



Roj: **STSJ AR 1128/2012 - ECLI:ES:TSJAR:2012:1128**

Id Cendoj: **50297310012012100024**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2012**

Nº de Recurso: **24/2012**

Nº de Resolución: **32/2012**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **EMILIO MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1010/2012,**  
**STSJ AR 1128/2012**

**T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00032/2012**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SALA CIVIL Y PENAL

ZARAGOZA

**CASACIÓN 24/2012**

**S E N T E N C I A NUM. TREINTA Y DOS**

**Excmo. Sr. Presidente**

**D. Fernando Zubiri de Salinas /**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

**D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /**

**D. Emilio Molins García Atance /**

**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara /**

**D. Ignacio Martínez Lasiera /**

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

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 24/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 64/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas nº 419/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente D. Vicente, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pilar Amador Guallar y dirigido por el Letrado D. César Garrido Rey y parte recurrida el Ministerio Fiscal y D<sup>a</sup>. Leonor, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Carmen Valgañón Palacios y dirigida por el Letrado D. Luis Carbonell Pintanel.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García Atance.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En fecha 15 de abril del 2011 la Procuradora Sra. Amador Guallar, en representación de D. Vicente , presentó ante el Juzgado Decano de los de Zaragoza demanda de modificación de medidas definitivas frente a D<sup>a</sup>. Leonor y, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: *"Se dicte Sentencia, acordando la modificación de las siguientes medidas definitivas: A) Que a ambos progenitores de forma compartida se les atribuya la autoridad familiar o patria potestad así como la guarda y custodia entendida como atribución de la compañía de las hijas menores. B) El padre tendrá la custodia de las hijas menores desde el 1 de febrero hasta el 30 de junio y la madre tendrá la custodia desde el 1 de septiembre hasta el 31 de enero del año siguiente. En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas para que las hijas menores puedan estar en compañía del progenitor no custodio, consistente en fines de semana alternos desde el sábado a las 10 horas hasta el lunes siguiente en período escolar en que las llevará directamente al colegio por la mañana y una tarde entre semana a elección del progenitor no custodio y de conformidad a la disponibilidad de las hijas durante el tiempo que puedan desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Los llamados "puentes escolares" se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponderá ese fin de semana, tendrá a sus hijas durante la totalidad del "puente escolar". Que entendida la guarda y custodia de las hijas menores como atribución de la compañía es evidente que el progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, durante los períodos de visitas y vacaciones que las menores estén bajo su compañía. Vacaciones: Verano.- Dos períodos de un mes cada uno: El primero comenzará el 30 de junio a las 14 horas hasta el 31 de julio a las 17 horas. El segundo comenzará a las 17 horas del día 31 de julio y termina el 31 de agosto a las 21 horas. Navidad: Por mitad divididas en dos períodos: El primer período desde el último día lectivo a la salida del colegio o en su defecto a 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas. El segundo período del 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. La elección del período de las fiestas escolares antes indicadas, en caso de falta de acuerdo, el padre elegirá período en años pares y la madre en años impares. Semana Santa y Fiestas del Pilar: Cada una de estas fiestas corresponderá íntegra cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre, y los años impares a la inversa. Fuera de las fiestas escolares ya indicadas, para el supuesto de haber otras éstas serán disfrutadas por el progenitor que en cada período ostente la custodia. En los períodos de vacaciones, las visitas quedarán suspendidas hasta su término, momento en que se reanudarán, iniciándose las visitas por el progenitor que no disfrutó del último período de vacaciones, salvo que de común acuerdo y por el bien de las hijas dispongan otro régimen. 1.C).- Cada progenitor atenderá a su costa las necesidades de las hijas menores durante el período que estén bajo su custodia, por lo que no corresponde fijar pensión de alimentos a cargo de ninguno de los progenitores. Los gastos extraordinarios necesarios serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos y en especial los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social. En todo caso los gastos extraordinarios para ser exigibles deberán ser consensuados previamente entre los progenitores de forma fehaciente. 2) Con carácter subsidiario y para el hipotético supuesto de que el Juzgado no acuerde la custodia compartida de los padres, modificación del convenio regulador del divorcio en los siguientes puntos: 2.A) Pensión de alimentos.- El Sr. Vicente contribuirá en concepto de pensión de alimentos a favor de las hijas menores de edad con la cantidad mensual de 300 euros (a razón de 150 euros mensuales por cada una) que abonará a la esposa en los primeros cinco días de cada mes, dando firmeza a dicho acuerdo desde la fecha de presentación de esta demanda. 2.B) Régimen de visitas.- Además del régimen de visitas acordado para el fin de semana en convenio de divorcio, se le reconozca al Sr. Vicente el derecho de visitas entre semana de como mínimo un día, que a falta de acuerdo será los miércoles desde las 19 horas a las 20 horas. Modificación de las vacaciones escolares respecto de la forma establecida en el convenio de conformidad a la propuesta siguiente: Vacaciones: Verano.- Dos períodos de un mes cada uno: El primero comenzará el 30 de junio a las 14 horas hasta el 31 de julio a las 17 horas. El segundo comenzará a las 17 horas del día 31 de julio y termina el 31 de agosto a las 21 horas. Navidad.- Por mitad divididas en dos períodos: El primer período desde el último día lectivo a la salida del colegio o en su defecto a 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas. El segundo período del 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. La elección del período de las fiestas escolares antes indicadas, en caso de falta de acuerdo, el padre elegirá período en años pares y la madre en años impares. Semana Santa y Fiestas del Pilar: Cada una de estas fiestas corresponderá íntegra cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre y los años impares a la inversa. Fuera de las fiestas escolares ya indicadas, para el supuesto de haber otras que no se puedan unir a un puente escolar serán disfrutadas por el progenitor custodio. La parte solicitó la adopción de medidas provisionalísimas urgentes y la práctica de prueba anticipada.*

