con respeto a los hechos que resultan probados en ambas instancias, se deberá 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 CDFA) que en nuestro ordenamiento civil permiten excepcionar la regla preferente de la custodia compartida»*.

SEXTO.- La aplicación de la norma citada al caso de autos conduce a la necesaria estimación del motivo de recurso de casación.

En efecto, la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación y confirmado la sentencia de primera instancia, que no dio lugar a la solicitud de guarda y custodia compartida, fundándose en el informe pericial y en la exploración judicial de la menor practicada en la segunda instancia. Del primero extrae como consecuencia que la menor presenta un deseo de compartir más tiempo con su padre, pero sin introducir variaciones en sus condiciones cotidianas de vida, y recomienda un sistema de relaciones acorde con tal deseo, pero sin introducir la custodia compartida.

Del resultado de la exploración judicial la Audiencia valora que la menor presenta una buena relación con ambos progenitores, debiéndose permitir que mantenga una relación frecuente con los dos, pero sin introducir variaciones sustanciales en el actual sistema, dado que se encuentra bien adaptada y sin que sea adecuado añadir la noche del martes solicitada por la menor en la exploración, pero que no se considere necesario teniendo en cuenta las recomendaciones dadas por el informe pericial psicológico. Concluye afirmando que procede mantener el sistema fijado por la sentencia apelada, que finalmente confirma en todos sus pronunciamientos, incluyendo entre ellos la introducción de una

pernocta intersemanal de la menor con su padre, tal como aparece en el fallo de primera instancia.

Los anteriores razonamientos no tienen en cuenta que en el caso de autos, y según se expresa claramente en la fundamentación jurídica de primera instancia, el padre recurrente «se encuentra plenamente capacitado para cuidar y atender a su hija» —fundamento de derecho primero—, y que «la menor mantiene buena relación con ambos progenitores obteniendo resultados académicos buenos y satisfactorios» —fundamento de derecho tercero—. Que también el padre puede flexibilizar su horario de trabajo, lo que le permite conciliar la vida laboral y familiar, y que la menor ha expresado su deseo de compartir más tiempo con su padre.

De tales datos se desprende que concurren los requisitos establecidos en la norma para fijar un sistema de guarda y custodia compartida, que es el preferente conforme a la norma aragonesa, sin que los posibles obstáculos que se esgrimen para la inaplicación de ésta tengan relevancia en el caso para concluir aplicando la excepción.

Ambas sentencias, y especialmente la de primera instancia, se refieren a que la situación ha causado a la niña una gran alteración emocional, asumiendo una carga y una responsabilidad que no le corresponde por el mero hecho de intentar satisfacer y contentar a ambos progenitores, y que todo ello está creando un estado emocional desadaptativo, frente al cual el Juzgado, y posteriormente la Audiencia Provincial, consideran necesario y prioritario proteger su estabilidad emocional.

Pero esta situación proviene de una sobrevaloración del resultado de la exploración de la menor, y por tanto de la consideración de la opinión de ésta como dato relevante para la decisión del litigio. Como se ha expuesto en el precedente fundamento, la opinión de la menor es un factor a

considerar por el tribunal, pero no puede convertirse en el elemento decisorio, habida cuenta la joven edad de la menor Julia y las condiciones concurrentes.

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 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 aquél.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas estimamos el recurso de casación. Y la Sala, constituyéndose en instancia, acuerda establecer un régimen de guarda y custodia compartida en los términos solicitados en el Plan de Relaciones Familiares expuesto por el recurrente, al resultar ajustado a los intereses de la menor, sin perjuicio de la

posibilidad de que ambos progenitores, de común acuerdo, puedan modificar alguno de sus contenidos.

Ello conlleva la necesidad de dejar sin efecto la pensión de alimentos que actualmente abona el recurrente a la demandada, por cuanto en el régimen de custodia compartida que se instaura la hija menor disfrutará del mismo tiempo de convivencia con cada uno de ellos y, en consecuencia, ambos contribuirán por igual al sostenimiento de los gastos y asistencia y educación de la menor.

OCTAVO.- En cuanto a costas procede: a) mantener el pronunciamiento de no imposición, que se estableció en el fallo de primera instancia; b) no hacer imposición de las costas de la apelación, pues aunque esta debió ser estimada, el asunto presenta relevantes dudas de derecho; c) no hacer imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado.

Todo ello por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo G. G., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 8 de marzo de 2016, en autos de modificación de medidas núm. 143/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

SEGUNDO.- Estimar la demanda deducida por la citada representación y, modificando las medidas adoptadas sobre la separación de D. Íñigo G. G. y Doña María Eugenia C. L., declaramos:

a) La guarda y custodia de la menor Julia será compartida entre ambos progenitores, en ejercicio de la autoridad familiar.

b) Cada uno de los progenitores ostentará la custodia de la hija menor, por periodos mensuales.

c) El régimen de visitas del progenitor no custodio y el de reparto de fines de semana, permanencia intersemanal y periodos de vacaciones, así como el régimen de gastos extraordinarios, se llevará a cabo conforme al Plan de Relaciones Familiares presentado por el actor y acompañado a la demanda, a salvo de la posibilidad de que ambos progenitores, de común acuerdo, puedan modificar alguno de sus contenidos.

d) Dejamos sin efecto la pensión de alimentos que actualmente abona el recurrente a la demandada.

TERCERO.- No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

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.

SEXTO.- Esta sentencia es firme por ministerio de la ley y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO ILMO.
SR. D. JAVIER SEOANE PRADO**

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

anteriores, como el emitido en el RC 5/2016, al que me remito, y se resumen en señalar que la Sala, nuevamente en contradicción con el criterio sustentado en la instancia por las dos sentencias dictadas en ella y de la opinión sostenida en ella en el informe sicosocial, el Ministerio Fiscal y la opinión que la misma menor expresó en la exploración practicada ante el ponente en la alzada, actúa como tribunal de tercera instancia, y, sustituyendo el criterio discrecional del tribunal de apelación, decide aplicar como preferente el sistema de custodia compartida en ciega aplicación del art. 80.2 CDFA.

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2016 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 715/2015.

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 en Zaragoza a siete de septiembre de dos mil dieciséis.

NÚM. 18

S. TSJA 21/2016 de 14 de septiembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho

transitorio: *La Sala recuerda el régimen transitorio previsto en la DT 1ª de la Ley 2/2010 (DT 6ª CDEA), que duró un año desde el 8 de septiembre de 2010, durante el cual fue posible solicitar la revisión de la custodia individual establecida con anterioridad siendo causa suficiente para ello el solicitar la custodia compartida, sin necesidad de probar que se había producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al establecer la custodia individual. Pero transcurrido el plazo de un año de la citada DT, se requiere, conforme a los arts. 775 Lec. y 79.5 CDEA, una alteración de las circunstancias tenidas en consideración al acordar el régimen de custodia individual inicial que ahora se quiere cambiar (SSTSJA 3/10/2013 y 23/5/2014).*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 79.5, 80.2, DT 6ª CDEA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Los litigantes mantuvieron una relación sentimental de la que es fruto una hija menor de edad, Mónica, nacida el 14 de octubre de 2012.

2. Una vez cesó la convivencia, iniciaron un proceso judicial de guardia y custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales, en el que recayó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2013, aprobando el pacto de relaciones familiares consensuado. En dicho pacto se atribuye la guardia y custodia de la hija común a la madre, se fija el régimen de visitas y una pensión de 150 euros mensuales que debe abonar el padre por alimentos a la hija.

3. Por demanda que tuvo entrada en fecha 13 de noviembre de 2014 la madre, Dª Florina Cristina C., interesa la modificación de las medidas acordadas por la mencionada sentencia de diciembre de 2013, en lo que se refiere al régimen de visitas de fin de semana, supresión de las visitas intersemanales y reparto de las vacaciones escolares; así como el incremento de la pensión por alimentos a 300 euros mensuales.

4. A su vez, el padre, D. Sergio C. E., por escrito de demanda de fecha de entrada 20 de noviembre de 2014 —acumulada a la anterior— interesa se acuerde la custodia compartida, con la consiguiente modificación de la pensión alimenticia, puesto que cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de la hija común, y los extraordinarios al 50%.

5. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, en sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, se estima parcialmente la demanda presentada por la Sra. C., en el solo sentido de modificar el régimen de reparto de las vacaciones escolares y de comunicación entre ambos progenitores, desestimando la demanda acumulada interpuesta por el padre.

6. El recurso de apelación interpuesto por el Sr. C., en el que solicita la atribución de la custodia compartida y consiguiente modificación del régimen de alimentos, así como la reforma del régimen de reparto de las vacaciones escolares, es desestimado por la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 19 de abril de 2016.

SEGUNDO.- Fundamentación del recurso de casación.

7. El recurso de casación se interpone por la representación del Sr. C. al amparo del art. 477.2.3º y 3 LEC, por entender que presenta interés casacional al oponerse a la

doctrina jurisprudencia de este Tribunal. Se consideran infringidos los arts. 80, 77.3.c) y 79.5 CDFA.

8. En síntesis, el recurrente alega, partiendo del carácter preferente otorgado a la custodia compartida por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, actualmente plasmada en el art. 80 CDFA, que la sentencia recurrida y la de primera instancia infringen dicho precepto, puesto que solo puede acordarse la custodia individual cuando se acredite que esa es la solución más conveniente para el interés del menor y, en el presente caso, lo más beneficioso para la hija es el cambio de régimen de custodia, estableciendo la compartida, puesto que la actitud de la Sra. C. está perjudicando a la menor, al poner trabas a la relación con su padre, hecho que pretende acreditar con cita de la prueba documental aportada en el proceso.

Alega también, con mención de nuestra sentencia de fecha 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), que dado el carácter preferente de la custodia compartida, lo que debe probarse es que la individual satisface mejor el interés de la menor, no lo contrario, a diferencia de lo que concluye la sentencia recurrida.

Por último, afirma el recurrente que han variado las circunstancias que fueron tenidas en consideración al firmar el convenio regulador por el que se atribuía la custodia individual a la madre, por lo que, al no modificarse el régimen de custodia, se están vulnerando los arts. 77.3.c) y 79.5 CDFA.

TERCERO.- Preferencia de la custodia compartida y cambio de régimen de custodia.

9. Entrando a conocer sobre las alegaciones del único motivo del recurso, efecti-

vamente, tal como señala el recurrente, 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»*.

10. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial fundamenta la denegación del recurso de apelación en que *«la solicitud de custodia compartida viene a basarse en una serie de divergencias y desavenencias surgidas entre las partes lo que no constituye razón alguna para acceder a la solicitud del recurrente»*, añadiendo que *«habría que acreditar que el cambio de custodia pretendida sea más beneficiosa para la menor que el pactado en su momento en fecha reciente, nada de esto consta probado, ni se ha practicado prueba pericial psicológica ni solicitado por el recurrente para acreditar que el sistema de guarda solicitado sea más beneficioso que el*

pactado en su día (vigente el CDFA), tal como razona de forma adecuada el Juzgador de instancia, pretensión desestimatoria que de igual manera se extiende a la aplicación del período vacacional pretendido, dada la edad de la menor, la ausencia de prueba alguna que así lo aconseje, así como lo relativo a la pensión alimenticia, petición planteada por el apelante de manera correlativa a la solicitud de guarda y custodia compartida». Se observa que la sentencia recurrida parte de la inexistencia de prueba que justifique la conveniencia del cambio de régimen de custodia en interés de la hija menor, pasando de la individual pactada a la compartida.

Frente a este razonamiento judicial, entiende el recurrente que la sentencia infringe la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), que considera —dado el carácter preferente que el legislador atribuye al régimen de custodia compartida desde la Ley 2/2010— que éste no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente permite alterar dicho régimen legal. En esta sentencia se cita la de 9-04-12 (recurso 29/2011), en la que se dice: *«De modo que, se concluye, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última».*

Sin embargo, la sentencia mencionada, y otras con la misma doctrina, resuelven supuestos de hecho claramente diferentes al que aquí nos ocupa, pues en aquellos se revisa el régimen de custodia acordado por las partes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2010, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera establecida en dicha norma (actual Disposición Transitoria Sexta del CDFA). En esta disposición transitoria el legislador aragonés

parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permite que sea sometido a revisión el régimen de custodia, con sujeción a la adecuada valoración de las circunstancias concurrentes por parte de los tribunales, pero sin necesidad de que se haya producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción

En sentencias posteriores de esta Sala se aclara perfectamente esta doctrina para los supuestos en los que ya ha transcurrido el plazo de un año fijado en la Disposición Transitoria Primera, exigiéndose una alteración de las circunstancias tenidas en consideración al acordar el régimen de custodia inicial. Así, en la sentencia de 3-10-13 (recurso de casación 22/2013), entre otras, se dice:

«En consecuencia con tal normativa transitoria, durante el periodo indicado de un año desde el 8 de septiembre de 2010 se posibilitaba pedir la modificación del anterior régimen de custodia individual por el de custodia compartida sin necesidad de que estuviera presente el cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó inicialmente el régimen, como exige con carácter general el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Para hacer factible tal posibilidad de solicitud de cambio se optó por introducir, en el periodo indicado, como causa suficiente para justificar la petición de cambio de las medidas iniciales reguladoras de la crisis parental, el solicitar la custodia compartida en vez de la individual.

Consecuentemente, 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». En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 23-05-14 (recurso de casación 3/2014).

11. Por tanto, vigente la nueva regulación desde la Ley 2/2010, habiéndose pactado por los progenitores la atribución de la custodia a la madre en el pacto de relaciones familiares por considerarla más conveniente para la menor, para proceder a la modificación del régimen de custodia resulta necesario acreditar que concurren en la actualidad nuevas causas o circunstancias relevantes que aconsejen el cambio en interés de la hija común, tal como dispone el art. 79.5 CDFA, sin que sea posible valorar la conveniencia de uno u otro régimen como si nos encontrásemos ante la toma de la decisión inicial. Es en este último supuesto, o en el de aplicación de la mencionada disposición transitoria primera, cuando se desenvuelve con plenitud la doctrina según la cual, a falta de una prueba convincente de que la custodia individual satisface mejor el interés del menor, debe prevalecer la compartida, en atención a su preferencia legal.

CUARTO.- Concurrencia de causas o circunstancias relevantes que permiten la modificación del régimen de custodia.

12. Sentado lo anterior, debemos entrar a conocer si, en el presente caso, concurren esas causas o circunstancias relevantes que permiten la modificación del régimen de custodia.

A estos efectos debemos poner de manifiesto la diferente regulación del art. 79.5 CDFA, en los términos expuestos, frente al art. 91 CC, que admite la modificación cuando se alteren sustancialmente las cir-

cunstancias que fueron tenidas en consideración. Esta mayor flexibilidad de la norma aragonesa, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores, supone que no se trata tanto de acreditar una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la decisión inicial que fijó el régimen de custodia, como de constatar que esas circunstancias ya no satisfacen adecuadamente el interés del menor, por concurrir otras de la suficiente relevancia que justifican la modificación (STSJA de 23-05-14; recurso de casación 3/2014).

13. El recurrente entiende que han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al firmar el convenio regulador en el que se atribuía la custodia a la madre. Alega que, cuando se firmó, la madre quería favorecer en todo momento la relación de la hija menor con su padre, fijando un régimen de visitas que iba a ampliarse paulatinamente pero, actualmente, la madre pone todos los impedimentos que están a su alcance para dificultar la relación y visitas de la menor con su padre, creando una barrera infranqueable que perjudica e influye negativamente en la hija común.

Sin embargo, tanto la sentencia de instancia, como la de apelación que la confirma, señalan que en el proceso no se ha practicado prueba alguna que acredite los recíprocos reproches y acusaciones que se cruzan los progenitores, ni que el sistema de guarda solicitado por el padre sea más beneficioso para la menor que el acordado en su día. Es por ello que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, rechazando la nueva valoración probatoria que pretende el recurrente mediante la remisión a la prueba documental aportada en autos.

La mención reiterada que el recurrente realiza a la cláusula II del convenio regu-

lador, en la que se pactó que «*La guardia y custodia de la hija común se atribuye a la madre, con la que convivirá (o en su caso al padre, sin perjuicio de que quepa la posibilidad de convenir una guardia y custodia compartida)*», tampoco puede justificar la modificación peticionada, puesto que solo abre la puerta a un cambio de custodia consensuada por las partes, lo que no es el caso.

Por último, no puede considerarse como una causa o circunstancia relevante la diferencia de edad de la hija que media entre el momento es que se acordó la custodia individual por sentencia de 13 de diciembre de 2013, y el momento en el que se solicita la modificación de régimen, por demanda del hoy recurrente (acumulada a la presentada por la contraparte) de fecha 19 de noviembre de 2014, no habiendo transcurrido ni un año. Que la menor, nacida el 14 de octubre de 2012, tuviese catorce meses cuando se hizo cargo de la custodia la madre, y veinticuatro meses cuando se pide la modificación del régimen de custodia, carece de toda relevancia, puesto que resulta una diferencia de edad tan nimia que, por sí sola, no permite la modificación pretendida.

Lo expuesto lleva a concluir que no se han vulnerado por la sentencia recurrida los arts. 80.2, 77.3.c) y 79.5 CDFA, desestimándose el recurso de casación, tanto en su petición de cambio de régimen de custodia, como en el de alimentos y sustento de la hija, consecuencia de aquél.

QUINTO.- Costas.

14. Desestimado el recurso de casación, conforme al art. 398 de la LEC, el pago de las costas corresponde efectuarlo al recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado

el recurso, corresponde ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

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 interpuesto por la representación procesal de D. Sergio C. E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 19 de abril de 2016.

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

3. Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

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

NÚM. 19

S. TSJA 22/2016 de 15 de septiembre 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO INTERREGIONAL: Legislación sobre propiedad horizontal: La sentencia de apelación no ha infringido las normas de conflicto de leyes que invoca el motivo de casación (arts. 10.1 y 13 Cc.) al haber resuelto de acuerdo con la regulación contenida en la Ley de Propiedad Horizontal. No puede darse conflicto de leyes entre el Derecho civil foral y el estatal en aquellos ámbitos del Derecho civil al que no alcanza el Derecho civil propio. Como Aragón no tiene regulación propia

sobre propiedad horizontal, los conflictos que surjan en el seno de esta materia han de entenderse sujetos a la ley estatal de propiedad horizontal, cuyo régimen especial es de carácter imperativo y desplaza al resto del ordenamiento civil, que sería de aplicación tan solo con carácter supletorio (arts. 396 Cc, 2 LPH, SSTs 44/2008, 398/2009 306/2013 y 725/2014). Tampoco es de apreciar infracción del sistema de fuentes (art. 1 CDFA), pues la falta de regulación aragonesa en esta materia justifica la entrada de la ley estatal que se ocupa de ella.

84: SERVIDUMBRES: INMUEBLES EN PROPIEDAD HORIZONTAL: La modificación no puede perjudicar los derechos de otro vecino: *El art. 581 CDFA no ha sido infringido porque el piso de su propiedad privativa ya dispone de una conexión a la red común de desagüe, y es presupuesto de hecho para la aplicación de dicho artículo la inexistencia de tal conexión previa. Las normas de los arts. 556, 557 y 558 CDFA, que se ocupan del contenido de las servidumbres, no pueden servir de fundamento para excepcionar el régimen establecido en el art. 7 LPH aplicado por la sentencia recurrida, pues coinciden con él en impedir al recurrente cualquier alteración en los elementos del edificio que pueda perjudicar la propiedad de otro vecino. Ninguna de dichas normas permite al dueño de la finca dominante hacer modificación alguna que agrave la servidumbre en contra de lo dispuesto en el art. 543 Cc., de aplicación supletoria.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 10.1, 13 Cc., 1, 581 y 556 a 558 CDFA, 543 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado

En Zaragoza, a quince de septiembre de dos mil dieciséis.

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 29/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 31 de marzo de 2016 recaída en el rollo de apelación número 373/2015, dimanante de autos de procedimiento ordinario núm. 287/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, B., representado por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Jiménez Alfaro y dirigido por la Letrada D.^a Blanca Liédana de la Riva, frente a D.^a María Carmen C. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a Beatriz Utrilla Aznar y dirigida por la Letrada D.^a Eva M.^a Ruiz Pérez Delli-Paoli.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia núm. Veintiuno de Zaragoza, la Procuradora de los Tribunales D.^a Beatriz Utrilla Aznar, actuando en nombre y representación de D.^a María Carmen C. G., presentó demanda de procedimiento ordinario frente a la mercantil BIFORIS S.L. en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, «se dicte sentencia por la que:

1º.- Se declare que, a consecuencia de las obras llevadas a cabo en la vivienda del ... calle G. de Zaragoza, se han producido en la vivienda de la actora numerosas grietas y fisuras en toda la tabiquería, paredes y techos, así como una filtración de agua en el techo de uno de los dormitorios, despegue de rodapiés y figuraciones y particiones en la madera del suelo.

2º.- Se declare que a las obras de rehabilitación y modificación integral realiza-

das en la anteriormente citada vivienda del ... calle G., le es de aplicación el Código técnico de la Edificación y concretamente el documento básico DB-HR de Protección frente al ruido en su artículo 3.1.2.3.5 de condiciones mínimas de los elementos de separación horizontales.

3º.- Se declare que la propiedad de la vivienda del ... G. de Zaragoza ha alterado y agravado considerablemente la servidumbre de tubería de desagüe que soporta la vivienda de la actora en uno de los vértices superiores del baño, ocupando e invadiendo un volumen habitable propiedad de Doña María Carmen C. G.