**SEGUNDO.**- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó a la demanda suplicando: *"...dicte sentencia desestimando todos los pedimentos contenidos en la súplica del escrito de demanda, acordando la suspensión del régimen de visitas y vacaciones establecido en el convenio regulador, disponiendo que las hijas de los litigantes seguirán bajo la guarda y*



custodia de la madre y podrán comunicar y estar en compañía de su padre D. Vicente durante los fines de semana y períodos vacacionales que ellas expresamente así lo deseen, con expresa imposición de las costas a la contraparte". Por otrosí se solicitó la práctica de prueba anticipada.

Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D. Vicente contra D<sup>a</sup>. Leonor, debo declarar y declaro la plena subsistencia de las medidas adoptadas por Sentencia de divorcio conyugal dictada de mutuo acuerdo el 19 de septiembre de 2005 en la que se aprobaron una serie de medidas contenidas en el convenio regulador de fecha 31 de mayo de 2005, sin que proceda ninguna modificación en las mismas, salvo la siguiente: 1.- El régimen de visitas del padre con sus hijas será el que libremente decidan de común acuerdo entre ellos. No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas".

**TERCERO**.- La representación procesal de la parte actora interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a las partes contrarias, quienes presentaron escritos de oposición al recurso presentado de contrario.

Por Diligencia de ordenación de 13 de enero de 2012 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, Sección Segunda, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 25 de abril de 2012, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLAMOS.- Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Vicente contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Zaragoza, el 15 de Noviembre de 2011, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el único sentido de reducir a 550 € la pensión alimenticia de las hijas a cargo del padre, desde la fecha de la presente resolución.

*Se mantienen sus restantes pronunciamientos sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada".*

**CUARTO**.- La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pilar Amador Guallar, actuando en nombre y representación de D. Vicente presentó, en tiempo y forma, escrito interponiendo recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia que basó en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del art. 82, números 1 y 2 del Código del Derecho Foral de Aragón; y Segundo.- Infracción de los artículos 59 y 60 del mismo texto legal.