Igualmente se declare que para la modificación de la servidumbre, la demandada ha rasgado indebidamente el forjado intermedio entre ambas viviendas (elemento común del edificio), que incide negativamente en la seguridad de personas y cosas de la vivienda de la actora, sin haber procedido a su correcta reparación una vez rasgado dicho forjado.

4º.- Se condene a la demandada a la reparación y subsanación, a su costa, de las deficiencias del apartado primero del presente suplico, y a la reparación y subsanación de la deficiencia del segundo párrafo del apartado tercero del presente suplico.

Subsidiariamente, al no constituir una obligación de hacer personalísimo, y solo para el caso de que la demandada no lleve a cabo personalmente dichas reparaciones y subsanaciones, se condene a dicha demandada a indemnizar a la actora con la cantidad de 6.898,50 €, con su correspondiente IVA y los intereses correspondientes desde la presentación de la presente demanda.

5º.- Se condene a la demandada a la estricta aplicación y observación en las obras realizadas en su vivienda, del Código Técnico de la Edificación, documento básico DB-HR de Protección frente al ruido en su artículo 3.1.2.3.5, dejando a la

vivienda de la actora, al menos, en las mismas condiciones de protección frente a ruidos provenientes de la vivienda superior que tenía con anterioridad a la realización de las obras, y a la estricta aplicación del código Técnico de la Edificación, en su Documento Básico HS 5, sobre evacuación de aguas.

6º.- Se condene a la demandada a cesar en la perturbación de la propiedad de la actora, eliminando los tubos y manguetones instalados en el espacio existente entre el falso techo de su baño y el forjado comunitario, restituyendo la situación a su estado original, mediante ejecución de las obras necesarias que se realizarán a su costa, absteniéndose de ejecutar instalaciones de esa clase en el futuro.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.»

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

Dentro de plazo, contestó a la demanda, con base en los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma, y solicitó que: «dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de los pedidos aducidos en la misma, con expresa condena en costas a la parte actora.»

El Juzgado de Primera Instancia núm. Veintiuno de Zaragoza, previos los trámites legales oportunos, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, dictó Sentencia en fecha 20 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D^a BEATRIZ UTRILLA AZNAR, en representación de D^a M^a CARMEN C. G., contra B., representada por el Procurador D. RAÚL JIMÉNEZ ALFARO, debo declarar y declaro

que se han producido en la vivienda de la actora fisuras en los falsos techos y paredes, como consecuencia de las obras llevadas a cabo en la vivienda del piso Calle G. de Zaragoza y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a la reparación y subsanación a su costa de las mismas o, subsidiariamente, al pago de la suma de 669,31 euros, más los intereses desde la fecha de la interposición de la demanda. Asimismo, se desestiman las demás pretensiones de la demanda y no se hace expresa imposición de las costas procesales.»

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Utrilla Aznar en nombre y representación de D.^a María del Carmen C. G., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Veintiuno de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, comparecidas las partes, dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.^a M.^a Carmen C. G. contra la sentencia de la que se deriva el presente rollo, la que se revoca en el sentido de condenar a la parte demandada a reponer la servidumbre a su mismo o equivalente estado anterior, suprimiendo la estructura de tuberías instalada en el falso techo de la vivienda de la demandante, devolviendo la situación a la preexistente, y todo ello sin hacer una especial imposición de las costas causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido para recurrir.»

CUARTO.- El Procurador Sr. Jiménez Alfaro en nombre y representación de B., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, con base a los siguientes:

«Motivo Primero: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 1.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, y artículos 10.1 y 13 del Código Civil.

Motivo Segundo: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 581 del Código de Derecho Foral de Aragón puesto en relación con los artículos 556, 557 y 558 del mismo texto, y el artículo 3 del Código Civil.»

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto de 23 de junio pasado en el que se acordó declarar la competencia de la Sala y la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto; conferido traslado a la contraparte, presentó su escrito dentro de plazo, en apoyo de sus pretensiones.

No habiendo sido solicitado por las partes la celebración de vista y no considerando la Sala necesaria su celebración, se señaló para Votación y Fallo el día 7 de septiembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en lo que ahora interesa se constriñe a resolver sobre la pretensión deducida por D.^a María del Carmen, propietaria del piso ... calle G., contra la mercantil B., que lo es del piso superior, ... del mismo inmueble, a fin de que se declare que dicha demandada ha alterado y agravado considerablemente la servidumbre de tubería de desagüe que soportaba aquélla por la ejecución de una obra de remodelación integral del piso superior, que incluía una nueva canalización del desagüe que discurría inicialmente por el falso techo del inferior. Pretensión cuyo fundamento jurídico se hacía recaer en los arts. 7

CC, 543 CC y 538 CDFA, a los que la demandada opuso las normas sobre servidumbres contenidas en los arts. 553 a 558 y 581 CDFA.

Los hechos, que no son objeto de disputa mediante el pertinente recurso por infracción procesal, son expuestos en la sentencia recurrida del siguiente modo:

«El segundo punto, el más dudoso en términos jurídicos, es que donde antes pasaba un tubo de fibrocemento ahora hay estructura de desagüe, de una doble «y» que recoge ahora un potencial y mayor caudal de las aguas residuales, pasando a ocupar un mayor volumen del falso techo del 3º izda y privativo de éste. Es esta ocupación el quid del proceso.

El informe del Sr. Gracia precisa con claridad la polémica: «la discusión es, pues, qué volumen o cantidad de espacio en el falso techo inferior se ocupa con esta instalación».

Debe precisarse que es un volumen privativo. Se ha sustituido una instalación obsoleta de fibrocemento por una de PVC que ofrece mayores garantías de estanqueidad y mejores prestaciones. En ese informe, (folio 263) y en su ampliación (f. 394 y 395) con relación a la situación preexistente (primera foto, f. 263, que sin ser la que es objeto de autos, puede representar una idea de la situación preexistente), se desvela la ocupación de un mayor volumen seciente a la colocación de esa estructura de tuberías.

[...]

Pero la nueva estructura, intrusión en bovedillas aparte, guarda desproporción con la verosímelmente preexistente y conlleva la ocupación de un volumen privativo que no tiene el deber jurídico de soportar el propietario del piso inferior.»

La sentencia de primer grado desestimó dicha pretensión con base a los artícu-

los 556 CDFA, 558 CDFA Y 581 CDFA arguyendo que:

«Sobre la servidumbre, debemos estar a lo dispuesto en los arts. 556 a 558 CDFA y fundamentalmente, a lo establecido en el art. 581 del mismo, que debe interpretarse en la forma que indica el art. 3 del CC, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, su espíritu y finalidad de las mismas. A la vista de la pericial del Sr. García, cuyo informe debe prevalecer frente al del Sr. Navarro Campos por los motivos anteriormente expuestos, la servidumbre de la red de saneamiento no se ha visto agravada por las obras de la demandada. El perito afirma en su informe que no se produce un cambio sustancial de la situación anterior, porque todas las instalaciones del edificio pasan por el techo del piso inferior, se ha renovado la instalación persistente con materiales actuales y mejores prestaciones, además considera que la instalación se ha hecho en un hueco del falso techo que no afecta al uso del piso inferior.»

Por el contrario, la de apelación da lugar al recurso acudiendo a lo dispuesto en el art. 7 LPH en los siguientes términos:

«Dispone el art. 7 de la LPH que «el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.»

La posibilidad de modificar el departamento privativo tiene pues ese límite de que no se perjudique a otro propietario. Y aquí el perjuicio acaece: se ocupa, en razón a esa estructura de tuberías un volumen y espacio privativo que excede lo que verosímelmente existía previamente, un

único tubo. La modificación sería tolerable si se hubiera cambiado ese tubo, aunque fuera de un mayor diámetro. Pero la nueva estructura, intrusión en bovedillas aparte, guarda desproporción con la verosímilmente preexistente y conlleva la ocupación de un volumen privativo que no tiene el deber jurídico de soportar el propietario del piso inferior. Por tanto la parte demandada tendrá que dar otra solución a la recogida de esas aguas residuales, de forma que se mantenga de manera equivalente la situación preexistente.»

El primero de los motivos de casación va dirigido a discutir la aplicación de la norma que sirve de fundamento a la decisión del tribunal de apelación, pues afirma que supone infracción de las reglas de determinación de la norma aplicable contenidas en los arts. 1.2 CDFA (sistema fuentes del derecho civil de Aragón) y arts. 10.1 y 13 CC (normas de derecho interterritorial).

El segundo de los motivos de casación afirma infracción del art. 581 CDFA en relación con el art. 556 a 558 CDFA, por cuanto sostiene que la actuación sobre el desagüe respeta las reglas sobre servidumbres explicitadas en dichas normas.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Selección de norma aplicable. Sistema de fuentes y derecho interterritorial.

Sostiene el motivo que la sentencia recurrida ha quebrado las reglas que gobiernan la determinación de la norma aplicable, pues la existencia de derecho civil propio impide la aplicación del art. 7 LPH seleccionado por la sala de apelación para la decisión del conflicto, y ello por infracción de normas de carácter y naturaleza diferente: las relativas al sistema de fuentes del derecho civil de Aragón (art. 1.2 CDFA), y las que regulan la convivencia de los diferentes derechos civiles existentes del territorio nacional (art. 10.1 y 13 CC). En puridad las dos infracciones debieron

haber sido articuladas a medio de diferentes motivos, dada la falta de homogeneidad que es de apreciar entre ellas.

En cuanto al derecho interterritorial, es de señalar que el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas es fragmentario, en tanto que no ocupa todo este ordenamiento, sino tan solo el que supone conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1.8ª CE), por lo que no puede darse conflicto de leyes entre este derecho y el estatal en aquellos ámbitos del derecho civil al que no alcanza el derecho propio.

Es el caso que, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, la aragonesa no dispone en su ordenamiento civil de regulación sobre propiedad horizontal, por lo que los conflictos que surjan en el seno de estas han de entenderse sujetos a la LPH, L 60/1996, de 21 de julio, como norma especial establecida para la regulación de esta forma de copropiedad.

Pues bien, no es discutido que el edificio en cuestión se halla dividido en la forma prevista en el art. 396 CC y arts. 1 y 2 LPH, por lo que su régimen jurídico es el que se ocupa de esta copropiedad especial, que desplaza al resto del ordenamiento civil, que sería de aplicación tan solo con carácter supletorio (Art. 396 CC, art. 2 LPH y SSTs n° 44/2008, de 23 de enero; 398/2009, de 28 mayo; n° 306/2013, de 25 de abril, sentencia esta última que confirma la SAP de Teruel n° 222/2009; y n° 725/2014).

En este sentido es de especial claridad la STS 221/2005 de 17 de Marzo de 2005 —con criterio que sigue la posterior STS n° 115/2007— que se expresa en los siguientes términos:

«En definitiva, la posible discusión sobre la aplicación de la Ley general a las comunidades, que tengan los requisitos del régimen de Propiedad Horizontal, carece ac-

tualmente de sentido, como ha aclarado el artículo 2 de la Ley 8/1999, de 6 de Abril, de modificación de la Ley 49/1960, de 21 de Junio; pues este precepto suple cualquier laguna legal, de tal forma que, de manera categórica, se puede concluir indicando que las repetidas normas son de carácter imperativo».

Y el de autos es un conflicto propio de los que surgen en los inmuebles en copropiedad horizontal. De lo que se trata es de la modificación por la demandada de los elementos del edificio, por lo que no podemos aceptar la afirmación que el recurrente desliza en el desarrollo del segundo motivo de que la sentencia de apelación haya desviado el debate desde *la servidumbre forzosa de acceso a red general a una mera cuestión de ocupación de finca ajena*. No se trata de una cuestión de servidumbre predial entre fundos separados pertenecientes a distintos propietarios, sino de la más compleja relación que surge entre los copropietarios en comunidad horizontal de un edificio construido de acuerdo con una singular y concreta disposición de sus diferentes elementos, que ha de ser respetada por todos los comuneros, y cuya modificación por uno de ellos en palabras de la STS 306/2013:

«[...]está sujeta a un doble requisito: a) la obligación de los propietarios de respetar los elementos comunes (artículo 9 LPH) y la consiguiente imposibilidad de realizar obras que comporten su modificación sin obtener el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios exigida para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos (artículo 16 LPH, en relación con el artículo 11 LPH aplicable en estos autos, y el artículo 12 LPH); b) como exige expresamente el artículo 7 LPH, que no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o se

perjudiquen los derechos de otro propietario (STS 17 de enero 2012).»

En consecuencia, la sentencia de apelación no ha infringido las normas de conflicto de leyes que indica el motivo (Arts. 10.1 y 13 CC) al haber resuelto de acuerdo con la regulación contenida en la LPH.

Tampoco es de apreciar infracción del sistema de fuentes establecido en el art. 1 CDFA, pues la falta de regulación de la propiedad de inmuebles divididos en régimen de comunidad horizontal en esta Comunidad Autónoma justifica la entrada de la ley estatal que se ocupa de ellos.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

TERCERO.- El segundo de los motivos de casación sostiene la infracción del art. 581 CDFA en relación con los arts. 556 a 558 CDFA.

En primer lugar, hemos de señalar que, como motivo de casación que es, el estudiado no puede discutir las afirmaciones de hecho realizadas por la sentencia recurrida, en particular la conclusión alcanzada por la Sala de apelación de que la modificación de su sistema de desagüe por el recurrente ha supuesto la invasión de un mayor volumen del espacio privativo del actor que la instalación originaria lo que supone un perjuicio para el actor.

En segundo lugar no podemos dejar de resaltar tampoco la contradicción que implica afirmar como norma aplicable la contenida en el art. 581 CDFA, que tiene por objeto la constitución de una servidumbre legal de desagüe a favor de la propiedad que *carezca de acceso a una red general de saneamiento o suministradora de agua, energía, tecnologías de la información y las comunicaciones y otros servicios*, al tiempo que se afirma que *en el caso dicha servidumbre no es 'ex novo' sino que ya estaba constituida*; y ello porque la segunda afirmación

elimina el presupuesto de hecho de aplicación del primero.

La actora en su demanda y la sentencia de primer grado en su fundamentación acuden a las normas rectoras de las servidumbres, mientras que la Sala de apelación, como vimos, se basa en la legislación especial de propiedad horizontal, y el motivo lo que pretende es reconducir el debate al ámbito en que fue resuelto en la primera instancia.

Es cierto que la jurisprudencia ha admitido la constitución de servidumbres y la aplicación supletoria de las normas que las rigen en el marco de las relaciones existentes entre comuneros en régimen de propiedad horizontal más allá de las establecidas en el art. 9.1.c LPH (STS 390/2014), pero para que pueda ser exigida una servidumbre legal, como lo es la de desagüe regulada en el art. 581 CDFA que se invoca en el motivo, es necesario que se den el caso los presupuestos de tipicidad indicados en la norma que la establece, y que no sean contrarias al régimen aplicable al inmueble sujeto a la ley especial, título constitutivo incluido, ni se invoquen con intento de eludirlo, dado el carácter imperativo que la jurisprudencia que ha quedado reseñada le ha reconocido. De ahí que la servidumbre legal de paso haya sido rechazada para resolver el espinoso problema del gravamen que ha de soportar un comunero en los supuestos de instalación de ascensor por falta del presupuesto de enclavamiento contemplado en el art. 564 CC (SSTS 351/2014 y 357/2014).

Si ello es así, difícilmente puede ser llamado el art. 581 CDFA a la solución del conflicto, pues, como paladinamente reconoce el recurrente en la exposición de las razones en que se basa el motivo, el piso de su propiedad privativa ya dispone de una conexión a las red común de desagüe, y es presupuesto de hecho para la aplicación de dicho artículo la inexistencia de tal co-

nexión previa, lo que excluye la posibilidad de que el mismo haya sido infringido por la sentencia cuestionada.

Sin duda por ello, el recurrente afirma la infracción de dicha norma en relación con otros preceptos del Código que se ocupan del contenido de las servidumbres, como son los artículos 556, 557 y 558 CDFA, pero no explica en cambio el recurrente la razón por la que extrae de dichos preceptos la facultad de hacer las variaciones en su sistema de desagüe que afectan a la configuración física del inmueble y las instalaciones con las que cuenta con incremento de ocupación de la propiedad privativa perteneciente al dueño del piso inferior por donde la servidumbre discurre con perjuicio para este.

Ninguna de dichas normas permite al dueño de la finca dominante hacer modificación alguna que agrave la servidumbre en contra de lo dispuesto en el art. 543 CC, de aplicación supletoria de acuerdo con el art. 1.2 CDFA, conforme al que:

«El dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa».

Por el contrario, del conjunto de dichos preceptos tan solo se desprende el derecho al y uso mantenimiento de la servidumbre en los términos en que se hallaba establecida, y la exigencia de su ejercicio de modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente sin perjuicio de su utilidad para el dominante, y es este sentido puede ser citada la sentencia de esta Sala n° 36/2014 en la que decíamos, con la finalidad de fijar el alcance de los preceptos generales sobre la servidumbres contenido en el CDFA, lo que sigue:

«En la regulación del CDFA el artículo 557 (ejercicio civiliter) exige un ejercicio de las servidumbres de la forma más adecuada

para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente. El artículo 558 permite al titular de la finca dominante la realización, a su costa, de las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre, impidiendo al titular de la finca sirviente (apartado 4) la realización de ninguna obra que perjudique o dificulte el ejercicio de la servidumbre. El artículo 560 permite al propietario de la finca sirviente, si el ejercicio de la servidumbre le resulta excesivamente gravoso o incómodo, exigir las modificaciones que crea convenientes en la forma y el lugar de la prestación de la misma, siempre que no disminuyan su valor y utilidad.»

Por ello, dichas normas no pueden servir de fundamento para excepcionar el régimen establecido en art. 7 LPH aplicado por la sentencia cuestionada, pues coinciden con él en impedir al recurrente cualquier alteración en los elementos del edificio que puedan perjudicar la propiedad de la actora.

En consecuencia, procede también la desestimación de este segundo motivo.

CUARTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC y del depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2016 dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo de Apelación nº 373/2015, que confirmamos.

2. Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha interpuesto.

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

NÚM. 20

S. TSJA 23/2016 de 5 de octubre de 2016

718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: Fideicomiso de residuo: *En un testamento mancomunado con institución recíproca de herederos, con libertad de los otorgantes de revocarlo libremente, tanto viviente, como fallecido el otro otorgante, se contiene una cláusula, titulada «fideicomiso de residuo», que dice así: «De los bienes todos (de cualquier procedencia) que quedaren y de los que no haya dispuesto el sobreviviente de ambos hoy testadores, se formarán dos masas (cada una de ellas con la mitad de ese as hereditario). Y cada una de ella la recibirán los parientes más próximos, entonces vivientes de cada uno de los hoy testadores. Si alguna de esas ramas hubiere totalmente desaparecido, la otra rama quedará llamada a heredar todos los bienes». La sentencia de primera instancia considera que el sobreviviente sólo puede disponer entre vivos y que todo lo que tenga a su muerte debe partirse como dice el fideicomiso de residuo. La sentencia de la Audiencia permite a la testadora sobreviviente disponer por causa de muerte de los bienes no heredados de su esposo. La parte demandada (y perjudicada por estas interpretaciones) no presenta recurso de casación. El TSJA estima el recurso de las demandantes (parientes del primer testador fallecido).*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 416 CDF.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es causa básica del presente procedimiento y recurso la interpretación del testamento mancomunado otorgado el día 26 de marzo de 1985 por los

esposos D. Octavio y D.^a Isidora , sin descendencia y de vecindad aragonesa. Tal testamento contenía cuatro cláusulas del tenor literal siguiente:

«PRIMERO.- *DISPOSICIONES FUNERARIAS Y PIADOSAS*. Uno y otro desean ser sepultados canónicamente y juntos, debiendo enterrárseles en el cementerio de Torre-ro de Zaragoza, a ser posible, con independencia de cuál pueda ser el lugar en que respectivamente fallezcan. Y se encomiendan uno a otro que, por el eterno descanso del alma del que primero fallezca haga celebrar, el supérstite sin tardar, los oportunos sufragios. E igual disposición, hace el que sobreviva a cargo de quien o quienes resulten sus herederos.

SEGUNDO.- INSTITUCIÓN DE HEREDEROS RECÍPROCOS. Ambos testadores se nombran, uno a otro herederos universales. Con plena libertad en el supérstite para disponer de todos los bienes que herede del que primero muera de ambos.

TERCERO.- LIBERTAD DE REVOCACIÓN INDIVIDUAL. Dado que no se contienen disposiciones correspectivas en este testamento, cada uno de los otorgantes puede revocarlo libremente, tanto viviente, como fallecido el otro hoy otorgante.

CUARTO.- FIDEICOMISO DE RESIDUO. De los bienes todos (de cualquier procedencia) que quedaren y de los que no haya dispuesto el sobreviviente de ambos hoy testadores, se formarán dos masas (cada una de ellas con la mitad de ese as hereditario). Y cada una de ellas la recibirán los parientes más próximos, entonces vivientes de cada uno de los hoy testadores. Si alguna de esas ramas hubiere totalmente desaparecido, la otra rama quedará llamada a heredar todos los bienes».

Al momento del fallecimiento del esposo D. Octavio (ocurrido el día 12 de julio de 2004) él tenía una hermana de doble vínculo, parte demandante y ahora recurrente,

llamada D.^a Teodora, y una sobrina, también demandante y ahora recurrente, llamada D.^a Debora , hija de la hermana de doble vínculo de D. Octavio, y premuerta a él, D.^a Dolores .

Cuando fallece la esposa D.^a Isidora , el día 20 de febrero de 2014, le sobrevivió su hermana de vínculo sencillo D.^a Palmira, parte demandada y ahora recurrida.

Fallecido D. Octavio en la fecha ya antes indicada de 12 de julio de 2004, D.^a Isidora aceptó la herencia de su esposo el día 16 de abril de 2009, sin otra reserva que la del «beneficio del Fuero» y dio por disuelta y liquidada la comunidad conyugal habida por razón de su matrimonio con el causante. Consecuente con tal aceptación, se adjudicó el pleno dominio de un bien inmueble sito en Zaragoza que declaró era el único bien común o consorcial del matrimonio, y lo hizo en una mitad indivisa como pago de su participación consorcial y en la restante mitad indivisa por título de herencia.

Según consta en el Certificado de Actos de Última Voluntad de la parte demandada, la difunta D.^a Isidora otorgó dos testamentos después del fallecimiento de su esposo D. Octavio: uno el día 15 de junio de 2006, y otro el día 10 de octubre de 2011. No consta en las actuaciones el contenido del testamento de 15 de junio de 2006 ni ha sido comunicado por las partes el contenido de sus cláusulas. Sí consta, en cambio, el contenido del segundo testamento otorgado, el de 2011, cuyas tres cláusulas, literalmente disponen:

«PRIMERA.- Declara que es viuda de sus únicas nupcias, contraídas con Don Octavio, y que carece de descendencia, por lo que puede disponer libremente de sus bienes. También manifiesta estar sujeta a la vecindad civil aragonesa. Y que no ha otorgado con anterioridad a este acto testa-

mento mancomunado alguno con persona distinta de su premuerto esposo.

SEGUNDA.- Nombra e instituye heredera universal a su hermana de vínculo sencillo Palmira, con sustitución vulgar a favor de su descendencia.

TERCERA.- Revoca y anula cualquier otra disposición de última voluntad otorgada con anterioridad al presente testamento».

SEGUNDO.- Producido el fallecimiento de D.^a Isidora, su hermana de vínculo sencillo y demandada, D.^a Palmira, otorgó el día 20 de noviembre de 2014 Escritura Pública de aceptación de la herencia de D.^a Isidora, en los términos que entendía le correspondían conforme al testamento otorgado por la causante el día 10 de octubre de 2011, cuyas cláusulas han sido antes transcritas. En virtud de la aceptación como única heredera se adjudicó el pleno dominio de todos los bienes que pertenecían a la fallecida D.^a Isidora.

Las demandantes ya citadas, D.^a Teodora y D.^a Debora consideran que conforme al testamento mancomunado antes transcrito en lo esencial, y otorgado el día 26 de mayo de 1985 por los cónyuges D. Octavio y D.^a Isidora, debe declararse el derecho hereditario de ambas demandantes a la mitad de los bienes todos (de cualquier procedencia) que quedaren y de los que no hubiera dispuesto por actos inter vivos D.^a Isidora en el periodo en que sobrevivió a su esposo y causante D. Octavio y que, en consecuencia, es nulo el testamento que otorgó D.^a Isidora el 20 de octubre de 2011, así como la Escritura Pública de partición y adjudicación de herencia que hizo la demandada D.^a Palmira al entenderse heredera de todos los bienes de D.^a Isidora.

Frente a ello, D.^a Palmira argumentó en su contestación a la demanda que D.^a Isidora podía disponer también mortis causa de los bienes que recibió de su difunto esposo. Además de que, al haber revocado D.^a Isido-

ra el testamento mancomunado de 1985 quedó sin efecto la cláusula antes transcrita encabezada bajo el epígrafe «Fideicomiso de residuo». En consecuencia, solicitó la desestimación íntegra de la demanda.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Zaragoza dictó sentencia el día 12 de junio de 2015 en la que estimó la demanda presentada. De modo que acordó el derecho hereditario de las actrices a la mitad de los bienes que quedaren y de los que no hubiera dispuesto D.^a Isidora al tiempo de su fallecimiento, los que se distribuirían conforme al testamento otorgado por D. Octavio y D.^a Isidora el día 26 de marzo de 1985. Esto es, atendiendo a la cláusula que recogía antes citada encabezada con el término «FIDEICOMISO DE RESIDUO».

Asimismo la sentencia declaró la nulidad del testamento otorgado por D.^a Isidora el día 10 de octubre de 2011.

Apelada la anterior sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó a su vez sentencia de 8 de febrero de 2016, ahora recurrida en casación, en la que estimó parcialmente el recurso de apelación.

En primer lugar, declaró el derecho hereditario de las demandantes D.^a Teodora y D.^a Debora a la mitad de los bienes que quedaren de D. Octavio y de los que no hubiera dispuesto por actos inter vivos D.^a Isidora.

En segundo lugar, mantuvo la validez del testamento otorgado por D.^a Isidora el día 10 de octubre de 2011, si bien declarando su ineficacia en lo referente a la disposición testamentaria de los bienes que heredó de D. Octavio, y manteniendo la validez de la disposición respecto de los bienes no heredados de su fallecido esposo propios de la causante.

En tercer lugar, declaró la nulidad de la Escritura Pública de adjudicación de la herencia otorgada por D.^a Palmira el día 20 de noviembre de 2014.

En conclusión, por tanto, las demandantes pasan a heredar la mitad del patrimonio de D. Octavio en la forma que quedara al fallecer D.^a Isidora y la demandada el resto, esto es, la otra mitad del patrimonio de D. Octavio y toda la herencia de D.^a Isidora .

CUARTO.- Frente a la anterior sentencia de la Audiencia Provincial ha sido interpuesto el recurso de casación que ahora se resuelve por la parte demandante, y que fue parte recurrida en apelación. Cabe significar ahora que la parte demandada y que había sido recurrente en apelación no presentó recurso de casación en tiempo y forma, aunque, luego, en su oposición al recurso de casación de la contraparte efectúa solicitud de casación y modificación de lo acordado por la sentencia de la Audiencia Provincial, como si de parte recurrente se tratara. En concreto, en el suplico de su escrito de oposición al recurso solicita, literalmente:

«Suplico a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón: Tenga por presentado este escrito con su copia. Se sirva admitirlo. Y, a su vista, al amparo del art. 485 párrafo 1º de la Ley Rituaria Civil tenga por formulada Oposición al Recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de Dña. Teodora y Dña. Debora contra la Sentencia dictada por la Sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza el 08 de febrero de 2016 (aclarada por medio de Auto de 15 de marzo). Casando la citada resolución en su totalidad y declarando la total validez del testamento otorgado por Dña. Isidora el 10 de octubre de 2011 en estado de viuda ante el notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero y, consecuentemente, el íntegro derecho hereditario de mi mandante. Con

expresa condena en costas a la recurrente en casación».

La formulación de la pretensión expuesta hecha por la parte recurrida no cabe admitirla, ya que, conforme resulta de lo recogido en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte recurrida puede formalizar su oposición al recurso presentado por la contraparte, pero queda reservado sólo al recurrente, según los artículos 477 y 481 de la misma Ley, exponer los fundamentos por los que entiende que la resolución recurrida ha infringido preceptos aplicables para resolver la cuestión y, en consecuencia, solicitar la casación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- El motivo único de recurso lo fundamenta la parte demandante en la infracción del artículo 416 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDEFA en adelante), pues considera que la sentencia recurrida comete un error de interpretación al no respetar la voluntad manifestada por D. Octavio en el testamento otorgado de mancomún el día 26 de marzo de 1985. En concreto, argumenta que conforme a la voluntad conjunta de ambos testadores, al fallecer D.^a Isidora debe ser aplicada en su literalidad la cláusula cuarta del testamento que estableció el fideicomiso de residuo, con correlativa declaración de nulidad del testamento otorgado luego por D.^a Isidora en contradicción con el mancomunado. O, subsidiariamente, caso de considerar válido el testamento otorgado por D.^a Isidora , que se declare totalmente ineficaz la disposición otorgada en su momento por D. Octavio en el testamento mancomunado, con consiguiente apertura de la sucesión legal de él y consideración del derecho de sus herederos a todos los bienes de D. Octavio que quedaren al tiempo de fallecer D.^a Isidora .

Por tanto, el recurso no combate la totalidad de lo expuesto en la sentencia de instancia, sino que centra su impugnación

tan solo en las conclusiones obtenidas en ella al tiempo de valorar el alcance y efectos de la disposición de bienes, y simultánea revocación, que D.^a Isidora hizo en su testamento del día 10 de octubre de 2011 respecto de la voluntad conjunta y pactada en el testamento mancomunado otorgado el día 26 de marzo de 1985, pues las demandantes y ahora recurrentes consideran incorrecto el pronunciamiento de la sentencia exclusivamente en la medida en que declaró que ellas tienen derecho a la mitad del patrimonio hereditario de D. Octavio, cuando entienden que su derecho alcanza bien a la mitad de todo el patrimonio conjunto de D. Octavio y D.^a Isidora existente cuando D.^a Isidora fallece, bien a todo el patrimonio de D. Octavio que restaba en el mismo momento del óbito de D.^a Isidora y del que ella no hubiera dispuesto antes de morir.

SEXTO.- La sentencia recurrida recoge en la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho (FD en adelante) octavo las razones que le conducen a considerar la compatibilidad de la cláusula segunda con la cuarta del testamento mancomunado de 1985. Expone que ambas, incardinables en la libertad del testador, no son especialmente difíciles de armonizar. Y concluye que «no se atisba a comprender la razón por la que es contrario al principio de libertad civil el pacto que establece un fideicomiso de residuo» y que es incontestable que «un aragonés pueda disponer de su sucesión estableciendo un orden sucesorio sucesivo, y que lo pueda hacer conforme a su voluntad, otorgando el fiduciante al fiduciario las facultades dispositivas que estime convenientes, sólo inter vivos, a título oneroso o gratuito, o también mortis-causa».

Luego, en el FD noveno, al tratar sobre la relación entre la posibilidad de disposición mortis causa del fiduciario y la existencia del fideicomiso de residuo, recoge el

rechazo de la pretensión de la parte recurrente que, según la sentencia, pretendía expulsar toda una cláusula (la cuarta) del testamento, para concluir que la literalidad de la expresión empleada de «fideicomiso de residuo» no desvela una voluntad diferente a «la literalidad de la expresión, entendiendo esa literalidad (...) en su consideración jurídica, no ya usual sino unánimemente aceptada en nuestra cultura jurídica».

Estas consideraciones no han sido objeto de impugnación por las partes ni, especialmente, por la ahora recurrente, por lo que, en virtud de la obligada congruencia de esta sentencia con la causa del recurso presentado, deben ser respetadas.

SÉPTIMO.- A pesar, sin embargo, de las conclusiones obtenidas por la sentencia respecto de las posibilidades que brindaba la libertad de testar, de la consiguiente obligación de respeto de lo dispuesto por el testador, y de la validez plena que reconoce a la cláusula fideicomisaria establecida, después, en el FD décimo, estimará que la aplicación de lo previsto respecto de la revocabilidad del testamento en los artículos 406.3 y 421 del CDFA (referentes a posibilidad de revocación del testamento mancomunado) junto con la falta de corespectividad de las cláusulas testamentarias que recoge el propio testamento dan lugar a concluir que «nada podía impedir que D.^a Isidora dispusiera de sus propios bienes no heredados de su fallecido esposo D. Octavio».

Esta conclusión contraría la literalidad reconocida antes a la cláusula fideicomisaria y, con ello, altera sin justificación la voluntad manifestada por ambos testadores de mancomún respecto del orden sucesorio que correspondía a sus bienes, pues la posibilidad de modificación del fideicomiso no fue la literalmente acordada en lo establecido, ni es la que corresponde a los

efectos legales propios del fideicomiso que recoge el artículo 784 del Código Civil como producidos desde que falleció D. Octavio y se abrió su sucesión.

Por el contrario, si se respeta el acuerdo de fideicomiso, en coherencia con ello debe estarse íntegramente a lo pactado en él. No existe razón para admitir sólo parcialmente lo que ambos otorgantes acordaron. Declarada la vigencia de la cláusula fideicomisaria, debe ser atendida en la integridad en que fue pactada dentro del principio de libertad de testar, sin distinguos o fraccionamientos de lo claramente fijado en ella y que modifiquen los efectos propios de lo que en él se pactó y debe ser respetado.

De modo que, en contra de lo que concluye la sentencia recurrida, todos los bienes tanto de D. Octavio como de D.^a Isidora quedaron comprometidos en la sustitución fideicomisaria. Por ello, tal y como se pactó, al tiempo de distribuir los bienes de la herencia debe partirse de la existencia de una sola masa patrimonial (el as hereditario único) integrada por los patrimonios de D. Octavio y D.^a Isidora existentes al tiempo de fallecimiento de ella. Tal masa debe ser dividida en dos partes, para que reciban una mitad los parientes más próximos de D. Octavio vivientes al tiempo del fallecimiento de D.^a Isidora, y la otra la que D.^a Isidora nombró heredera suya, D.^a Palmira.

Procede por tanto estimar el recurso interpuesto y casar la sentencia recurrida en lo que declaró el derecho hereditario de las actoras sólo respecto de la mitad de los bienes que pertenecieran al patrimonio de D. Octavio para, en su lugar, asumiendo la instancia, acordar que el derecho hereditario de los demandantes lo es a la mitad del total de los patrimonios de D. Octavio y D.^a Isidora, en la forma arriba recogida y como resulta de la literalidad de la cláusula

fideicomisaria establecida en el testamento mancomunado de 1985.

Esta declaración conlleva a su vez la ineficacia de la disposición testamentaria segunda otorgada por D.^a Isidora en testamento otorgado el día 10 de octubre de 2011. Pero no en su integridad, porque si D.^a Isidora tenía limitada por el fideicomiso su posibilidad de disposición de bienes, no quedaba, sin embargo, vinculada en la designación de sus propios herederos. Por ello, es válido y eficaz que, en lugar de llamar a su herencia a sus parientes más próximos, como hizo en 1985, decidiera nombrar heredera a su hermana D.^a Palmira. En consecuencia, la ineficacia de la cláusula lo es tan solo respecto de la disposición que hace de todos sus bienes al instituir la heredera universal, pues, por lo ya dicho, no podía disponer de los bienes sujetos al fideicomiso.

Las consideraciones expuestas determinan la nulidad íntegra de la Escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada el día 20 de noviembre de 2014 por D.^a Palmira, dado que en tal acto se consideraron bienes sobre los que D.^a Isidora podía disponer aquellos que estaban vinculados por el fideicomiso.

OCTAVO.- Dada la complejidad jurídica de la cuestión suscitada y la estimación del recurso de casación interpuesto, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en el recurso de casación, en aplicación de 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: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación pro-

cesal de D.^a Teodora y D.^a Debora contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día ocho de febrero de 2016, que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO: En su lugar, estimando parcialmente la demanda presentada por la parte recurrente antes citada, acordamos:

1.- Declarar el derecho hereditario de las demandantes D.^a Teodora y D.^a Debora, como familiares más próximas de D. Octavio a la mitad de los bienes de cualquier procedencia que conformen la masa hereditaria integrada por los patrimonios del citado y de su esposa fallecida D.^a Isidora, y de los que ésta no hubiera dispuesto por actos inter vivos.

2.- Declarar ineficaz la disposición testamentaria segunda del testamento otorgado por D.^a Isidora el día 10 de octubre de 2011 ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero, en la medida en que dispuso de bienes sujetos al fideicomiso pactado con D. Octavio en el testamento del día 26 de marzo de 1985 otorgado ante el Notario de Zaragoza.

3.- Declarar nula la Escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada por D.^a Palmira el día 20 de noviembre de 2014 ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero.

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, 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 conyuntural, o esporádico. 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 beneficiosas.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 79.5 CDFA y 775.1 Lec.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Julio recurre en casación la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimó su apelación contra la sentencia por la que el Juzgado rechazó la demanda en la que pretendió la modificación de la pensión alimenticia de 500 € (hoy actualizada a 511,27 €) fijada como contribución al sustento de su hijo Eduardo, nacido el día 29 de agosto de 1992 en el seno de su matrimonio con la recurrida, D.^a María Emilia, en la sentencia de divorcio de fecha 11 de noviembre de 2010.

NÚM. 21

S. TSJA 24/2016 de 14 de octubre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MODIFICACIÓN DE MEDIDAS: Doctrina consolidada: De acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013 y 17/2013) en interpretación de lo dispuesto

SEGUNDO.- Como único motivo de casación se afirma que la sentencia recurrida infringe el art. 82.2 CDFA porque hace abstracción de las efectivas disponibilidades económicas del recurrente obligado a la prestación alimenticia.

El motivo pasa por alto la razón por la que las sentencias de ambas instancias desestimaron las pretensiones que el recurrente mantuvo en ellas, que no es otra que la de que no concurre el cambio de circunstancias que permite la modificación de las medidas acordadas en una sentencia matrimonial firme.

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, lo que, por otra parte, tampoco es alegado por el recurrente en ninguno de sus escritos procesales, en los que omite toda pormenorización de las circunstancias que a su entender han variado desde el momento en que la medida cuestionada fue establecida en la previa sentencia de divorcio.

En definitiva, la sentencia recurrida difícilmente puede haber incurrido en la infracción del art. 82.2 CDFA, por la sencilla razón de que no lo ha aplicado, pues 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.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

TERCERO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 5ª LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 4

de mayo de 2016 dictada por la AP de Zaragoza en el rollo nº 713/2015.

2. Imponer las costas a la parte recurrente.

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

22

NÚM. 22

S. TSJA 25/2016 de 14 de octubre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Obligación de fijar un límite temporal cierto: *Se rechaza el recurso por infracción procesal al entender que no hay incongruencia interna en la sentencia recurrida (SSTS 14/9/2011 y 15/2/2005). El art. 81.3 CDFA establece la obligación de fijar un límite temporal cierto (STSJA de 4/1/2013). En el presente caso la ampliación del uso de la vivienda hasta su efectiva venta (en aplicación del art. 394 Cc.), desnaturaliza la exigencia legal de fijación de un límite temporal cierto a la atribución del uso de la vivienda familiar, puesto que dicho uso quedará 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 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 vicisitudes que no dependen, exclusivamente, de la voluntad de los vendedores.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 81.3 CDFA y 394 Cc.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 1 de octubre de 2015, en aplicación del art. 81.3 CDFA se limitó el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha en la que debía desalojarla con la finalidad de facilitar la negociación sobre su uso en condiciones de igualdad entre las partes, según dispone la resolución.

2. La sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 10 de mayo de 2016, en su fundamento de derecho cuarto, considera «razonable y adecuada la limitación temporal que fija la Sentencia apelada, que por ello se confirma». Sin embargo, a continuación, estima la petición subsidiaria de la esposa para, una vez llegue el 31 de diciembre de 2017, proseguir en la vivienda que ocupa hasta que se logre su efectiva venta. Se afirma en la sentencia que «*tratándose de bienes en comunidad o copropiedad, en los que por más que haya cesado el uso atribuido a uno ambos titulares tienen el derecho de propiedad sobre la cosa, el art. 394 C.C. dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, disponiendo de ellas conforme a su destino y sin perjudicar el interés de la comunidad, ni impedir a los copartícipes utilizarlas según su derecho, debiendo ser, pues, por la normativa propia del régimen de comunidad por las que se rija el uso en cuestión*».

La petición subsidiaria de la Sra. M. se fundamentaba en el recurso de apelación en sus menores ingresos y en la mayor necesidad de ocupar la vivienda frente a su esposo.

En el fallo, la sentencia revoca en parte la dictada en primera instancia, acordando que «*una vez finalizado el uso de la vivienda, podrá la Sra. M. seguir el uso de la misma hasta su efectiva venta, debiendo tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la misma*».

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.

3. Al amparo del art. 469.1, 2º y 4º LEC, se alega por el recurrente la infracción del art. 218.2 LEC, en relación con los arts. 248.3 LOPJ y 24 CE.

Entiende el recurrente que la sentencia incurre en el vicio de incongruencia interna, puesto que, por una parte, confirma la sentencia de primera instancia, que fija una fecha concreta para la finalización de uso de la vivienda por la esposa (31 de diciembre de 2017) y, por otra, extiende este uso por un período indeterminado, puesto que la efectiva venta de la vivienda dependerá de numerosos factores, entre los que se incluye la propia voluntad de la usuaria de la vivienda conyugal.

4. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha delimitado los contornos de la denominada incongruencia interna, entendiéndose por tal la contradicción entre los fundamentos de derecho de la sentencia y su fallo o, también, cuando esta contradicción afecta a los diversos pronunciamientos del fallo.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2011, con mención de la de 15 de febrero de 2005 y otras anteriores, señala:

«Como excepción a la norma general que exige que la incongruencia se manifieste por una discordancia entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y lo pedido en el suplico de la demanda, la doctrina de esta Sala, recogida en las sentencias citadas en el motivo de 25 de mayo de 1990 y 18 de octubre de 1996, permite apreciar incongruencia atendiendo a la contradicción existente entre la fundamentación de la sentencia y su parte dispositiva, doctrina que se reitera en la sentencia de 18 de diciembre de 2003, según la cual «la incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como

consecuencia de la argumentación decisiva —«ratio decidendi»— y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos. Para que se produzca esta segunda modalidad de incongruencia interna será preciso que la contradicción sea clara e inquestionable, pues en otro caso, prevalece el fallo, sin perjuicio de que la obscuridad en el razonamiento pueda servir de sustento a otro vicio de la sentencia distinto de la incongruencia».