**QUINTO**.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por Auto de 13 de junio de 2012 la admisión del recurso interpuesto.

Conferido traslado del escrito de interposición a las partes recurridas por plazo de veinte días, se presentaron los escritos de oposición de las mismas que quedaron unidos al presente rollo y se señaló para la votación y fallo el día 26 de septiembre de 2012.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

Don Vicente y doña Leonor contrajeron matrimonio en Zaragoza, en fecha 31 de octubre de 1992.

De dicha unión nacieron dos hijas gemelas, Almudena y Angelica, el día NUM000 de 1996.

El matrimonio fue disuelto por sentencia firme de divorcio de 19 de septiembre de 2005. En dicha resolución se acordó otorgar a la madre la guarda y custodia de las hijas menores de edad y se fijó la suma de 850 euros mensuales a cargo del padre, en concepto de alimentos a favor de las hijas. A favor del padre se acordó el siguiente régimen de visitas:

*"Se establece el más amplio y libre, predominando siempre el acuerdo entre los cónyuges y, subsidiariamente, en caso de desacuerdo, se obligan al cumplimiento de lo siguiente:*

*El padre disfrutará de la compañía de sus hijas los fines de semana alternos, recogiénolas en el domicilio en que convivan con la madre los sábados a las 10 horas y reintegrándolas a las 20.30 horas del domingo. Sin embargo, durante los meses de junio, julio y agosto, cuando corresponda al padre el derecho de visitas, podrá disfrutar de la compañía de sus hijas los fines de semana alternos desde las 19 horas del viernes a las 21 horas del domingo.*

*A tal efecto, la madre entregará a las menores con la ropa y efectos necesarios para pasar el fin de semana, siendo éstos devueltos con el padre cuando reintegre a las hijas.*

*Caso de que el fin de semana correspondiente al padre coincidiera con puente escolar, podrá tener a sus hijas en su compañía los días festivos correspondientes a dicho puente."*

Respecto a las vacaciones de las menores, en verano debían permanecer con su padre durante el mes de vacaciones que a este le correspondía, y la Navidad y Semana Santa se dividían en dos periodos de similar



duración para que las niñas pudiesen disfrutar de la compañía de ambos progenitores. En las fiestas del Pilar y festivos similares, correspondía a la madre en exclusiva disfrutar de la compañía de las hijas.

Así las cosas, don Vicente ha interpuesto nueva demanda, en solicitud de modificación de medidas definitivas de los efectos de divorcio, a fin de que se acuerde que la guarda y custodia de las menores sea ejercida de forma compartida, atendiendo cada progenitor a su costa las necesidades de las hijas menores durante el periodo que estuvieran bajo su custodia y, por tanto, sin fijación de gastos ordinarios de asistencia a las hijas, costeando ambos progenitores los gastos extraordinarios en proporción a sus recursos económicos. Subsidiariamente, pide una ampliación del régimen de visitas, en los términos que ya se han transcrito, y que se limite su contribución en concepto de alimentos a las menores a la cantidad mensual de 300 euros ( a razón de 150 euros por niña ), por haber sufrido una importante merma de sus ingresos.

Doña Leonor contestó a la demanda y se opuso a estas pretensiones.

La sentencia de primera instancia, dictada el 15 de noviembre de 2011 , desestimó la demanda salvo en el particular siguiente: El régimen de visitas del padre con sus hijas debe ser el que libremente decidan de común acuerdo entre ellos.