5. Sin embargo, en el presente caso no nos encontramos, propiamente, con una contradicción entre los razonamientos recogidos en los fundamentos de derecho de la sentencia y su plasmación en el fallo o, por decirlo con otras palabras, las conclusiones a que conducen los razonamientos jurídicos del fundamento de derecho cuarto se corresponden con lo acordado en el fallo. Así, si bien estima adecuada la limitación temporal al uso de la vivienda familiar fijada en la sentencia apelada en aplicación del art. 81.3 CDFA, la revoca parcialmente para acordar que la Sra. M. continúe ocupando la vivienda hasta su efectiva venta, en aplicación del régimen de uso de la cosa común regulado en el art. 394 CC que la sentencia de segunda instancia entiende procedente.

Por ello, debe rechazarse el recurso por infracción procesal, centrando la cuestión debatida en la posible infracción de los arts. 81.3 CDFA y 394 CC alegada en la casación.

TERCERO.- Recurso de casación: atribución temporal del uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFA).

6. Se interpone el recurso al amparo de los arts. 477.2.3º y 477.3 LEC, así como de los arts. 2 y 3.1 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, al considerar que la resolución del recurso presenta interés casacional, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina sentada por esta Sala. Se alegan como infringidos el art. 81.3 CDFA y el 394 CC.

7. El recurrente afirma que, frente a la fijación por la sentencia de primera instancia de un límite temporal al uso de la vivienda familiar en la fecha del 31 de diciembre de 2017, la resolución recurrida, al ampliarlo hasta que se proceda a la efectiva venta del inmueble, desnaturaliza ese límite temporal y lo convierte en un período indeterminado, que depende de la discrecionalidad de la propia ocupante, puesto que su intervención resulta imprescindible para proceder a la venta del piso.

8. El art. 81.3 CDFA, que se estima infringido por el recurrente, dispone que: «La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia».

Esta misma Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la obligación que establece el citado precepto de fijar un límite temporal cierto para la atribución del uso de la vivienda familiar. Así, en la sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso de casación 35/2012), referida a un supuesto en el que la sentencia recurrida acordaba que, transcurrido el plazo temporal de nueve años, cualquiera de las partes podría instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la vivienda familiar, decíamos:

«Lo que la ley ordena en este particular es que el Juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes: por un lado al favorecido con la atribución del uso, quien de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones para cuando llegue ese momento, tales como búsqueda de otro alojamiento, o evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si, como en el caso que nos ocupa, ambos son coti-

culares del inmueble, etc. Y, por otro lado, conviene también al que se ve privado del uso del bien, que no sólo podrá también ponderar esas posibilidades, sino que sabrá que podrá venderse libre de esa carga a partir de una determinada fecha. Esto no se consigue con el pronunciamiento de la sentencia recurrida (que confirmó íntegramente la de primera instancia que a su vez incluyó el inciso del que la parte disiente) ya que deja en la indefinición el límite temporal con ese añadido tan innecesario como perturbador».

9. 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.

10. 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 conducentes 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.

CUARTO.- Costas.

11. Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, por la estimación del recurso de casación 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. Alberto B. R.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto parcialmente, la sentencia de fecha 10 de mayo de 2016, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 752/2015, tan solo en lo relativo a la supresión de la referencia contenida en el fallo de que, una vez llegue el 31 de diciembre de 2017, «podrá la Sra. M. seguir el uso de la misma hasta su efectiva venta, debiendo tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la misma». De tal manera que se confirma lo resuelto por la sentencia de 1 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza, en los términos del apartado 4 de su fallo, relativo al uso de la vivienda familiar: «La atribución del uso cesará el último día de diciembre de 2017. La finalización del plazo llevará consigo el desalojo de la vivienda, salvo pacto en contrario».

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

Con devolución del depósito constituido.

NÚM. 23

A. TSJA de 28 de octubre de 2016

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE INVENTARIO: Recurribilidad en casación: La Sala ha venido siguiendo el criterio del TS sobre la irrecurribilidad de la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial en incidente de oposición a la formación de inventario, por entender que no constituye una segunda instancia (ATSJA de 15/2/2013). Pero se ha producido un cambio de criterio en el TS, que aparece en Autos de 9 de marzo, 6 de julio y 28 de septiembre de 2016, conforme a los cuales «... la doctrina de la irrecurribilidad queda superada a

partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación n° 2459/2013 ... La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809 Lec.) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810 Lec.) desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario».

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 477, 808, 809 y 810 Lec.

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

Zaragoza a veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D.^a Cristina Plumed Marco, actuando en nombre y representación de D.^a Carmen F. B., por designación de oficio y beneficiaria de Justicia Gratuita, presentó ante la Audiencia Provincial de Teruel, Sección Primera, escrito interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 14 de marzo de 2016, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 117/2015, dimanante del procedimiento de liquidación de Sociedades Gananciales núm. 251/2014, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, siendo parte recurrida D. Ramón M. M. Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 22/2016,

en el que se personaron todas las partes, haciéndolo la Procuradora de los Tribunales D.^a M.^a del Carmen Maestro Zaldívar, designada en turno de oficio por D.^a Carmen F. B., en calidad de recurrente y por D. Ramón M. M., el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras, como recurrido; se pasaron al Ilmo. Sr. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

TERCERO.- En fecha 7 de octubre de 2016 se dictó providencia en la que se acordó:

«Examinado el escrito de interposición del recurso de casación, la Sala aprecia la posible concurrencia de causas determinantes de su inadmisibilidad:

1. La parte recurrente invoca, como vía que permite la interposición del recurso de casación, la cuantía conforme a lo establecido en los arts. 1 y 2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación Foral Aragonesa, pero en autos no se ha fijado la cuantía del proceso;

2. la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial en un proceso de incidente de oposición a la formación de inventario en procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, podría no ser considerada como de segunda instancia, conforme al criterio sustentado por el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones, Auto de 19 de febrero de 2008 y los que en él se citan, criterio también seguido por esta Sala —Auto de 15 de febrero de 2013—, con lo que aquélla carece de la condición de «sentencia dictada en segunda instancia» que permitiría el acceso a la casación conforme al art. 477.2 de la LEC;

3. El motivo de recurso denuncia la infracción de un gran número de preceptos [arts. 183 a 193 y 210 del 270 del Código de derecho Foral Aragonés (CDFA)], sin la debida claridad expositiva y sin explicar la ra-

zón por la que los pronunciamientos recogidos en el fallo y de los que la parte discrepa han infringido norma sustantiva precisa.

Por los motivos señalados, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se da traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.»

Las partes, dentro de plazo, presentaron sus escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Sala es competente para conocer del recurso de casación interpuesto, a tenor del artículo 478, núm. 1º, párrafo 2º, de la mentada Ley procesal, ya que 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 a estos efectos competenciales puede entenderse que el recurso de casación interpuesto se refiere a la vulneración de derecho civil aragonés, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de su admisibilidad.

SEGUNDO.- La providencia dictada en fecha 7 de octubre pasado ponía de relieve, en primer lugar, la no fijación de la

cuantía del proceso, lo que es relevante dado que la parte recurrente invoca la cuantía como vía para interponer el recurso de casación.

La determinación de la cuantía del proceso ha de hacerse en la demanda, conforme al art. 253 de la LEC, ajustadamente a las reglas establecidas en el art. 251 de la misma ley procesal, y es carga de las partes su fijación. En este caso dicha fijación no se ha realizado en las instancias. Sin embargo, en el caso presente puede entenderse que la cuantía de las cuestiones planteadas en el recurso supera la cantidad de 3.000 euros, por lo que tendría acceso a la casación conforme a lo establecido en el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

TERCERO.- En segundo lugar se cuestionaba en la providencia indicada la recurribilidad en casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, ya que ha recaído en un incidente de oposición a la formación de inventario en procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. En este tipo de procesos, la Sala ha venido siguiendo el criterio, mantenido por el Tribunal Supremo, de la irrecurribilidad, al considerar que se trata de una sentencia de apelación en un incidente que no constituye una segunda instancia, por lo que no es incardinable en el supuesto de hecho del art. 477 de la LEC. En este sentido el Auto de 15 de febrero de 2013 allí mencionado.

Pero es de constatar un cambio de criterio en el Tribunal Supremo, que aparece en Autos de 9 de marzo, 6 de julio y 28 de septiembre de 2016, conforme a los cuales *«... la doctrina de la irrecurribilidad queda superada a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación nº 2459/2013, en el que se plantea cuál es el procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón del régimen económico matrimonial tras*

la disolución de éste, que recoge expresamente, en su fundamento de derecho cuarto: «2ª) Dentro del libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales, el capítulo II del título II regula el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811), pero comprendiendo en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810), con una variante más para el régimen de participación (art. 811). 3ª) De lo anterior se sigue que la formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, porque no es sino hasta concluido el inventario cuando cualquiera de los cónyuges “podrá” solicitar la liquidación (art. 810.1 LEC), lo que significa, a su vez, que la determinación del activo y el pasivo de la comunidad matrimonial no exige necesariamente una petición de liquidación como se alega en el motivo.»

La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810) desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario.»

CUARTO.- En todo caso, y aunque pudiera entenderse recurrible en casación la sentencia recaída en este proceso, el presente recurso de casación no puede superar el trámite de admisión, pues en el motivo único se denuncia la infracción de los arts. 83 a 193 y 210 al 270 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), sin la debida claridad y separación.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, el recurso de casación tiene naturaleza de recurso extraordinario, tendente a revisar si la sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial ha infringido el ordenamiento jurídico aplica-

ble al caso. El art. 477 de la LEC exige que el recurso se funde en la infracción de norma sustantiva, a fin de que el tribunal de casación —y, previamente a su decisión, las partes recurridas— conozca la razón por la que la recurrente entiende que se ha vulnerado el ordenamiento jurídico sustantivo y pueda ejercer la función nomofiláctica —o de protección del derecho— que es la esencia del recurso de casación; así expresa el Auto del TS de 6 de mayo de 2008 (recurso 584/2004) que: «Esta Sala... ha circunscrito este recurso al examen de la corrección jurídica de las normas referidas al fondo del asunto, esto es, a la cuestión sustantiva o material que constituye el objeto del proceso, según es inherente a su función nomofiláctica».

Y en este sentido el Acuerdo no jurisdiccional de 30 de diciembre de 2011 de la Sala Primera del alto tribunal ha establecido, como criterio de inadmisibilidad, «La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC)»; supuesto que concurre en el caso de autos.

La parte recurrente ha tratado en el escrito de alegaciones de precisar el contenido del motivo único del recurso de casación, pero es de tener presente que el objeto de este trámite de alegaciones es dar oportunidad a las partes para que se pronuncien sobre las posibles causas de inadmisión, no sustituir el escrito de interposición del recurso.

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, en los términos establecidos en el art. 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

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 Carmen F. B., contra la Sentencia dictada el día 14 de marzo de 2.016 por la Audiencia Provincial de Teruel, en el rollo de apelación número 117/2015, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de 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, con el alcance establecido en el art. 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

que la sentencia de Audiencia no ha considerado existentes. El primer motivo de infracción procesal alega infracción del principio de justicia rogada, pero es desestimado porque la sentencia de apelación no introduce hechos nuevos en el proceso; la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos alegada como segundo motivo de infracción procesal es rechazada porque la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida supera el test de racionalidad; en el recurso de casación, el recurrente pretende introducir nuevos signos externos o aparentes de servidumbre, olvidando que en casación hay que partir de los hechos declarados probados en las sentencias de instancia, puesto que no estamos ante una tercera instancia, por lo que el motivo se rechaza.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Antecedentes relevantes.**

1. Por lo que interesa a este recurso de casación, el demandante ejercita en su demanda la acción negatoria de servidumbre, solicitando se declare en sentencia que las fincas 310 y 341, propiedad del demandado, no ostentan los derechos reales de paso en calidad de predio dominante sobre la finca 313 de su propiedad.

A su vez, el demandado reconviene interesando se declare que la finca 341 es predio dominante y las fincas registrales 313 y 309 predios sirvientes de una servidumbre de paso de peatones (paso 1A); y que la finca registral 310 es predio dominante y la 313 predio sirviente de una servidumbre de paso de vehículos y personas (paso 1B).

2. La sentencia de primera instancia, de fecha 2 de junio de 2015, estima la de-

NÚM. 24

S. TSJA 26/2016 de 16 de noviembre de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Desestimación de los motivos.

84: SERVIDUMBRES: CASACIÓN FORAL: Desestimación de los motivos: *El demandante ejercita acción negatoria de servidumbre de paso y el demandado reconviene ejercitando acción confesoria de servidumbre. La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda reconventional, mientras que la sentencia de apelación la revoca parcialmente y reduce el número de servidumbres existentes. El recurso de casación versa sobre las servidumbres*

manda reconventional, declarando la existencia de las servidumbres peticionadas. Concretamente las dos expuestas en el número anterior —pasos 1A y 1B—; además de otras dos, referidas a los pasos 2A y 2B, que no son objeto del recurso de casación.

La sentencia considera acreditados los signos aparentes de ambas servidumbres, al haberse constatado en los informes periciales aportados por el demandado una serie de caminos visibles y delimitados que coinciden con los pasos descritos en la demanda reconventional. Entiende también acreditado el carácter aparente de dichas servidumbres, su uso y utilización desde tiempo inmemorial para acceder a las fincas registrales 310 y 341. Concluye la resolución que la existencia de los signos aparentes de las servidumbres de paso durante, al menos, más de veinte años, y el uso por varios vecinos del pueblo y no solo por el actor reconventional, resulta incompatible con un uso oculto o clandestino, siendo tal posesión hábil para usucapir, por lo que se desestima la acción negatoria de servidumbre ejercitada en la demanda principal y se estima la acción confesoria de servidumbre de paso contenida en la demanda reconventional.

3. Interpuesto recurso de apelación se dictó sentencia en segunda instancia, de fecha 5 de mayo de 2016, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por don Julio N., revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que las fincas registrales 310 y 341 no ostentan derechos reales de paso en calidad de predio dominante sobre la registral 313 (pasos 1A y 1B); y se mantiene el reconocimiento de la existencia de servidumbre sobre los pasos 2A y 2B, que no son objeto del recurso de casación.

La sentencia establece que no es posible la constitución de las servidumbres de paso por usucapición mientras todas las fincas estuvieron bajo un mismo dueño. Y

desde el momento en que dejaron de estar bajo un mismo dueño, mediante la escritura de fecha 3 de noviembre de 2004, hasta la interposición de la demanda ejercitando la acción negatoria de servidumbre de paso sobre la registral 313 en fecha 4 de julio de 2014 todavía no habían transcurrido los diez años exigidos para usucapir. Además, la resolución entiende, respecto del paso 1B, que no se puede afirmar que durante todo el período necesario para usucapir haya estado marcado sobre el terreno el camino, sin perjuicio de que haya podido haber temporadas en las que sí estuviesen marcadas las roderas, lo que no es equiparable a la existencia de un camino marcado.

Por tanto, la sentencia entiende que las servidumbres solo podrían haberse constituido, en su caso, por destino de padre de familia conforme al art. 566 CDEFA o 541 CC (por ser derechos anteriores al 1 de enero de 2011) y no por usucapición.

No obstante, y por lo que respecta a la servidumbre denominada 1B, la sentencia termina concluyendo que tampoco puede afirmarse su constitución por destino del padre de familia, puesto que no queda acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado sobre el terreno el camino, ni mucho menos se ha probado que dicho camino comunicaba la registral 313 con la 310, ya que no basta con que hubiera un camino en la finca 313 dando servicio a esta finca, sino que resulta preciso que al separarse las propiedades dicho camino estuviera marcado hasta la registral 310, dando servicio a esta última, dominando la 313, signo aparente que no se ha probado.

Respecto del paso 1A, la sentencia de apelación concluye que, aunque se estimara que el espacio delimitado por setos considerado por el recurrente una senda ya estaba así en el momento de separarse las propiedades, no puede considerarse que dicho espacio o senda pueda servir

para entender constituida la servidumbre por destino del padre de familia a favor de la registral 341, pues donde muere la denominada senda da una apariencia de servicio para la propia finca 313 o, todo lo más, para otras fincas del mismo dueño (P. anejo al chalet o casa nueva y a esta misma), no proclamando apariencia alguna de servidumbre hasta la registral 341 a través del P. Siendo de resaltar que en una pretendida servidumbre de paso, para su adquisición por destino del padre de familia o por usucapión, la apariencia no la da el uso, naturalmente discontinuo, sino los signos exteriores marcados sobre el terreno a modo de senda, camino o carril, proclamando una relación de subordinación/dominio entre las fincas que ha de estar presente en el momento de la separación de las propiedades (destino del padre de familia) o durante todo el tiempo durante el cual se consolida la usucapión.

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal: principio de justicia rogada.

4. Alega el recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha vulnerado el principio de justicia rogada contemplado en el art. 216 LEC, que dispone que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

En síntesis, basa esta conclusión en que, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el entonces recurrente alegaba —refiriéndose a las servidumbres reconocidas por dicha resolución— que «nunca se había establecido signo aparente de servidumbre entre las fincas que fueron de los padres de ambos contendientes». Sin embargo, en la sentencia se afirma que los caminos se habían hecho desaparecer con ocasión de la adjudicación de la herencia entre los hermanos contendientes en este pleito.

5. El principio de justicia rogada se integra por los principios dispositivo y de aportación de parte, propios de la jurisdicción civil. Conforme al segundo de ellos, tal como se recoge en el art. 216 LEC, son las partes las que deben aportar los hechos al proceso, en cuanto constituyen el fundamento de su pretensión.

En el presente caso, una de las partes, don Joaquín N. —hoy recurrente que ejercitó la acción confesoria de servidumbre— sostiene la existencia de signos aparentes de servidumbre; por el contrario, la otra parte, don Julio N. —que ejercitó la acción negatoria de servidumbre— mantiene que no existían esos signos aparentes de servidumbre y ambos aportan prueba para acreditar sus alegaciones.

La sentencia recurrida, en realidad, no dice que los signos externos de los pasos se hicieron desaparecer cuando las fincas dejaron de estar en manos del mismo dueño. La redacción literal que utiliza es: «... *no puede hablarse de usucapión mientras todas las fincas estuvieron bajo un mismo dueño, de modo que en realidad dichas servidumbres de paso sólo se pudieron constituir por destino del padre de familia conforme al art. 566 del Código de Derecho Foral o, mejor, conforme al art. 541 del Código Civil (pues estamos hablando de hechos anteriores al 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial) si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño, siendo de resaltar que tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004, mediante la escritura de los folios 32 y siguientes, menos de diez años antes de que se interpusiera la demanda negando la existencia de servidumbre alguna de paso sobre la registral 313, por lo que ninguna servidumbre de paso se ha podido usucapir sobre dicha registral ...*».

La lectura atenta de todo el fundamento de derecho cuarto pone de manifiesto que la sentencia excluye la posibilidad de

usucapión de las servidumbres afirmada por la resolución de primera instancia, de manera que concluye que solo podrían haberse constituido las servidumbres por destino del padre de familia, conforme al art. 541 CC. La referencia que recoge a continuación, «si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño», no es una afirmación, sino, simplemente, la mención expresa del requisito exigido por dicho precepto para que la servidumbre continúe tras la enajenación de una de ellas. Cuando la sentencia se refiere a que «tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004, mediante la escritura de los folios 32 y siguientes» no se está refiriendo a que en ella se hicieron desaparecer los signos externos, lo que contradeciría lo dispuesto en el art. 541 CC —que exige que la desaparición de los signos externos sea anterior al otorgamiento de la escritura—, puesto que si lo que se quiere es poner fin a la servidumbre en ésta, nos encontramos ante el otro supuesto de precepto —único contemplado en el art. 566 CDEFA— que permite, para que la servidumbre no continúe tras la separación de las fincas, que «se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas».

En definitiva, la expresión «tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004» se refiere a que las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño en esa fecha, mediante la escritura de adjudicación de herencia, no a que se hicieran desaparecer los signos externos de paso. Así resulta también de la lectura del resto de la sentencia, en la que no se afirma en ningún momento tal cosa. Antes bien, respecto del paso 1B se señala que no queda acreditado que el camino haya estado marcado durante todo el tiempo en el terreno, ni que estuviera marcado al tiempo de separarse las propiedades, ni mucho menos que comunicase la registral 313 con la 310. Y respecto del

paso 1A, que aun partiendo de que existiese la senda al tiempo de la separación de las propiedades, ésta moría en la propia finca 313 y daba apariencia de servicio tan solo a la misma finca o a otras del mismo dueño.

6. Por lo expuesto, en modo alguno se vulnera el principio de justicia rogada, puesto que la sentencia de apelación no introduce hechos nuevos en el proceso, sino que, valorando los aportados por las partes a la luz de las pruebas propuestas, considera acreditados unos y otros no, partiendo de los alegados por los litigantes, sin que la convicción a la que llegan los magistrados tenga que coincidir con las afirmaciones de las partes, debiéndose desestimar el primer motivo de infracción procesal alegado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal: vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

7. Alega el recurrente la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE, por la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, que ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio y ha extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de valoración de la prueba, como consecuencia de no haber apreciado la existencia, tanto en vida de la anterior propietaria, como tras la adjudicación de su herencia, de camino y senda que atravesando la FR 313 conducen a la FR 310 y 309.

8. 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)».

9. En el presente caso, el recurrente realiza en este segundo motivo de infracción procesal, de modo exhaustivo, una nueva valoración probatoria. Repasa detalladamente cada uno de los medios probatorios practicados en el juicio (documental, testifical, pericial) para concluir la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por

parte del tribunal de apelación. Sin embargo, tal proceder solo evidencia su disconformidad con la valoración probatoria alcanzada en la sentencia recurrida, sin que se aprecie la existencia de las infracciones denunciadas.

La valoración probatoria de la sentencia de apelación, sustentada en un estudio de las fotografías y vídeos aportados y en las declaraciones de los testigos y peritos, no puede ser calificada como irracional, ilógica o arbitraria, superando el test de racionalidad constitucionalmente exigible para entender que se ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Para estimarse el control judicial a través de este recurso extraordinario de infracción procesal es necesario que se aprecie una valoración de la prueba «manifiestamente errónea o arbitraria, pero no la valoración desacertada de la misma a juicio de la parte recurrente, si no concurre aquel elemento de manifiesto error o arbitrariedad» (STS 64/2010, de 23 de febrero), que es lo que pretende el recurrente, que analiza y valora nuevamente toda la prueba para intentar desvirtuar la valoración realizada por el tribunal de apelación, sin que pueda calificarse como error manifiesto que los testigos tomados en consideración en la sentencia no ofrezcan credibilidad al recurrente frente a otros que considera más acertados o que éste entienda que otras fotografías muestran más claramente la realidad que aquellas a las que se refiere la resolución recurrida, o bien que se deberían haber tenido en cuenta las declaraciones de otros testigos o aceptarse las conclusiones de la prueba documental y pericial que aportó al proceso. Frente a esa opinión, el tribunal valoró toda la prueba en su conjunto, haciendo expresa referencia a los medios de prueba que sirvieron para acreditar los hechos que estima probados. La valoración de la prueba que efectúa el recurrente, si bien es legítima, no puede desvirtuar la efectua-

da por el tribunal de apelación, salvo que se demuestre de manera patente su error, falta de lógica o arbitrariedad, lo que no es el caso.

Por lo expuesto, el segundo motivo de infracción procesal debe ser rechazado.

CUARTO.- Recurso de casación. Pasos 1B y 1A.

10. El recurso entiende infringidos los arts. 561.c) y 566 CDFA, referidos ambos a la constitución de las servidumbres por signo aparente.

11. Para fundamentar el recurso de casación, alega el recurrente que la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho cuarto, equipara de forma errónea el signo externo o aparente de la servidumbre con la exclusiva existencia o concurrencia de camino marcado sobre el terreno comunicando ambas fincas. Entiende, respecto del paso 1B, que dadas las características topográficas de las fincas 313 y 310 y su acceso único por una verja o portal común para ambas, establecido originariamente por el propietario de la finca matriz y mantenido al tiempo de segregación de las fincas, es la verja de la C/ S. M., punto común de acceso, el signo aparente de servidumbre. Señala el recurrente que la propia configuración de la finca 310 como «fondo de saco», con una única salida a través de la colindante 313, lleva a considerar como clara y manifiesta la voluntad de la anterior propietaria común de ambas fincas de configurar una servidumbre de paso a favor de la primera de las fincas sobre la segunda. En defensa de este argumento el recurrente realiza una nueva valoración probatoria.

12. En lo que se refiere al paso 1A, el recurrente manifiesta que la existencia de la servidumbre se publicita también, como signo externo, por la puerta de acceso a la que va a desembocar el camino en línea recta a la C. V. de P. (finca 341) que, desde finales

de 1950, se convirtió en la puerta principal de entrada de esta casa. Se manifiesta también que, aunque la C. V. de P. tiene un portón histórico en la parte de atrás de la calle B. B., éste quedó inutilizado una vez se abrió a finales de 1950 la referida puerta.

13. Como ha establecido esta Sala en numerosas ocasiones, en el examen del recurso de casación el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin introducir modificación alguna, puesto que no estamos ante una tercera instancia (entre otras, STSJA de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013). En palabras de la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, *«el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias»*.

14. En el presente caso, como hemos expuesto al relatar los antecedentes relevantes, la sentencia de primera instancia estimó la existencia de todas las servidumbres reclamadas por entender acreditados una serie de caminos visibles y delimitados y concluyó que la existencia de esos signos aparentes de las servidumbres de paso durante, al menos, más de veinte años determinaban la constitución de las servidumbres por usucapión. Por su parte, la sentencia de apelación, además de rechazar la constitución de las servidumbres por usucapión, considera que tampoco pudieron constituirse por destino de padre de familia. Respecto del paso 1B, porque no ha quedado acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado el camino sobre el terreno, y menos todavía, que dicho camino comunicara la

registral 313 con la 310. Y respecto del paso 1A porque, aun suponiendo la existencia de la senda que afirma el recurrente, ésta tan solo da apariencia de servicio para la propia finca 313 (predio sirviente) o, todo lo más, para otras fincas del mismo dueño.

Por tanto, ninguna referencia contienen la resoluciones anteriores a los nuevos signos externos o aparentes de servidumbre que pretende introducir el recurrente a través de su recurso: las características topográficas de las fincas 313 y 310 y su acceso único por una verja o portal común para ambas —situada en la C/ S. M.—, establecido originariamente por el propietario de la finca matriz y mantenido al tiempo de segregación de las fincas, así como la consideración de la finca 310 como «fondo de saco», en lo que se refiere al paso 1B; y la puerta de acceso construida en los años 50 para el paso 1A.

15. Como ya hemos indicado, para resolver el recurso de casación la sala ha de partir de los hechos declarados probados por las sentencias de primera instancia y apelación, puesto que no estamos ante una tercera instancia. La única vía para modificar esos hechos es la que brinda el recurso extraordinario por infracción procesal, pero habiéndose desestimado éste por las razones ya expuestas, la pretensión de introducir nuevos hechos en la sentencia, en este caso, otros signos aparentes de servidumbre no contemplados en las resoluciones anteriores, debe ser rechazada, lo que conlleva la desestimación del recurso.

QUINTO.- Costas.

16. En aplicación del art. 394.1 LEC, al que se remite el art. 398.1 LEC, en el presente caso no procede hacer expresa imposición de costas, puesto que esta Sala valora los distintos fallos obtenidos en primera instancia y apelación, que justifican la existencia de dudas de hecho o derecho.

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. Joaquín N. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 5 de mayo de 2016.

2.- No se hace expresa imposición de costas.

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

NÚM. 25

A. TSJA de 25 de noviembre de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de competencia funcional. *La competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación le viene atribuida por el art. 73.1.a) LOPJ (en relación con el art. 478.1 Lec. y art. 1 Ley aragonesa 4/2005) en los casos en 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. En el presente caso, la sentencia recurrida fundamentó su decisión en las previsiones contenidas en los arts. 146, 1319 y 1362 del Código civil, y el recurrente en la regulación del art. 146 del mismo Código civil. Al no haberse alegado precepto alguno propio del Derecho civil aragonés que haya sido aplicado o que se considere infringido por la parte, esta Sala carece de competencia para resolver la cuestión. En su caso, la competencia corresponderá al Tribunal Su-*

premo. Se remiten los autos al órgano de procedencia, ante el cual la parte podrá presentar en forma el recurso de casación en el plazo de cinco días desde la notificación del presente auto.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 73.1.a) LOPJ, 478.1 Lec., 1 Ley aragonesa 4/2005.

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

Zaragoza a veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Óscar David Bermúdez Melero, actuando en nombre y representación de D. Goran S., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 14 de octubre de 2015, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 362/2015, dimanante de los autos de divorcio núm. 608/2013, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrida D.ª Georgina C. D. y el Ministerio Fiscal, y una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 62/2015, en el que se personó la parte recurrente y el Ministerio Fiscal.

A petición de la parte recurrida se suspendió el plazo para su personación hasta tanto se resolviese la solicitud de asistencia jurídica gratuita que tenía solicitada. En fecha 16 de mayo de 2016 la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, acordó denegar tal derecho a la solicitante, resolución

que fue impugnada por la misma y confirmada por esta Sala, por Auto de 9 de septiembre de 2016.

En fecha 12 de septiembre del mismo año se alzó la suspensión, que fue notificada con fecha 23 del mismo mes y trascurrido el término concedido sin que se haya personado en forma, con fecha 30 de septiembre pasan las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver.

TERCERO.- En fecha 24 de octubre de 2016 se dio traslado a las partes por diez días por posible causa de incompetencia. Las partes, dentro de plazo, presentaron alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal su conformidad con la falta de competencia planteada en la providencia anterior.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo a decidir sobre la admisión del recurso de casación presentado debe valorarse la posible competencia propia de esta Sala para resolver sobre la impugnación formulada para, cabe adelantarle ahora, concluir que resulta incompetente este órgano judicial para decidir cualquier cuestión relativa al recurso presentado, por las razones que a continuación se expondrán.

La competencia de la Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación les viene atribuida por el artículo 73.1.a) la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en relación con el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1 de la Ley de Aragón 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa) en los casos en 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.

Pues bien, en el presente caso, la sentencia recurrida fundamentó su decisión en las previsiones contenidas en los artículos 146, 1319 y 1362 del Código Civil, y el recurrente en la regulación del artículo 146 del mismo Código Civil. De modo que esta ausente cita de precepto alguno propio del derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de Aragón que haya sido aplicado o que se considere infringido por la parte.

En consecuencia con tal falta de alegación de haber sido vulnerado precepto propio del derecho aragonés, debe concluirse que, conforme resulta de las normas arriba citadas, carece de competencia esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para resolver la cuestión, lo que debe declararse así, con la consecuencia inmediata de no proceder que esta Sala dicte acuerdo alguno relativo a posible admisión o no del recurso de casación o a la designación de Abogado y Procurador por turno de oficio pretendida por el recurrente.

SEGUNDO: En el caso de que concurran los presupuestos necesarios para que pueda ser presentado recurso de casación, la competencia para conocer de él corresponderá al Tribunal Supremo, por lo que procede acordar la devolución del procedimiento al órgano judicial que dictó la sentencia impugnada, ante el cual la parte dispondrá del plazo de cinco días indicado por el artículo 62.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y contado desde la notificación de la presente, para poder presentar en forma el recurso de casación, si a su derecho conviniera.

TERCERO: De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la recu-

rente el pago de las costas causadas por la tramitación del presente rollo de casación.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

ACUERDA

- Declarar la incompetencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Goran S. contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 14 de octubre de 2015.

- En consecuencia con la falta de competencia indicada, no hacer pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación presentado.

- Denegar la designación de Abogado y Procurador por turno de oficio interesada por el recurrente.

- Imponer al recurrente el pago de las costas causadas.

Remítase los autos al órgano de procedencia, Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con testimonio de la presente resolución para los efectos oportunos.

Contra este auto no cabe la interposición de recurso.

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

NÚM. 26

S. TSJA 27/2016 de 1 de diciembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Períodos

de custodia compartida: La fijación por la Audiencia de un régimen de custodia compartida por semanas alternas en lugar de por días alternos entre semana y fines de semana también alternos, no vulnera ninguno de los preceptos señalados en el recurso (76.2 y 3.a, 79.2.a y c, 80.1 y 2 CDFA). Los principios del art. 76 CDFA sirven de referencia para la interpretación y aplicación de los derechos regulados en los preceptos subsiguientes, y especialmente de los prevenidos en los arts. 79 y ss., como medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares. No se ha producido la vulneración alegada porque el régimen establecido con anterioridad ya era de custodia compartida y la modificación del régimen de estancias, que no ha producido perturbaciones dañinas para la menor, es una decisión que compete al ámbito discrecional del Tribunal, conforme a la valoración de la prueba practicada, sin que tal decisión pueda considerarse arbitraria o irracional sino adecuada al preferente interés de la menor y a la normal evolución psicológica de la niña recogida en el informe pericial.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 775 Lec., 79.5 CDFA, 90.3 Cc.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

HECHOS RELEVANTES

PRIMERO.- Para la resolución del recurso de casación interpuesto conviene relatar los hechos acreditados en las instancias y las sucesivas actuaciones procesales:

1. D. Roberto José S. G. y D^a María Cruz J. P. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 15 de mayo de 2002.

2. De dicha unión nació una hija, llamada Violeta, el día 18 de marzo de 2005.

3. En autos de divorcio de mutuo acuerdo n° 1580/2009, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Zaragoza (Familia), se dictó sentencia de 10 de febrero de 2010, que decretó la disolución por causa de divorcio del matrimonio contraído entre los citados y aprobó el convenio regulador firmado por ellos. En lo que aquí interesa dicho convenio acordaba que la guarda y custodia de la hija habida del matrimonio sería ejercida por la madre, con un régimen de visitas para que D. Roberto pudiera estar con su hija.

4. A instancia de D. Roberto se tramitó en el mismo Juzgado proceso sobre modificación de medidas definitivas del divorcio de mutuo acuerdo, en el que recayó sentencia de 18 de noviembre de 2011 por la que se aprobó la modificación de dichas medidas, modificación que afectaba al régimen de visitas del padre respecto de su hija.

5. A partir del mes de noviembre de 2014 D. Roberto y D.^a María Cruz convinieron que Violeta conviviera con cada progenitor el mismo número de días, ejerciendo ambos una custodia compartida por días alternos, hecho aceptado por la menor habida cuenta las circunstancias concurrentes y, especialmente, que las residencias de ambos progenitores están muy próximas y que también el centro escolar al que acude la hija se encuentra en las proximidades.

6. D. Roberto ha interpuesto ante el juzgado reseñado demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitando que se establezca respecto de la menor un régimen de custodia compartida por semanas alternas, en los términos que se expresan en dicho escrito, y además solicita la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar por parte de la madre y autorización de su venta.

7. Tras la tramitación oportuna recayó sentencia de primera instancia de 13 de octubre de 2015 que estimó parcialmente

la demanda. En cuanto a la guarda y custodia, el fallo decidió que ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la autoridad familiar y que la guarda y custodia de la hija menor Violeta será compartida de tal manera que la menor esté entre semana en días alternos con cada progenitor y asimismo los fines de semana de forma alternativa. También acordó mantener el uso del domicilio y ajuar familiar para D^a M^a Cruz hasta el 30 de junio de 2017, con mantenimiento de la opción de posible adjudicación a una de las partes de la plena titularidad de la vivienda vigente en la actualidad y en los términos fijados, si bien señalando que en igualdad de condiciones se otorga preferencia a la Sra. J.

8. Interpuesto recurso de apelación por la representación de D. Roberto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 17 de mayo de 2016 que lo estimó parcialmente, en el sentido de sustituir, dentro del régimen de custodia compartida de la hija menor atribuido a ambos progenitores, el sistema fijado por días por el sistema de semanas alternas con cambio los domingos a las 20 horas, y acordó dejar sin efecto la preferencia otorgada a las Sra. J. para la adquisición de la vivienda común. Dicha sentencia fue complementada por Auto de 9 de junio de 2016, en cuanto a la fecha de los efectos del cambio de régimen de custodia.

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial la representación procesal de D^a M^a Cruz J. P. ha interpuesto recurso de casación, que funda en dos motivos: en primer lugar aduce la vulneración el artículo 79.5 del CDFA y 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender que no se ha producido ninguna alteración sustancial que pueda dar lugar a la modificación de las medidas aprobadas

judicialmente, y que el demandante debió acreditar y la sentencia recurrida debió justificar un cambio relevante de circunstancias, lo que no se ha producido en el caso de autos; y como segundo motivo alega la vulneración del artículo 76.2 y 3 a), artículo 79.2 a) y c) y artículo 80.1 y 2, todos ellos del CDFA, en relación con el artículo 92.8 del Código civil y artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, entendiendo que la sentencia recurrida ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

TERCERO.- En el trámite de oposición el Ministerio Fiscal plantea la posible inadmisión del recurso de casación, por falta de interés casacional, expresando que no queda claro cual es el interés casacional que se propugna por la parte recurrente, pues ésta no indica con precisión qué jurisprudencia solicita que se fije o se declare infringida, ya que es evidente que la sentencia recurrida consagra la preferencia de la custodia compartida de los padres a tenor del artículo 80.2 del CDFA y que ambos progenitores están de acuerdo en tal custodia compartida.

Esta cuestión, oportunamente deducida conforme al artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser sin embargo rechazada. Es cierto que el escrito de interposición del recurso de casación se refiere a la concurrencia de interés casacional, sin detallar a cuál de los supuestos prevenidos en el artículo 2.2 de la Ley Aragonesa se refiere, indicando únicamente que la contradicción con la doctrina jurisprudencial de este tribunal y del Tribunal Supremo se desprende de la propia sentencia. Pero también indica que la sentencia de la Audiencia Provincial es recurrible en casación por razón de la cuantía, invocando la aplicación del artículo 2.1 de la Ley Aragonesa 4/2005, de 14 de junio,

de casación foral. Por lo tanto esta vía era suficiente para justificar la recurribilidad de la sentencia y por ello la invocada causa de inadmisión no puede ser estimada.

EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO DE RECURSO

CUARTO.- El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la modificación de las medidas judicialmente aprobadas en sentencia firme cuando se produzca un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes, y disciplina la legitimación procesal del Ministerio Fiscal y de los cónyuges para instar esa modificación. A su vez, el artículo 79.5 del CDFA, en el mismo sentido que el artículo 90.3 del Código civil, previene que 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.

Tales normas permiten excepcionar el régimen general de cosa juzgada, conforme al cual los pronunciamientos recaídos en sentencia firme son inmutables, salvo que concurren causas de revisión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En atención a la naturaleza del proceso de divorcio o separación y de las medidas que se adoptan en relación con los hijos menores, el legislador ha previsto la posibilidad de que dichas medidas sean modificadas cuando concurren las citadas circunstancias, habida cuenta los cambios que pueden producirse tanto por el crecimiento vital de los hijos menores como por las situaciones personales, profesionales y económicas de los progenitores. En este sentido se pronuncian la sentencia del Tribunal Supremo nº 685/2014, de 19 de noviembre, y las de esta Sala números 42/2013, de 3 de octubre y 37/2014, de 19 de noviembre.

En el caso de autos, la sentencia de primera instancia se refiere expresamente a este cambio de circunstancias, y en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero razona sobre su concurrencia, habida cuenta la edad de Violeta y las modificaciones operadas en sus hábitos de vida. La Audiencia Provincial no se refiere, expresamente, a esta cuestión, porque no había sido planteada en el recurso de apelación interpuesto por D. Roberto, pero toda su argumentación parte de esa modificación.

Frente a ello no pueden prosperar los argumentos en que se funda el primer motivo de recurso, ya que es claro que el crecimiento de la hija menor ha supuesto un cambio notorio de circunstancias, y a partir de noviembre de 2014 se produjo un cambio en su régimen de vida, pasando a pernoctar con cada uno de los progenitores por días alternos. Todo ello justifica la posibilidad de que la parte actora solicitase y el Tribunal competente decidiese una modificación de las medidas inicialmente adoptadas.

En consecuencia el motivo se desestima.

EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO DE RECURSO

QUINTO.- El segundo motivo en que se funda el recurso de casación denuncia, según hemos adelantado, la vulneración del artículo 76.2 y 3, apartado a), del artículo 79.2, apartados a) y c) y artículo 80.1 y 2 del CDFA, en relación con el artículo 92.8 del Código civil y artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. En el desarrollo del motivo la parte recurrente hace referencia a diversas cuestiones de naturaleza procesal, como son la falta de motivación —mantiene que la sentencia recurrida «se despacha y justifica en apenas 20 líneas la Audiencia Provincial de Zaragoza acordando la modificación de las estancias de la menor»— así como la incongruencia y arbitrariedad del fallo que es objeto de recurso. Tras ello pro-

cede a valorar el informe psicológico aportado a los autos y concluye entendiendo que la sentencia impugnada ha infringido los preceptos citados, pues no debió modificar el régimen de estancias antes establecido, que funciona correctamente, y cuyo cambio puede tener consecuencias negativas para la menor.

En el examen del motivo de recurso de casación han de ser rechazadas las argumentaciones de naturaleza procesal que, en su caso, debieron ser introducidas como motivo por infracción procesal conforme a lo establecido en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la disposición final decimosexta, regla primera, de la misma. En todo caso es de advertir que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial está suficientemente motivada en cuanto a la cuestión controvertida, pues en el segundo fundamento jurídico explica las razones por las que modifica el sistema de estancias antes establecido, y dicho razonamiento y parte dispositiva no resultan incongruentes en cuanto a los términos en que se produjo el debate procesal ni responden a una valoración arbitraria de las pruebas practicadas.

SEXTO.- En cuanto a los preceptos sustantivos cuya infracción denuncia la parte recurrente, es de señalar: 1º) que el artículo 76 del CDFA establece 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, y el apartado 3 a) ordena que los menores de edad tengan un contacto directo con sus padres de modo regular y que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar; 2º) que dichos principios sirven de referencia para la interpretación y aplicación de los derechos regulados en los preceptos subsiguientes del Código Foral, y especialmente de los prevenidos en los artículos 79 y siguientes, como medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares; 3º) que el artículo 79, en los apartados antes citados, previene que el juez dictará las medidas necesarias respecto de los hijos menores de edad, para garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, y para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia.