En dicha resolución se valoraron los informes de la trabajadora social y de la psicóloga adscritas al Juzgado, que desaconsejan la custodia compartida. Se destacó que las visitas se habían desarrollado con regularidad hasta febrero de 2011, si bien el cumplimiento había sido, en la práctica, el que las niñas fuesen con su padre cuando quisieran, pero posteriormente se produjeron problemas, y en julio de 2011 se interrumpió definitivamente el contacto de las hijas con su padre. En su exploración, destaca la sentencia, las menores manifiestan que la relación está deteriorada y que no desean mantener un régimen de visitas con su padre, si bien consta en los informes que las menores disfrutaban de las estancias y tenían deseos de mantener relación con él. Se pone también de manifiesto el elevado nivel de conflicto entre los progenitores, y el mal ejercicio de las funciones parentales por parte de la madre al llevar a las hijas ante un notario para que documentara su negativa a visitar al padre. En cuanto al régimen de visitas, se razona que no parece probable que la madre modifique su conducta y tampoco parece adecuado, dada la edad de las menores, la fijación de un régimen obligatorio que solo podría cumplirse a través del recurso a la fuerza, o generaría nuevas denuncias penales entre los padres, lo que no beneficiaría a las menores.

En cuanto a la reducción de los gastos de asistencia a las hijas, en la sentencia se concluye, tras el estudio de los gastos de ambos progenitores, que no existe una situación nueva, ni personal ni económica, que justifique la modificación pretendida, habiendo ocultado el demandante parte de sus ingresos, por lo que no se ha producido una variación sustancial de las circunstancias que motivaron la adopción de las medidas cuya modificación se interesaba.

El actor interpuso recurso de apelación que fue sustanciado dictándose por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza la sentencia de 25 de abril de 2012 por la que se revocó parcialmente la de primera instancia en el único sentido de reducir a 550 euros la pensión alimenticia de las hijas a cargo del padre.

La resolución mantuvo la desestimación de la custodia compartida atendiendo al deseo expresado por las menores, y en consideración al resultado de los informes periciales practicados. Tampoco se acogió la modificación del régimen de visitas, por la edad de las menores y la importancia de su opinión. En cuanto a los gastos de asistencia a las hijas, se razona que el padre no ha probado eficazmente los ingresos que percibía en las fechas del divorcio, y valorando las pruebas practicadas se concluye que los ingresos de dicho progenitor suponen la percepción de más de 1.400 euros mensuales. Frente a ello en 2008, antes de su despido de la empresa en la que trabajó hasta febrero de 2009, declaró unas retribuciones de 35.193 euros. Se expone que la situación económica de la madre no es relevante en esta cuestión y se concluye que se ha producido un descenso en los ingresos del padre, acordándose la reducción ya indicada de la pensión de alimentos a 550 euros mensuales, manteniendo el abono por mitad de los gastos extraordinarios de las hijas.

**SEGUNDO** .-Don Vicente ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia.

En el motivo primero se denuncia la infracción del artículo 82, números 1 y 2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), por no respetar la sentencia la obligación de los progenitores de contribuir proporcionalmente, con sus recursos económicos, a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.

En desarrollo y fundamentación del motivo se analiza la situación económica del Sr. Vicente , incidiendo en los gastos mensuales que se ve obligado a satisfacer, en las necesidades económicas de las hijas, que no llega a cuantificar pero cifra en una suma inferior a la pensión de 550 euros fijada en sentencia y, finalmente, atendiendo a la situación económica de la madre.





Respecto a la Sra. Leonor , el recurrente realiza su propio cálculo de los posibles ingresos que la misma puede percibir, y reprocha que la sentencia no considere relevante la situación económica de la madre.

Como razona el Ministerio Fiscal al oponerse a este motivo del recurso de casación, se debe precisar que no cabe entrar a valorar nuevamente los hechos para fijar una cantidad distinta a la señalada en la sentencia de instancia, porque de aceptarse esta posibilidad se llegaría a crear una tercera instancia revisora del importe de las pensiones, lo que es absolutamente ajeno a la naturaleza de este recurso extraordinario.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido: "*La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del art. 146 CC "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 "* ( STS de 26 de octubre de 2011 , con cita de la sentencia 903/2005 , de 21 noviembre y las allí mencionadas).