En el caso de autos resulta meridiano que no se ha producido en la sentencia impugnada vulneración de los preceptos reseñados, porque el régimen antes establecido, que se mantiene salvo en el régimen de estancias, es de custodia compartida, de forma que la hija menor mantenía y sigue manteniendo un contacto directo con ambos progenitores, de modo regular, sin que la modificación del régimen de estancias que establece la sentencia objeto del recurso haya producido perturbaciones dañosas para la menor, atendidas las razones que se exponen en los fundamentos de derecho de la misma, y por los argumentos que seguidamente se expondrán.

SÉPTIMO.- Respecto a la invocada infracción del artículo 80, en sus apartados 1 y 2, del CDFA, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

Dicho precepto regula la guarda y custodia de los hijos, previniendo en el apartado 1 que los progenitores podrán solicitar al

Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno sólo de ellos, mientras que en el apartado 2 determina que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y atendiendo a los factores que la norma consigna.

En el caso de autos se ha establecido la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores de la hija menor Violeta, tanto en la sentencia de primer grado como en la de apelación, decisión que responde a la voluntad de los litigantes y que es plenamente acorde con la preferencia establecida por el legislador, de forma que la única discrepancia entre aquellos se refiere al régimen de estancias, pues la sentencia de la Audiencia Provincial lo establece por semanas alternas, mientras que la parte recurrente solicita dicho régimen mediante unas estancias entre semana en días alternos con cada progenitor y los fines de semana de forma alternativa.

La sentencia recurrida da pleno y cabal cumplimiento a la preferencia establecida legalmente en el artículo 80.2 del CDFA, siendo la modalidad en cuanto al régimen de estancias una decisión que compete al ámbito discrecional de dicho Tribunal, conforme a la valoración de la prueba practicada, que es competencia de las instancias y no revisable en casación, salvo supuestos de decisión arbitraria o irracional. En este sentido se pronuncian las sentencias n° 599/2014, de 6 de noviembre, del Tribunal Supremo y la sentencia n° 17/2015, de 28 de mayo, de esta Sala.

En el caso de autos no se ha incurrido en arbitrariedad o irracionalidad.

Es de reseñar finalmente que la decisión adoptada ha tenido en cuenta el preferente interés de la menor, de la cual afirma la sen-

tencia que mantiene una actitud positiva, y no le importaría cambiar al régimen de custodia semanal, pese a estar acostumbrada al sistema anterior de días alternos. Y destaca en su fundamentación que «a juicio de la perito el sistema que propugna el recurrente no va a producir un cambio sustancial en la menor, y que de cara a una proyección de futuro se adapta mejor (a) las necesidades educativas, organizativas y de autonomía». Dicha argumentación no se basa sólo en proyecciones de futuro, sin considerar el potencial riesgo o consecuencias negativas que tal cambio pueda suponer, como denuncia la recurrente, sino que tiene en cuenta la normal evolución psicológica de la niña, recogida en el informe pericial, explicando que «es en base a esta proyección de futuro que la niña ya tiene en ciernes, por lo que creemos más adecuado la fijación de un régimen de custodia compartida por semanas alternas».

Esta decisión, adoptada en el ámbito de discrecionalidad que al tribunal de instancia compete, no ha vulnerado ninguno de los preceptos señalados en el recurso, por lo que éste ha de decaer.

COSTAS

OCTAVO.- 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 presenta dudas de derecho, como se desprende de la existencia de fallos diferentes en las dos instancias.

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^a M^a Cruz J. P., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de mayo de 2016, complementada por Auto de 9 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.

C DFA, en particular el apartado e) sobre las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. Se estima el recurso de casación. Voto particular.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 C DFA.

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

NÚM. 27

S. TSJA 28/2016 de 2 de diciembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Modificación: *La modificación de las medidas judiciales inicialmente adoptadas (la guarda y custodia a favor de la madre) requiere la concurrencia de causas o circunstancias relevantes (art. 79.5 C DFA), según lo expuesto en la STSJA 19/2014, de 26/5. La niña tenía entonces menos de un año y ahora ya tiene siete, las circunstancias laborales de los padres también han cambiado, ambos con trabajo ahora, el padre ya en Zaragoza. La modificación de las circunstancias, además de evidente, es relevante y justifica que se pueda entrar a valorar si el régimen de custodia que mejor atiende al interés de la menor es el de custodia compartida que solicita el padre, como considera el legislador aragonés y también el TS. La edad de la niña permite contemplar con normalidad el cambio de custodia, y las circunstancias laborales del padre también le permiten ocuparse de la niña en circunstancias parecidas a las de la madre. Lo expuesto acredita que no se han aplicado correctamente algunos de los criterios del art. 80.2*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.- De la relación entre actor y demandada nació una niña, Elena, el 22 de octubre de 2009.

2.- En autos n° 665/2010 del Juzgado de Primera Instancia n° 16 de Zaragoza, de procedimiento de familia sobre medidas de guarda y custodia y alimentos de hijo menor de edad, recayó sentencia de 30 de noviembre de 2010, confirmada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de abril de 2011, en la que la guarda y custodia de la hija quedó atribuida a su madre.

3.- El 30 de junio de 2014 presentó el padre la demanda de modificación de medidas de la que deriva el presente recurso solicitando, en lo esencial, el régimen de guarda y custodia compartida de la hija común.

SEGUNDO.- En las presentes actuaciones la sentencia de 27 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia n° 16 desestimó la demanda y confirmó la custodia individual atribuida a la madre, si bien varió el régimen de estancias y comunicaciones entre padre e hija en el sentido de que los fines de semana alternos comprendieran desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo (en la

anterior sentencia era hasta el domingo a las 20 horas), y se añadía una visita intersemanal los miércoles desde la salida del colegio o de la actividad extraescolar hasta el día siguiente por la mañana.

Esta sentencia examinaba, en primer lugar, si se habían producido cambios sustanciales en las circunstancias respecto a las tenidas en cuenta en el momento de la adopción de las medidas cuya variación se pretendía, para lo que hace referencia a una serie de datos que consideraba de interés:

«En el momento de dictarse la sentencia de guarda, custodia y alimentos el 30 de noviembre de 2010, confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de Zaragoza que desestimó los respectivos recursos de apelación de las partes, el régimen de custodia así como las estancias y comunicaciones del padre con la hija antes mencionados se basó fundamentalmente no sólo en la edad de la menor que entonces contaba escasamente con un año, sino que se atendieron a las circunstancias personales de ambos progenitores, el padre por razones de trabajo desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves se encontraba fuera de Zaragoza, y la madre estaba en aquel momento desempleada».

Ante la afirmación en la demanda de que en el momento de la presentación de la misma (30 de junio de 2014) el actor se encontraba en situación de desempleo, lo que le permitía tener más tiempo libre, constata la sentencia que estas circunstancias variaron de nuevo pues después de su interposición encontró un nuevo puesto de trabajo con sus consiguientes retribuciones. Afirmar la sentencia que: *«Si se atendiera exclusivamente a estos motivos, tendría que concluirse que no se ha producido variación alguna ya que únicamente aconteció un cambio temporal, no obstante debe reconocerse que para ambas partes se ha producido una variación en su situación laboral al menos en lo que se refiere a la jornada de trabajo, ya que la Sra. Tutor se ha incorporado al mundo laboral desde el año 2010, y el actor ha pasado a tener otro tipo de horario.»*

En el fundamento siguiente analiza la sentencia el informe psicológico emitido el 27 de febrero de 2015 por la profesional adscrita al Juzgado. Según el mismo, el actor reside en C. de H. y trabaja como comercial de una distribuidora de alimentación 40 horas semanales de lunes a viernes de 9 a 13,30 horas y de 16,30 a 20 horas señalando, según indicó aquél, que es un horario flexible y que contaba a su vez con una adecuada red de apoyo familiar. Por lo que se refiere a la madre, el informe pericial afirma que reside con la hija en una vivienda propia en el barrio de T. trabajando como gestora de punto de venta de lunes a viernes en horario de 9 a 17 horas, y alude igualmente a flexibilidad en el mismo así como la posibilidad de realizar labor administrativa desde casa, contando con su madre como apoyo en el cuidado de la niña. Continúa la sentencia:

«En cuanto a la actitud de ambos progenitores estima la profesional que la progenitora se muestra escasamente intervencionista en el control de la conducta de la niña estimando necesario en cuanto a su educación que cumpla unas normas mostrándose flexible en determinados momentos. En cuanto al progenitor reúne condiciones personales para hacerse cargo de la niña, con una actitud menos invasiva pero sin anticipar las dificultades.

Se afirma a su vez que de la valoración de la situación familiar se extrae que la progenitora es la principal figura de referencia para la menor mostrando esta una relación afectiva hacia ella, lo cual por otra parte resulta lógico ya que desde su nacimiento ha vivido exclusivamente con la madre pasando con esta la mayor parte de su tiempo.

Se recoge también en el informe que la convivencia con ambos progenitores en dos entornos con diferente nivel de estructuración favorecerá el desarrollo de su autonomía personal.

En la actualidad las relaciones con el padre se distancian en el tiempo más de una semana

considerando positivo para el desarrollo de la niña un contacto más frecuente con ambos progenitores.

Sin embargo el horario del progenitor como así manifiesta la psicóloga hasta las 20 horas de lunes a viernes, no permite establecer períodos alternos ya que dependería excesivamente de apoyos y el período de guarda y custodia con el progenitor no permitiría estancias de tiempo efectivo durante la semana, por lo que sí estima más idóneo introducir pernóctas y alargar los períodos de manera que padre e hija puedan interaccionar juntos en la cena, al acostarse y levantarse o inclusive acompañarla al colegio.

Se concluye en definitiva que lo más aconsejable es un sistema para que la menor se relacione con el padre en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y una tarde a la semana los miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada a este así como la mitad de las vacaciones.»

Del informe realizado por la trabajadora social el 8 de julio de 2015 recoge lo siguiente:

«En lo que afecta al demandante se hace constar que reside con su pareja en la localidad de C. de H. junto con su pareja que es soltera y no tiene hijos de relaciones anteriores y con la que mantiene una relación desde hace dos años y conviven desde hace tres meses.

Se dice a su vez que trabaja desde mayo de 2014 como agente comercial para la empresa R. F. S.L. presentando un certificado de la empresa de fecha 2 de julio de 2015 en el que se especifica que su horario es de 40 horas semanales de lunes a viernes siendo éste flexible para adaptarse al horario de su cartera de clientes. Dispone el recurrente de vehículo de empresa y comercializa productos refrigerados, congelados y conservas siendo sus principales clientes el pequeño comercio y la hostelería.

En cuanto a la Sra. T. esta reside en Zaragoza si bien en este caso se indica en el barrio O.

y no en el de T., trabaja desde 2013 para la empresa La Z. SA y su jornada laboral es de ocho horas diarias y se lleva a cabo entre las nueve horas y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los diferentes centros.

Ya más en concreto en relación a la menor se afirma que ha finalizado 3º de Infantil en el colegio público Doctor Azúa teniendo un horario escolar de nueve horas a 17 horas utilizando el servicio de comedor y realizando actividades extraescolares dentro del propio centro así como los martes practica natación de 17.30 horas a 18.15 horas.

Según la trabajadora social los dos progenitores presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral al desempeñar labores comerciales con jornadas de 40 horas semanales sin un horario predeterminado por lo que tienen dificultades de conciliación laboral siendo que un mínimo entendimiento permitiría que la menor pudiera pasar el mayor tiempo posible con cada uno de ellos evitando un apoyo excesivo e innecesario de las familias extensas.

Ambas partes cuentan con recursos suficientes y estabilidad en la vivienda así como dispone del apoyo de sus familias extensas para los cuidados relacionados con la menor.

Concluye que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia de Elena disponiendo de los recursos necesarios para atenderla y cuidarla».

La juez de instancia atribuye la diferencia entre ambos informes, el de la psicóloga y el de la trabajadora social, a la variación de datos, al recoger la psicóloga un horario del padre de lunes a viernes de 9 a 13.30 horas y de 16.30 a 20 horas, que no se concretaba en lo expuesto por la trabajadora social a la que el actor había aportado un certificado de empresa de 2 de julio de 2015, que por su contenido debe ser el mismo que el que obra en las actuaciones de 20 de enero de 2015 (oficio remitido al Juzgado en prueba documental propuesta por la parte demandada), en el que se manifiesta que el horario de trabajo es de 40

horas semanales de lunes a viernes siendo flexible para adaptarse al horario de los clientes ya que ocupa el puesto de agente comercial.

Según la sentencia no se ha podido concretar el horario aproximado del Sr. I. y la forma en que se flexibiliza, añadiendo que *«No es suficiente con señalar que se dispone de flexibilidad horaria, al igual que sucede en el caso de la madre Sra. T. que tampoco concreta horario de trabajo siendo lo máximo que se alcanza a saber es que es de ocho horas y se lleva a cabo entre las 9 y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los centros, sin saberse por tanto se realiza turnos rotatorios, partidos etc.*

Sentado lo anterior y puesto que la menor convive hasta la fecha con la madre, es de entender que la misma ha podido organizar y compatibilizar su horario de trabajo con el de la menor con la asistencia de miembros cercanos de su familia como su madre.

En el caso del Sr. I., partiendo de esa misma indeterminación no ha podido concretarse cuál es su jornada de trabajo al efecto de poder determinar aspectos importantes como si tiene posibilidad de llevar a la menor al colegio por las mañanas, de recogerla por las tardes, y qué tiempo puede pasar con la misma una vez finalizado el horario escolar y el de las actividades extraescolares».

En la sentencia se suscitan también dudas sobre el domicilio del actor, quien afirmó a la trabajadora social que reside en su domicilio de C. de H. en el que convive con su pareja tras dos años de relación, pocos meses antes de emitirse el informe, aportando un certificado de empadronamiento de 3 de julio de 2015, suscitando dudas a la juzgadora que esta convivencia no se produjera tras la ruptura entre las partes ni con anterioridad a la interposición de la demanda sino a escasos días de celebrarse el acto de la vista. Se dice que no hay constancia de la residencia del actor en C. de H. dados los escasos consu-

mos de gas y electricidad según los recibos de 2014. Y continúa:

«No ha quedado así concretada cuál es la disponibilidad del padre, si efectivamente reside solo o en pareja en la vivienda de C. de H. y si puede conciliar la vida familiar y laboral para tener a la hija en régimen de custodia compartida sin tener que acudir a los apoyos externos en la misma medida en que puede hacerlo la madre.

(...)

Y esta es la duda que acontece en el caso analizado, pues además de no saberse a ciencia cierta ni el horario de trabajo del Sr. I., ni su lugar exacto de residencia, si efectivamente vive de forma independiente en la vivienda de su propiedad no ha acreditado cómo puede compatibilizar sus horarios con los de la hija cuando en principio cabría pensar que aquellos son los que más concretó a la psicóloga en su informe (bastante incompatibles) pese a que esta cuestión es más competencia de la trabajadora social en cuyo informe y seguramente por las propias manifestaciones del entrevistado, no se detallan estos.

Si por otra parte el recurrente continúa residiendo con sus padres y su horario es el antes indicado, tal y como la psicóloga aprecia, tan apenas habría estancias de tiempo efectivo entre padre e hija durante la semana para el supuesto de disponerse una guarda compartida, lo que equivale a atribuir o delegar la mayor parte del tiempo en los abuelos el cuidado y la atención de la niña lo que no comulga con la finalidad de este régimen.

Los razonamientos expuestos deben conllevar necesariamente a desestimar la pretensión principal formulada por el Sr. I. porque si bien es cierto que ha cambiado de empresa y de horario de trabajo, ni el de antes ni el de ahora, por falta de acreditación de este último resultan compatibles con un sistema de custodia compartida que exige una plena probanza de la disponibilidad del progenitor si bien no es impedimento alguno para una ampliación del régimen de visitas en los términos que se detallarán en el

fallo de la presente resolución porque el vigente resulta escaso y no atiende a las necesidades y reforzamiento de vínculos entre padre e hija que se deben fomentar».

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de 21 de junio de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el del actor manteniendo la custodia materna y estimó el de la demandada en el sentido de reducir la visita intersemanal al miércoles sin pernocta, desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Se expresan así las razones para mantener la custodia materna:

«La perito psicóloga establece en su informe un horario laboral del padre de 9 h. a 13.30 h. y de 16.30 h. a 20 h. de lunes a viernes. El alude a un horario flexible, flexibilidad que por su inconcreción no garantiza esa disponibilidad que propugna, por tratarse de conceptos en absoluto equivalentes.

Tampoco ha acreditado el actor su actual residencia, pese a la documental aportada, no prueba eficazmente la concreta ubicación de su domicilio habitual, que más bien parece buscado de propósito en fechas recientes para favorecer su pretensión.

Finalmente, las comunicaciones aportadas de los litigantes, revelan continuos desacuerdos en el cumplimiento de las visitas, y disfunciones en ese ejercicio que solo propician perjuicios a la menor (inasistencia del padre a actividades extraescolares y cumpleaños de la menor, etc.).

Debe mantenerse la custodia materna por estimarse es la medida que mejor protege el interés de la hija».

Para razonar sobre la modificación de las visitas solicitada por la demandada en su recurso de apelación, se dice en la sentencia:

«La Juzgadora desestima la petición de custodia compartida por considerar que el padre no puede atender personalmente a la menor, dudando que pueda llevarla al colegio y recogerla diariamente, entre otros cometidos, sin embargo, contradictoriamente, instaura un sistema de visitas intersemanales con pernocta, que no solo no ha pedido el actor en su demanda, sino que darían lugar a la misma problemática que se pone de manifiesto en la Sentencia.

El padre reside en C. de H. y la madre con la menor en Zaragoza, iniciando el primero la jornada laboral a las 9 h. de la mañana, y, según prueba aportada en esta alzada, ha dejado de acudir a recoger al colegio a la hija en diversas ocasiones, generándose conflictos parentales, que han devenido en habituales.

Si su jornada laboral finaliza a las 20 h. poco podrá hacerse cargo de la menor, entre semana.

En estas condiciones, y para regular adecuadamente la vida y estabilidad de la niña, en cuyo interés y derecho se establecen las visitas, deben reducirse las intersemanales a un día fijo, los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20 h., manteniéndose el resto del sistema de visitas instaurado por estimarse adecuado, y, prácticamente similar al fijado en la Sentencia precedente, único sentido en que se revoca la Sentencia».

CUARTO.- El recurso de casación se articula, por lo que se refiere a la custodia de la menor, en seis motivos, si bien los relevantes son el cuarto, en el que se argumenta la infracción del artículo 80.2 por no haberse respetado su contenido relativo a la preferencia legal por la custodia compartida contenida en el mismo, con cita de diversas sentencias de esta Sala en apoyo de su interpretación, y el quinto en lo referente al apartado 2.e) del artículo 80.2 sobre la conciliación de vida familiar y laboral.

En el primer motivo se citan como normas infringidas los artículos 75.2, 76.2, 76.3,

79.2 y 80.2 del CDFA, además del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LPJM), sobre el interés superior del menor. En el segundo se enuncian los principios a que se refieren los preceptos anteriores. En el tercero se muestra disconformidad con la sentencia que se recurre por la denegación de la custodia compartida y por la reducción de las visitas. En el cuarto se concreta la infracción del artículo 80.2 CDFA, y el quinto se centra de forma más específica en el apartado 2.e) del mismo referido a la conciliación de la vida familiar y laboral. El sexto afirma que la guarda y custodia individual de la menor no es la más conveniente para ella por el reconocimiento del artículo 76.2 CDFA al derecho de la menor a una relación igual con sus padres, con cita de alguna sentencia del Tribunal Supremo sobre este principio. El séptimo se refiere al régimen de visitas y el octavo reitera las infracciones denunciadas.

Los citados motivos inciden, aunque de forma poco hilvanada, en la infracción del artículo 80.2 CDFA, como se concreta en los motivos cuarto y quinto, siendo los demás de apoyo en el terreno de los principios, por lo que se examinarán conjuntamente a los efectos de comprobar si se ha producido la infracción del citado artículo 80.2.

El Ministerio Fiscal, tras cita de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la custodia compartida, destaca del informe de la psicóloga que la convivencia de la hija con ambos progenitores favorecerá el desarrollo de su autonomía personal y que considera positivo para el desarrollo de la niña un contacto más frecuente con ambos progenitores. Y del de la trabajadora social que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia disponiendo de los recursos necesarios para atenderla y cuidarla.

Deduce el Ministerio Fiscal que el criterio de la conciliación de la vida familiar y

laboral parece ser el determinante para que ambas instancias se inclinen por la custodia individual de la madre, lo que le resulta *«chocante porque los dos progenitores trabajan una 40 horas semanales (el horario del padre es flexible, según el certificado de la empresa R. F. SL). El horario de la madre en la empresa La Z. también es de 40 horas, entre las 9 y las 21 horas, para adaptarse a los horarios comerciales de los diferentes centros. Y según la trabajadora social los dos progenitores presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral, por lo que ambos progenitores tienen que buscar el apoyo excesivo e innecesario de las familias extensas (los abuelos)»*.

Expone el Ministerio Fiscal las bondades de la custodia compartida según el texto del Preámbulo de la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, y de sentencias del Tribunal Supremo, y concluye que se debe estimar el recurso de casación.

La parte recurrida niega que la preferencia legal por la custodia compartida tenga un carácter imperativo, como pretende la parte recurrente, y que la sentencia recurrida ha concluido que la custodia individual es lo más conveniente para la menor, tras la valoración de la prueba practicada. Además, que en un procedimiento de modificación de medidas, conforme al artículo 79.5 del CDFA, corresponde probar su existencia y alcance a la parte que pretende la modificación.

QUINTO.- Por lo que se refiere al cambio de circunstancias requerido para instar la modificación de las medidas inicialmente adoptadas, recordamos lo expuesto en nuestra sentencia de 26 de mayo de 2014, nº 19/2014, recurso 13/2014:

«El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 CC [“alteración sustancial de circunstancias”] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medi-

das definitivas previamente acordadas, sino la de concurrencia de “causas o circunstancias relevantes”, lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

Por tanto, en relación a estas medidas, 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 SSTSJJA 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 CDFA, 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”».

Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor, como lo muestra el mismo precepto que analizamos, cuando indica que:

“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”.

Es cierto que nuestra sentencia 42/2013, de tres de octubre, dictada en el Recurso: 22/2013, que se enfrentaba a un litigio sobre modificación del régimen de custodia que venía acordado en el procedimiento matrimonial anterior, hemos dicho que una vez transcurrido el plazo del año establecido en las disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA, 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, sino que los interesados en la modificación deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas, pero no es menos cierto que a continuación se justifica la denegación de la modificación pretendida porque la prueba practicada no acreditaba la conveniencia del cambio pretendido, lo que constituía verdaderamente la ratio decidendi de la decisión entonces tomada.

Por su parte, la sentencia de esta Sala más arriba citada, nº 17/2013, señalaba que la diferencia de edad entre el momento de la inicial medida y aquel en el que se solicitaba la modificación (en el caso el cambio había sido de 10 a 14 años) puede ser circunstancia suficiente para el cambio del régimen de custodia».

En la sentencia recurrida no hay mención a si ha habido, o no, cambio de circunstancias, e incide para confirmar la de primera instancia en las pruebas practicadas, conforme a las cuales resulta más conveniente la custodia individual de la madre. La sentencia del Juzgado afirma, según consta en los razonamientos transcritos, que en el procedimiento inicial se tuvo en cuenta no solo la edad de la menor que entonces contaba escasamente un año, sino también las circunstancias laborales del padre que, por razones de trabajo, se encontraba fuera de Zaragoza desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves, y las de la madre que en aquel momento (noviembre de 2010) se encontraba desempleada.

Y, tras dar cuenta la sentencia del Juzgado de que las circunstancias laborales de los progenitores habían variado incluso desde la fecha de la presentación de la demanda (junio de 2014), pues ahora (fecha de la sentencia, julio de 2015) la madre se ha incorporado al mundo laboral desde el año 2010 y el padre ha pasado a tener otro tipo de horario, se analizan las circunstancias personales y laborales de ambos.

Tales cambios serían, pues, que la niña, nacida en octubre de 2009, tenía en la fecha de la primera sentencia (noviembre de 2010) menos de un año, y en el momento de la sentencia del Juzgado (julio de 2015) casi cinco años de edad. Y, además, las indicadas circunstancias laborales de los padres, ambos con trabajo ahora, el actor ya en Zaragoza.

En consecuencia, la modificación de las circunstancias en relación con las tenidas en cuenta en noviembre de 2010, es evidente y justifica que se pueda entrar a valorar si las mismas permiten ahora variar las medidas entonces adoptadas.

SEXTO.- La sentencia de apelación ahora recurrida constata que la de primera instancia había analizado pormenorizadamente la prueba practicada y había concluido que el interés de la menor no aconsejaba el cambio pretendido dado que el padre, por su ocupación laboral, carecería de disponibilidad efectiva de tiempo para ocuparse personalmente del cuidado cotidiano de la niña. Incide la sentencia de apelación en el horario laboral del padre, de 9 a 13.30 h. y de 16.30 a 20 h., sin que la flexibilidad alegada, por su inconcreción, garantice la disponibilidad que propugna, por tratarse de conceptos en absoluto equivalentes.

Afirman el Ministerio Fiscal y la parte recurrente que, como pone de manifiesto el informe de la trabajadora social, ambos progenitores (la madre trabajando también 40 horas semanales entre las 9 y las 21 horas), presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral y necesitan apoyo de las familias.

Y, efectivamente, estos datos así resultan de la prueba analizada en las sentencias de instancia en lo referente a las circunstancias laborales de ambos progenitores, lo que por sí solo no permitiría concluir que es mejor la situación de uno

u otro en este apartado. Decía la sentencia del Juzgado:

«No es suficiente con señalar que se dispone de flexibilidad horaria, al igual que sucede en el caso de la madre Sra. T. que tampoco concreta horario de trabajo siendo lo máximo que se alcanza a saber es que es de ocho horas y se lleva a cabo entre las 9 y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los centros, sin saberse por tanto si realiza turnos rotatorios, partidos etc.».

A continuación la sentencia del Juzgado supone que la madre, dado que convive con la niña, ha podido organizar y compatibilizar su horario con la asistencia de miembros cercanos de su familia, como su madre, pero dice respecto al padre que no ha podido concretarse cuál es su jornada de trabajo al efecto de poder determinar aspectos importantes, como si tiene posibilidad de llevar a la menor al colegio por las mañanas, de recogerla por las tardes, y qué tiempo puede pasar con la misma una vez finalizado el horario escolar y el de las actividades extraescolares.

Incide, por lo tanto, en las dificultades de ambos progenitores para compatibilizar su vida familiar y laboral, como pone de manifiesto el informe de la trabajadora social que prevé la necesidad de apoyos familiares para ambos, pero presume que la madre puede hacerlo (no se indica cómo) y, en cambio, no lo supone de igual forma respecto al padre. Y por eso concluye (ver último párrafo transcrito en nuestro fundamento tercero anterior) que la falta de acreditación del horario del padre no resulta compatible con el sistema de custodia compartida que exige una plena probanza de la disponibilidad del progenitor. Lo que no impide —se dice en la sentencia— una ampliación del régimen de visitas a los miércoles con pernocta.

Debe suponerse, en igualdad de horarios laborales, que ambos podrán superar esta dificultad de conciliación de la vida

laboral y familiar, salvo que se tenga por acreditado lo contrario, lo que no se ha puesto de manifiesto en el presente caso. Para que podamos llegar a tal conclusión no es necesaria distinta valoración de la prueba, que se concreta a los horarios laborales de ambos progenitores, pues las posibilidades futuras de conciliación del padre no pueden ser adivinadas.

El otro factor que en la sentencia recurrida lleva a mantener la custodia individual es el domicilio del padre pues, según ha quedado transcrito, a pesar de la documental aportada (certificado de empadronamiento en C. de H.), parece buscado de propósito en fechas recientes para favorecer su pretensión. Y, según hemos transcrito también, para razonar sobre la supresión de la pernocta de los miércoles con el padre, afirma que el padre reside en C. de H. iniciando la jornada laboral a las 9 h. de la mañana, y la menor con la madre en Zaragoza. Por lo tanto, parece concluirse que el domicilio del padre es en C. de H. , y se suprime la pernocta de los miércoles que había sido acordada por la sentencia de primera instancia precisamente porque el horario laboral del padre aconsejaba concederla, siguiendo la recomendación del informe psicológico para que padre e hija pudieran estar juntos al menos desde las 20 h.

Las conclusiones establecidas en las sentencias, partiendo de los hechos concretos citados (horarios laborales de ambos y domicilio del recurrente) parecen suponer —pero no justifican— que el padre no podrá cumplir las obligaciones que impone la custodia compartida, con exigencias (posibilidad de llevar y recoger a la niña del colegio, tiempo de estancia con la misma) que tampoco se sabe cómo puede cumplir la madre (véase el anterior párrafo últimamente transcrito de la sentencia de primera instancia), que necesitará la ayuda que pueda recibir de la familia, en particular de su madre.

Salvo lo anterior, no se ha puesto de manifiesto que el padre no sea idóneo para el ejercicio de la guarda y custodia de su hija, sino que afirman tal aptitud las sentencias de instancia con cita de los informes de la psicóloga y de la trabajadora social, aunque la primera opte por mantener la custodia individual con ampliación del régimen de visitas y la segunda aparezca más abierta al régimen de custodia compartida.

Indudablemente se han producido cambios relevantes que permiten examinar si el régimen de custodia que mejor atiende al interés del menor puede ser el de custodia compartida. Afectan dichos cambios a la edad de la niña y a las circunstancias laborales de los progenitores.

La edad de la niña, de menos de un año en el momento de ser fijada la custodia individual, casi siete años al tiempo de la sentencia recurrida (junio de 2016), y ahora ya cumplidos, en régimen de escolarización hasta las cinco de la tarde, alguna tardes después de las actividades extraescolares, permite contemplar con normalidad ese cambio partiendo de que, conforme a la norma aragonesa, es el sistema que mejor atiende a dicho interés (Sentencias de esta Sala, 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).

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 adop-

ción 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 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 concurran 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».

Las circunstancias laborales de los progenitores también han variado sustancialmente respecto a las de noviembre de 2010. El padre ya no pasa fuera de Zaragoza, por razones de trabajo, desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves, sino que trabaja en Zaragoza en horario de 9 a 16.30 y de 16.30 a 20 horas. Es evidente que en aquellas circunstancias no se podía ocupar en noviembre de 2010 de una niña de menos de un año. Ahora, el horario indicado se lo permite en circunstancias parecidas a las de la madre, que entonces tenía todo el tiempo disponible dado que se encontraba en paro.

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 parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarlos 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.»

La sentencia ahora recurrida afirma también, trayendo en esa instancia una

cuestión sobre la que no se había pronunciado la del Juzgado, que las comunicaciones de los litigantes revelan continuos desacuerdos en el cumplimiento de las visitas y disfunciones en ese ejercicio que solo propician perjuicios a la menor.

En relación con la conflictividad de la relación entre los progenitores, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013, recurso 1128/2012, citada de la de 17 de diciembre de 2013, recurso 2645/12, dice:

«En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”».

Lo mismo debe afirmarse respecto a los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores: que solo serán relevantes si perjudican el interés del menor.

Lo expuesto acredita que no se han aplicado correctamente algunos de los criterios señalados en el artículo 80.2 del CDFA para atribuir a los progenitores la guarda y custodia de los hijos, en particular el apartado e) sobre las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, según se ha razonado.

Estimada la anterior infracción, no es preciso entrar en el examen concreto de los motivos séptimo y octavo del recurso.

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.

Debe hacerse constar que no se ha presentado propuesta de plan de relaciones familiares por lo que podrán las partes acordar lo que estimen procedente en beneficio de la menor, y en su defecto registrarán 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 únicamente pidió, sin más detalles, un plan de relaciones familiares en el que la custodia correspondería a cada progenitor por meses alternos. Considera la Sala, por antecedentes de otros recursos, que dada la edad de la menor, de siete 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 del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante la semana de un día a la semana, los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro.

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.- No se fija pensión de alimentos para la hija dado que en régimen de guarda y custodia compartida la hija menor disfrutará del mismo tiempo de convivencia con cada uno de ellos y, en consecuencia, ambos contribuirán por igual al sostenimiento de los gastos y asistencia y educación de la menor.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores.

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. Alejandro I. E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 21 de junio 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 hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante la semana de un día a la semana, los miércos-

les, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro.

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.- No se fija pensión de alimentos para la hija dado que en régimen de guarda y custodia compartida la hija menor disfrutará del mismo tiempo de convivencia con cada uno de ellos y, en consecuencia, ambos contribuirán por igual al sostenimiento de los gastos y asistencia y educación de la menor.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores.

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. Firmado y rubricado.

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 el RC 5/2016, al que me remito, y se resumen en señalar que la Sala, nuevamente en contradicción con el criterio sustentado, esta vez hasta en cuatro ocasiones en las dos instancias, corrige el criterio sentado en dicho grado 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.

La mera lectura de la sentencia mayoritaria, que analiza larga y detalladamente las circunstancias del caso para concluir que a su juicio no son bastantes para optar por la custodia individual frente al criterio legal general de la compartida, muestran que no estamos ante un supuesto de 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 que justificaría la corrección del criterio sostenido en las sentencias impugnadas, lo que por otra parte no se dice en la sentencia que ocurra.

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 decimos.

«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 debió haber sido:

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 21 de junio de 2016 de marzo de 2016 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo n° 70/2016.

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. Firmado y rubricado.

NÚM. 28

S. TSJA 31/2016 de 21 de diciembre de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE: Al ejer-

cicio de la responsabilidad parental: Aunque no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y ambas instancias han aplicado el Derecho aragonés, el TSJ se plantea de oficio la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable al caso porque en este concurre un elemento de extranjería en cuanto consta acreditado que la menor es hija de padre español y madre rumana. En este caso es de aplicación el art. 9.4 segundo párrafo Cc. porque lo relevante es el ejercicio de la responsabilidad parental relativa a la hija común por parte de ambos progenitores, y en concreto en orden al derecho de visitas que corresponde al padre respecto de la menor, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre y la ejerce en país extranjero. El Convenio de la Haya de 1996, al que se remite el 9.4 Cc., previene la aplicación de la *lex fori* (art. 15.1), y la aplicación de la ley española debe llevar en el caso, al tratarse de una menor nacida en Zaragoza y cuyo primer domicilio lo fue en esta ciudad, a aplicar la legislación aragonesa, al ser el ordenamiento del territorio con el que mantiene un vínculo estrecho (art. 47.1 y 4). Lo que no impedirá que en la ejecución de la medida pueda aplicarse el Derecho del Estado en que reside actualmente la menor (art. 15.3 del Convenio).

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Posibilidades de supervisión: La medida de supervisión de las visitas no vulnera el contenido normativo de los arts. 60.2 y 76.3 CDFa, por cuanto, en interés de la menor y a la vista de las circunstancias psíquicas que concurren en su padre, es posible establecer cautelas para asegurar que esas visitas tendrán lugar siempre en beneficio de la menor. Puede ordenarse que dicha supervisión pueda ser realizada por establecimiento cuyo nombramiento se promueva en su actual país de residencia, Bélgica; pero contraviene los preceptos citados el hecho de que la madre pueda decidir

la persona de su confianza que llevará a cabo la supervisión de las visitas con el padre, que puede no existir y dar lugar a la imposibilidad de ejercicio del derecho de visitas. El cumplimiento de los deberes no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso la que aparece como deudora u obligada a realizar actos que hagan posible el ejercicio del derecho de relación que en la sentencia se ha reconocido.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 60.2 y 76.3 CDFa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

HECHOS RELEVANTES

PRIMERO.- Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso de casación:

1.- D. Daniel T. B., de nacionalidad española, y D.ª Inga L., ciudadana rumana, mantuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació una hija en Zaragoza, el día 21 de junio de 2014, llamada Daniela T. L.

2.- En fecha no determinada, pero dentro del año 2014, se produjo la ruptura de dicha relación. D. Daniel se trasladó a Inglaterra por razones laborales, pasando a ejercer su profesión de ingeniero en la localidad de Haverhill (Inglaterra), donde vive y trabaja.

3.- Al tiempo de presentarse la demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos (noviembre de 2014) D.ª Inga mantenía su domicilio en Zaragoza, ciudad en la que residía con su hija. En la demanda interpuesta, D. Daniel solicitó que la guarda y custodia de la hija fuera atribuida

a la madre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores, y solicitaba que mientras él resida en Inglaterra se estableciera un régimen de visitas y periodos de vacaciones en los términos que constan en el suplico de la demanda, interesando también el cierre de fronteras con la finalidad de que la hija común no pudiera ser sacada de España sin la autorización escrita de ambos progenitores o, en su defecto, sin autorización judicial. En su contestación D.^a Inga se mostró conforme con la atribución de la guarda y custodia de la menor Daniela, pero instó la posibilidad de fijar su residencia junto a la menor en cualquiera país de la Comunidad Europea, además de que las visitas a favor del padre se hagan en un medio controlado por una tercera persona que salvaguarde la integridad de la menor en todo momento.

4.- La sentencia del juzgado de primera instancia, tras analizar detalladamente las circunstancias concurrentes y, de modo especial, la prueba practicada respecto al estado de salud psíquica de D. Daniel, concluyó considerando que de ninguno de los informes se desprende el padecimiento de una seria y/o grave patología o una importante alteración que le sea invalidante para atender sus obligaciones paterno filiales en relación a la hija, concluyó decidiendo atribuir la guarda y custodia de la hija común Daniela a la madre Sra. L., con mantenimiento de la autoridad familiar compartida, confirmando igualmente el régimen de visitas y comunicaciones, con entregas y recogidas en el punto de encuentro familiar de Zaragoza (PEFZ), establecido en autos de 30 de marzo y 30 de abril de 2015, y fijó un régimen en cuanto a las vacaciones del año 2016 y posteriores.

5.- Recurrida dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial dictó su fallo en el que, estimando parcialmente los recursos de apelación deducidos, revocó en parte la sentencia impugnada y

decidió: autorizar el traslado a Bélgica de D.^a Inga L. y Daniela; señalar en Bruselas las visitas de fines de semana desde el sábado a las 10 horas al domingo a las 20 horas y días intersemanales, con pernocta si tienen lugar bajo la supervisión de los abuelos y sin pernocta en otro caso; y mantener la supervisión de las visitas padre/hija, ya por los abuelos paternos, en España en períodos vacacionales o en Bruselas si coincidiesen con las estancias de los mismos en esa ciudad, ya por persona de su confianza que la Sra. L. designe o por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia.

6.- Dicha sentencia fue objeto de aclaración, a instancia del demandante Sr. T., por auto de 12 de mayo de 2016, en el sentido de que los informes médicos requeridos deberán ser expedidos por psiquiatra y de que la recogida y entrega de la niña tendrá lugar en el domicilio de la madre en Bélgica.

7.- La sentencia de la Audiencia Provincial, aclarada en su fallo en los términos expuestos, es objeto de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Daniel, que se funda en los motivos reseñados en los antecedentes de hecho.

Admitido el recurso por todos ellos, la Sala debe examinar primeramente los motivos de infracción procesal conforme a la regla sexta de la Disposición Final 16^a.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el motivo de casación por infracción de preceptos legales sustantivos.

**RECURSO EXTRAORDINARIO
POR INFRACCIÓN PROCESAL.
EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO**

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso extraordinario por infracción procesal se funda en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con los artículos 267.1 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial y artículos 214 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la modificación del fallo de la sentencia de 4 de mayo de 2016 operada mediante lo resuelto en el auto de aclaración de 12 de mayo siguiente. Explica el recurrente que el auto aclaratorio supone una variación del fallo, dado que no es lo mismo Bruselas que Bélgica, y al resolver que la entrega y recogida de la niña será en Bélgica está afectando a los periodos vacacionales que están establecidos en España, sin que se hubiera solicitado cambio sobre dicha situación por ninguna de las partes. Así, entiende el recurrente que el auto aclaratorio introduce *ex novo* un pronunciamiento que supone dos variaciones sustanciales: el de fines de semana y días intersemanales, que pasa de ser en Bruselas a ser en Bélgica en general, y de ser en Zaragoza para los periodos vacacionales a tener que realizarse en Bélgica, explicando que la madre reside en la población de Braine le Comte, situada a 40 kilómetros de Bruselas. También impugna que el auto aclaratorio haya exigido que el informe médico bimensual sea de un médico psiquiatra, lo que supone una alteración importante de la sentencia, conculca el artículo 267.1 del Ley de Enjuiciamiento Civil (en realidad debe referirse a la Ley Orgánica del Poder Judicial) y ocasiona indefensión a su representado.

TERCERO.- El motivo por infracción procesal ha de ser estimado. Es de considerar que, dictada sentencia por la Audiencia Provincial, la representación de la parte actora solicitó su aclaración, como también lo hizo la demandada, y este fue el trámite seguido por la Audiencia, tras el cual dictó el auto que ha sido mencionado. No se utilizó el procedimiento para complemento de la sentencia, permitido en la legislación procesal vigente y regulado en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En estos términos, la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico para aclarar las sentencias únicamente contempla el esclarecimiento de algún concepto oscuro o la rectificación de errores materiales o aritméticos, pero sin alterar el fallo dictado.

En el caso de autos la sentencia había señalado en Bruselas las visitas de fines de semana, mientras que el auto de aclaración decide que las entregas y recogidas de la niña tengan lugar en el domicilio de la madre en Bélgica, que no se encuentra en la capital. Esto significa cambiar el contenido del fallo y, dados los términos generales en que se produce el auto de aclaración, ampliar el objeto de dicha entrega y recogida a todo el régimen de visitas.

La estimación del motivo afecta únicamente al régimen de visitas. Respecto al informe médico bimensual, la sentencia de la Audiencia Provincial únicamente decidía mantenerlo, para establecer además la supervisión de las visitas en los términos recogidos en el fallo. Por ello la concreción que se produce en este punto, a instancia de la parte demandada, no excede de la posibilidad de aclaración de las sentencias al afirmar que dichos informes deberán ser expedidos por psiquiatra.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO

CUARTO.- El segundo motivo denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender la parte recurrente que la sentencia incurre en falta de motivación respecto a la valoración de las pruebas relativas a la afectación psíquica que sufre el Sr. T. En el desarrollo del motivo refiere que, si bien la sentencia expone cuáles son los informes psicológicos y psiquiátricos obrantes en autos, no

existe razonamiento alguno sobre la valoración de tales pruebas, de manera que se desconocen las razones que han llevado a la convicción de la Sala a revocar en este punto la de primera instancia, de manera muy perjudicial para su representado.