Esta Sala ha considerado aplicable este mismo criterio respecto al principio de proporcionalidad señalado por el legislador aragonés entre los ingresos de ambos padres para contribuir a los gastos de asistencia a los hijos establecido en el artículo 82.1 CDFA, o para la relación entre necesidades de los hijos, sus recursos y los de sus padres, a fin de atender a los gastos ordinarios de aquellos ( artículo 82.2 CDFA). Así, expusimos: "*Se debe respetar la valoración de la prueba realizada por el juez, solo impugnabile en el recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del artículo 469.1.4º LEC en el caso de resultar manifiestamente arbitraria e ilógica y, como señala el Tribunal Supremo, el juicio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional ."* -STSJA de 20 de abril de 2012, y en el mismo sentido, STSJA de 11 de enero de 2012-.

Es cierto, como alega el recurrente, que la alusión en la sentencia a la irrelevancia de la situación económica de la madre en la fijación de los gastos de asistencia de las hijas no se adecua a lo dispuesto en el artículo 82 del CDFA. Ahora bien, pese a esta mención incorrecta, lo cierto es que la resolución de la Audiencia tiene en cuenta en realidad los ingresos de la madre y su contribución efectiva a los gastos de asistencia a las hijas, por ser la progenitora bajo cuya custodia se hallan, concluyendo finalmente que procedía una reducción de la pensión alimenticia de 850 a 550 euros.

En definitiva, procede rechazar la revisión del juicio de proporcionalidad que pretende la parte recurrente, porque se sustenta en su propia valoración de la prueba, intentando reproducir las pretensiones como en una nueva instancia, y sin deducir recurso extraordinario por infracción procesal. Por todo lo expuesto procede desestimar el primer motivo del recurso.

**TERCERO.-** El motivo segundo del recurso se interpone por vulneración de los artículos 59 y 60 CDFA. En lo que ahora interesa, en el primero de ellos se reconoce el derecho y la obligación de los padres a visitar y relacionarse con el hijo menor -art. 59.c)-, y el segundo dispone que el hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconsejara.

El Sr. Vicente solicitó en su demanda que la guarda y custodia de las hijas menores de edad se ejerciera de forma compartida. La pretensión fue rechazada en ambas instancias, y además de ello se estableció que el régimen de visitas del padre con sus hijas sería el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos.

En el recurso no se reitera la solicitud de la custodia compartida, sino que la petición se limita al establecimiento por el Tribunal del mismo régimen de visitas que se había fijado en la inicial sentencia de divorcio. Expone el recurrente que al no fijar la Audiencia un concreto régimen de visitas para que pueda relacionarse con sus hijas se le está privando del derecho y la obligación de visitarlas y relacionarse con ellas. Considera que dicho régimen nunca debe ser de libre disposición, ni debe deferirse a las veleidades de las menores, o al arbitrio del progenitor custodio. Se razona que el informe psicológico recomendó que no se dejara a la libre decisión de las menores el derecho a relacionarse con el padre ya que eso sería un motivo de distanciamiento entre ellos.

La sentencia, sin embargo, no infringe en modo alguno los expresados preceptos, porque no prohíbe la posibilidad de relación entre padre e hijas. Simplemente constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de unas menores que cuentan quince años de edad en este momento y que venían desarrollando un sistema de visitas que se sustentaba ya en el deseo de las menores de ir con su padre cuando quisieran. En definitiva, padre e hijas deben decidir conjuntamente un régimen de visitas que permita mantener la necesaria relación personal, sin que deba imponerse en este caso un sistema rígido que no conduciría más que a distanciar y dificultar aún más la ya tensa relación que existe entre ellos. Por estas razones procede la desestimación del motivo y, con él, del recurso de casación interpuesto.



**CUARTO.-** La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien se plantean dudas de derecho que aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

#### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Vicente contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de abril de 2012 , que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

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

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

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

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