La sentencia impugnada, al abordar el tema de la supervisión de las visitas que podrá tener el Sr. T. con su hija, expresa que en autos hay cinco informes, describiendo los resultados de los realizados por el Dr. Ezquerro, Sra. Gracia, Dr. Corbet, Dra. Pedrejón y Dr. Rubio. Tras esta narración detallada, entiende el tribunal provincial que «hoy por hoy no existen garantías suficientes sobre la situación psíquica del apelante, por lo que procede mantener la supervisión de las visitas», para a continuación determinar la forma en que dicha supervisión tendrá lugar.

La motivación de las decisiones judiciales viene exigida legalmente en el artículo 218.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual ordena que «*Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón*», como forma de exteriorizar las razones que justifican la decisión adoptada, de forma que las partes puedan conocerlas, y de este modo resulte posible articular el recurso que las leyes procesales previenen, además de evitar la arbitrariedad en la resolución.

Pero el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han mantenido reiteradamente que no es precisa una motivación amplia y exhaustiva, sino que se cumple la exigencia constitucional y legal mediante una motivación que sirva a los efectos antes expresados. Como indica la STS de 22 de abril de 2013 (Id Cendoj:

28079110012013100308), con razonamientos que son trasladables al caso de autos, «*La sentencia recurrida cumple el deber de motivación, pues en ella se exponen los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios fácticos y jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 196/2003, de 27 de octubre, y 218/2006, de 3 de julio; STS de 17 noviembre de 2006 y 1 de diciembre de 2006, entre otras), se hace de forma comprensible y, como acto de aplicación del Derecho, permite su control jurisdiccional por medio del sistema de recursos (STS de 31 de enero de 2007, RC núm. 937/2000)*». Y añade el Tribunal Supremo: «*La desestimación implícita de los argumentos del demandante no implica falta de motivación, pues el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo (SSTC 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, 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 de 9 de marzo de 2010, RIPC núm. 2460/2005)*».

En el caso de autos, la descripción de los resultados de los informes emitidos en el proceso pone de relieve que, frente a los informes psicológicos, existen otros realizados por psiquiatras de los que se desprende una personalidad de carácter antisocial, narcisista y obsesiva, inmadura y disfuncional, y la conclusión a la que llega el tribunal no es expresar que D. Daniel padece una enfermedad psíquica sino que, no existiendo garantías suficientes sobre su situación, procede mantener la supervisión de las visitas, decisión que adopta en interés de la menor, y que resulta suficientemente motivada.

Por ello el motivo de recurso ha de ser desestimado.

**RECURSO EXTRAORDINARIO POR
INFRACCIÓN PROCESAL.
EXAMEN DEL TERCER MOTIVO**

QUINTO.- En el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia que la sentencia recurrida ha realizado una valoración irracional de la prueba practicada en la instancia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 218.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil. En apoyo del recurso sostiene el recurrente que el Sr. T. no está diagnosticado de ninguna psicopatología y que, en consecuencia, la supervisión de las visitas supone un doble control que no está justificado por la prueba practicada.

El motivo se desestima, por las siguientes razones: a) es sabido que la valoración de la prueba es función que corresponde a los tribunales de instancia, ya que la misma se ha practicado ante ellos, conforme a los principios de oralidad e inmediatez, y no puede ser revisada en sede de recursos extraordinarios; b) únicamente resulta posible considerar dicha valoración cuando, a la vista de los fundamentos de derecho expresados en la sentencia, pueda concluirse que se ha llevado a cabo de forma absurda, arbitraria o ilógica —STS de 19 de octubre de 2010, nº 652/2010 y de 21 de septiembre de 2016, nº 554/2016, entre muchas otras; c) en el caso de autos lo que el recurrente sustenta es un punto de partida distinto a aquel que ha mantenido la Audiencia Provincial, ya que parte de que el Sr. T. no está diagnosticado de ninguna psicopatología, frente a los dictámenes de los psiquiatras antes mencionados.

En definitiva, trata el recurrente de sustituir su criterio valorativo por el imparcial del tribunal de segunda instancia, lo que no es admisible en el examen de un recurso extraordinario por infracción procesal.

**RECURSO EXTRAORDINARIO POR
INFRACCIÓN PROCESAL.
EXAMEN DEL CUARTO MOTIVO**

SEXTO.- El cuarto motivo de recurso extraordinario por infracción procesal es introducido por la misma vía, pero referido a la existencia de error palmario en cuanto a los lugares de residencia de los litigantes, pues ni el Sr. T. reside en Londres ni la Sra. L. reside en Bruselas. De este error estima el recurrente que dimana la decisión acerca del lugar en el que se ha de llevar a efecto las visitas, y entiende que el acuerdo sobre visitas de días intersemanales es, desde las condiciones fácticas realmente existentes, una quimera.

La sentencia recurrida no dice expresamente que los lugares de residencia de ambos progenitores sean los indicados, pero parte de ese dato para adoptar su decisión. Así, en el fundamento de derecho segundo indica que «es claro que, ya producida la ruptura entre ambos, no cabe confrontar el derecho de la madre ni con el arraigo de una niña de año y medio en Zaragoza ni con los derechos de los abuelos paternos, sin que padezcan las visitas del padre, ni en Bruselas, dada la fácil, frecuente y rápida comunicación con Londres, ni en Zaragoza en los periodos vacacionales». Por ello en el fallo, tras autorizar el traslado a Bélgica de D.^a Inga, señala en Bruselas las visitas de fin de semana y mantiene la supervisión de las mismas en dicha ciudad. El auto de aclaración expresa que la recogida y entrega de la niña tendrá lugar en el domicilio de la madre en Bélgica.

La STS de 21 de septiembre de 2016 ya enunciada, tras apoyarse en otras anteriores del mismo tribunal, indica que «*concurrir 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*».

Esta circunstancia se produce en el caso de autos. La decisión ha incurrido en error notorio en cuanto a los lugares en que tienen su residencia ambos progenitores litigantes y, a partir de dicha consideración, ha adoptado las decisiones sin tener en cuenta las distancias existentes entre las localidades en que cada uno de ellos reside y las capitales de los respectivos estados.

Por ello el motivo se estima.

**CONSECUENCIA DE LA ESTIMACIÓN
DE MOTIVOS DE RECURSO
POR INFRACCIÓN PROCESAL**

SÉPTIMO.- La estimación de dos de los motivos de recurso extraordinario por infracción procesal no conduce, sin embargo, a la devolución del proceso a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia, como insta la parte recurrente. La Disposición Final Décimo Sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene a estos efectos en su apartado 1, regla 7ª, que *«Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación»*.

Conforme a dicho precepto la Sala habrá de entrar a considerar el recurso de casación partiendo de los hechos acreditados en las instancias y de las decisiones adoptadas estimando los motivos de infracción procesal, por lo que seguidamente hemos de entrar a considerar el motivo único de recurso de casación.

**RECURSO DE CASACIÓN. DETERMINACIÓN
DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE**

OCTAVO.- Aunque no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y ambas sentencias han aplicado el Derecho aragonés, es pertinente plantear la cuestión del

ordenamiento jurídico aplicable al caso porque en este concurre un elemento de extranjería en cuanto consta acreditado que la menor es hija de padre español y madre rumana.

La parte actora apoyó su demanda en lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil y 80 y 82 del Código de Derecho foral aragonés. La demandada en su contestación se mostró conforme con la fundamentación jurídica invocada en la demanda.

En este caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.4 segundo párrafo del Código civil a cuyo tenor *«La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños»*. Porque lo relevante para la decisión del litigio no es la existencia de una relación de pareja a la que se refiere la sentencia de primera instancia, sino el ejercicio de la responsabilidad parental relativa a la hija común por parte de ambos progenitores, y en concreto en orden al derecho de visitas y de relación que corresponde al padre respecto de la menor, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre y la ejerce en país extranjero.

El Convenio citado, del que tanto el Reino de España como Bélgica son parte, previene en su art. 15.1 la aplicación de la *lex fori*: *«En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley»*.

La menor es de nacionalidad española, conforme al artículo 17.1 a) del Código civil. En este caso la aplicación de la ley nacional española al caso debe llevar a la legislación aragonesa, a tenor de lo dis-

puesto en el artículo 47.1 y 4 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, al tratarse de una niña nacida en Zaragoza, cuyo primer domicilio lo fue en esta ciudad, de modo que se mantiene un vínculo estrecho con el territorio de Aragón y, por tanto, con su ordenamiento jurídico.

Ello no impedirá que, en su caso, pueda aplicarse en la ejecución el ordenamiento jurídico del Estado en que reside actualmente, pues conforme al apartado 3 del art. 15 del Convenio, *«En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación»*. Aunque es de significar que en este proceso no se ha aportado el derecho de Bélgica que podría ser de aplicación ni ninguna de las partes lo ha reclamado.

EXAMEN DEL MOTIVO ÚNICO

NOVENO.- Dicho motivo se articula, con apoyo procesal en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 3.1 de la Ley de Casación Foral aragonesa, por infracción de apartado 2 del artículo 60 y del artículo 76.3 del CDFA. Tras indicar el contenido de la autoridad familiar, que comprende como derecho-deber el de tener al hijo o hija en compañía, y que tras la ruptura de la pareja se respetará el derecho de los hijos a tener contacto directo con ambos progenitores, estima la parte recurrente en el desarrollo impugnativo que la sentencia de apelación, inexplicablemente, permite a la madre decidir a su arbitrio cuándo hay pernocta y cuándo no la hay, y que la designación de persona de su confianza para la supervisión de las visitas supone de facto denegar al padre el derecho-deber de estar con su hija y tenerla en su compañía.

El art. 60 del CDFA previene que *«1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.*

2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija.

3. El Juez, a petición del menor, padres, abuelos, parientes o allegados, y atendidas las circunstancias, podrá suspender, modificar o denegar la relación con el menor si su interés lo requiere. También puede adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de esta relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados».

Por su parte el art. 76 del CDFA, bajo la rúbrica de «derechos y principios» establece en su apartado 3: *«En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos:*

a) Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.

b) Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares».

A la vista de la decisión adoptada en la sentencia y de las alegaciones de las partes, especialmente de los argumentos impugnativos del recurrente, el recurso ha de ser acogido, en la medida y con las precisiones que se dirán.

A tal efecto es de considerar:

A) La sentencia en su parte dispositiva mantiene la supervisión de las visitas padre/hija, ya por los abuelos paternos, en España en periodos vacacionales o en Bruselas si coincidiesen con las estancias de los

misimos en esa Ciudad, ya por persona de su confianza que la Sra. L. designe o por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia.

B) La medida de supervisión de las visitas no vulnera el contenido normativo de los preceptos cuya infracción se denuncia, por cuanto en interés de la menor y a la vista de las circunstancias psíquicas que concurren en Don Daniel, y cuya valoración se ha realizado correctamente por la Audiencia, es posible establecer cautelas para asegurar que esas visitas tendrán lugar siempre en beneficio de la menor.

C) Tampoco es contrario a derecho ordenar que dicha supervisión pueda ser realizada por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia, Bélgica, lo que se fijará en ejecución de sentencia y por acuerdo de las partes, si a él llegasen, o en su defecto conforme a lo que se ha expresado en el último párrafo del fundamento anterior, es decir, acudiendo al derecho del Estado en que la menor reside con su madre.

D) Contraviene las disposiciones mencionadas el hecho de que pueda la madre decidir la persona de su confianza. En la medida en que la confianza es subjetiva y la decisión depende de forma omnímoda de la madre, los términos en que se expresa el fallo permiten que Doña Inga decida si existe o no, en cada momento, una persona de su confianza para que se lleve a efecto el régimen de visitas, lo que incluso puede dar lugar a la imposibilidad de ejercicio del derecho de visitas, y por consiguiente de la normal relación que la menor puede tener con su padre, lo que vulnera los preceptos del CDFA contenidos en el art. 60.2 y 76.3 a). El cumplimiento de los deberes no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso la que aparece como deudora u obligada a realizar actos que hagan posible el ejerci-

cio del derecho de relación que en la sentencia se ha reconocido.

En este punto, por tanto, el recurso de casación es estimado.

CONTENIDO DEL FALLO

DÉCIMO.- El tribunal, constituyéndose como instancia, ha de dictar un fallo que sustituya al recurrido, en la parte afectada por el recurso que se estima. Ha de hacerlo conforme a lo que previene el derecho aplicable, ya citado, y a las pretensiones de las partes.

En este caso la parte recurrente en casación ha solicitado de la Sala que dicte sentencia «en el sentido interesado», que no es la forma más clara y precisa de formular su pretensión.

A la vista del contenido de su escrito de recurso y de lo obrante en autos se decide: a) confirmar, como se ha indicado, el régimen de visitas establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial; b) que todas las visitas de Don Daniel con su hija Daniela se llevarán a efecto bajo supervisión, manteniendo la institucional en la forma fijada en el fallo citado, así como en los casos en que se realicen bajo el control de los abuelos paternos; c) alternativamente la supervisión podrá efectuarse por persona designada de común acuerdo por ambos progenitores; d) este sistema de supervisión se extenderá a los fines de semana y encuentros intersemanales fijados.

Respecto al Auto aclaratorio, y en coherencia con lo razonado en el fundamento tercero, ha de mantenerse la exigencia de informes periódicos expedidos por psiquiatra, pero debe quedar sin efecto la exigencia de que la recogida y entrega de la niña se produzca en el domicilio de la madre, pues el lugar dependerá de aquel en el que las visitas tengan lugar. Esta deci-

sión no afectará a los periodos de vacaciones en España.

COSTAS

UNDÉCIMO.- La estimación del recurso de casación determina la no imposición de costas de este recurso, a tenor de los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. E igualmente se mantienen los pronunciamientos sobre no imposición que se contienen en las sentencias de primera y segunda instancia.

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

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación.

Resolviendo el recurso de casación y por infracción procesal, interpuesto por la representación procesal de Don Daniel T. B.

FALLAMOS

1º Desestimar los motivos segundo y tercero interpuestos por infracción procesal.

2º Estimar los motivos primero y cuarto del recurso, interpuestos por infracción procesal.

3º Estimar el recurso de casación, en su motivo único.

4º Casar la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección segunda, en fecha 4 de mayo de 2016 en el rollo de apelación 555/2015, y su auto aclaratorio de 12 de mayo siguiente, y modificar el Fallo en los siguientes apartados:

a) todas las visitas de Don Daniel con su hija Daniela se llevarán a efecto bajo supervisión, por establecimiento cuyo nombramiento sea promovido en su actual país de residencia, así como en los casos en que se realicen bajo el control de los abuelos paternos;

b) alternativamente la supervisión podrá efectuarse por persona designada de común acuerdo por ambos progenitores;

c) las visitas de fines de semana e intersemanales se realizarán en Bruselas, si el establecimiento designado tuviese su sede en la capital, o en la ciudad que acuerden las partes.

Se confirma la sentencia en todos los demás pronunciamientos.

6º En cuanto al Auto de aclaración:

- mantenemos la exigencia de que los informes médicos requeridos sean emitidos por psiquiatra;

- queda sin efecto la necesidad de que la recogida y entrega de la menor tenga lugar en el domicilio de la madre en Bélgica, y en su lugar esta recogida y entrega se realizará, en cuanto a las visitas de fines de semana y encuentros intersemanales, en el lugar en que se lleven a efecto.

5º No hacemos imposición de costas del recurso.

6º Acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

B) ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES PUBLICADAS EN ESTE NÚMERO

B) CONTENTS OF THE PUBLISHED IN THIS NUMBER

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS			
CASACIÓN FORAL			
<i>ADMISIÓN</i>			
S. TSJA 11/2016	8 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	7
<i>DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS</i>			
S. TSJA 26/2016	16 de noviembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	24
<i>FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL</i>			
A. TSJA	25 de noviembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	25
<i>FALTA DE IDENTIFICACIÓN DE LA MODALIDAD DE RECURSO INTERPUESTO</i>			
A. TSJA	11 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	8
<i>FALTA DE JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL</i>			
A. TSJA	11 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	8
A. TSJA	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	14
<i>FALTA DE TÉCNICA CASACIONAL</i>			
A. TSJA	25 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	5
<i>FUNCIÓN DE LA CASACIÓN</i>			
S. TSJA 11/2016	8 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	7
<i>INADMISIÓN DE MOTIVOS</i>			
A. TSJA	11 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	8
<i>INVOCACIÓN ARTIFICIOSA DEL STANDUM</i>			
A. TSJA	24 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	4
DERECHO INTERREGIONAL			
<i>LEGISLACIÓN SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL</i>			
S. TSJA 22/2016	15 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	19

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE			
<i>AL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL</i>			
S. TSJA 31/2016	21 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	28
LEY DE COOPERATIVAS			
<i>RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES</i>			
S. TSJA 9/2016	19 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	3
MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL			
<i>CONSECUENCIA DE LA ESTIMACIÓN</i>			
S. TSJA 31/2016	21 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	28
<i>MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA</i>			
S. TSJA 18/2016	27 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	15
64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES			
ASIGNACIÓN COMPENSATORIA			
<i>CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO</i>			
S. TSJA 18/2016	27 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	15
<i>PAREJAS ESTABLES NO CASADAS</i>			
S. TSJA 16/2016	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	13
ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR			
<i>OBLIGACIÓN DE FIJAR UN LÍMITE TEMPORAL CIERTO</i>			
S. TSJA 25/2016	14 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	22
GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS			
<i>CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA</i>			
S. TSJA 12/2016	20 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	9
<i>GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS</i>			
<i>POR EL TIEMPO NORMALMENTE REQUERIDO PARA COMPLETAR LA FORMACIÓN</i>			
S. TSJA 10/2016	2 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	6
GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS			
<i>CUSTODIA INDIVIDUAL DE UN PROGENITOR FRENTE A OTRO</i>			
S. TSJA 16/2016	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>DERECHO TRANSITORIO</i>			
S. TSJA 21/2016	14 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	18
<i>DOCTRINA JURISPRUDENCIAL</i>			
S. TSJA 15/2016	9 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	12
S. TSJA 20/2016	7 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	17
S. TSJA 21/2016	14 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	18
<i>EL RIESGO DE DESEQUILIBRIO DEL MENOR</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
<i>FALTA DE FUNDAMENTO DE LA CUSTODIA INDIVIDUAL</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
S. TSJA 20/2016	7 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	17
<i>FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
S. TSJA 15/2016	9 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	12
<i>IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DEL ART. 80.2 CDF</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
<i>INFORMES DE ESPECIALISTAS</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
<i>INTERÉS DEL MENOR</i>			
S. TSJA 7/2016	17 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	2
<i>MODIFICACIÓN</i>			
S. TSJA 15/2016	9 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	12
S. TSJA 20/2016	7 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	17
S. TSJA 21/2016	14 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	18
S. TSJA 28/2016	2 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	27
<i>PERÍODOS DE CUSTODIA COMPARTIDA</i>			
S. TSJA 27/2016	1 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	26
S. TSJA 28/2016	2 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	27
<i>PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA</i>			
S. TSJA 12/2016	20 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	9
<i>PRUEBA DE QUE LA CUSTODIA INDIVIDUAL ES MÁS CONVENIENTE</i>			
S. TSJA 19/2016	30 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	16
<i>MEDIDAS JUDICIALES</i>			
<i>CON CARÁCTER DE MÍNIMAS</i>			
S. TSJA 28/2016	2 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	27

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
MODIFICACIÓN DE MEDIDAS			
<i>CAUSAS O CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES</i>			
S. TSJA 27/2016	1 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	26
<i>DOCTRINA CONSOLIDADA</i>			
S. TSJA 24/2016	14 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	21
<i>LA DESESTIMACIÓN DE LO PEDIDO NO INFRINGE EL ART. 79.5 CDFA</i>			
S. TSJA 7/2016	17 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	2
<i>NATURALEZA DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS</i>			
S. TSJA 7/2016	17 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	2
PACTO DE RELACIONES FAMILIARES			
<i>MODIFICACIÓN</i>			
S. TSJA 10/2016	2 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	6
RÉGIMEN DE VISITAS			
<i>CAMBIO DE RESIDENCIA DE LOS HIJOS</i>			
S. TSJA 11/2016	8 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	7
<i>EXCEPCIONALIDAD DEL NO ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN</i>			
S. TSJA 16/2016	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	13
<i>POSIBILIDADES DE SUPERVISIÓN</i>			
S. TSJA 31/2016	21 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	28
6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE INVENTARIO			
<i>RECURRIBILIDAD EN CASACIÓN</i>			
A. TSJA	28 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	23
718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS			
SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA			
<i>FIDEICOMISO DE RESIDUO</i>			
S. TSJA 23/2016	5 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	20
722: TESTAMENTO MANCOMUNADO			
INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES			
<i>DERECHOS LEGITIMARIOS</i>			

Índice de las resoluciones publicadas en este número

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TS 488/2015	15 de septiembre de 2015	RDCA-XXIII-2017	1
84: SERVIDUMBRES			
CASACIÓN FORAL			
<i>DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS</i>			
S. TSJA 26/2016	16 de noviembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	24
INMUEBLES EN PROPIEDAD HORIZONTAL			
<i>LA MODIFICACIÓN NO PUEDE PERJUDICAR LOS DERECHOS DE OTRO VECINO</i>			
S. TSJA 22/2016	15 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	19
SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO			
<i>EXTINCIÓN</i>			
S. TSJA 14/2016	16 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	11