

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Casación e infracción procesal 31/2015

S E N T E N C I A N U M . V E I N T I S I E T E

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Javier Seoane Prado	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

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

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 31/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29 de abril de 2015, recaída en el rollo de apelación número 159/2015, dimanante de autos de divorcio número 217/2013, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Dos de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Wilfredo Ruperto M. V. representado por el Procurador de los Tribunales D. Gregorio Portella Choliz y dirigido por la Letrado D^a. Margarita Blanco Abilla, y como parte recurrida D^a. Dora Rubi V. B., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María del Pilar Serrano Méndez y dirigida por el Letrado D. Francisco Javier Elia García, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. María del Pilar Serrano Méndez actuando en nombre y representación de D^a. Dora Rubi V. B., presentó demanda de divorcio contra D. Wilfredo Ruperto M. V. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia “en la que se declare haber lugar a la disolución, por causa de divorcio del matrimonio compuesto por los cónyuges Doña Dora Rubi V. B. y Don Wilfredo Ruperto M. V., por concurrir la causa establecida en el artículo 82.1 del Código Civil, acordando además los siguientes efectos directos:

1.- La disolución de la sociedad conyugal, cuya liquidación podrá llevarse a cabo en ejecución de sentencia.

2.- Se acuerde la revocación de los poderes que hayan podido otorgarse dichos cónyuges entre sí.

3.- Que en tanto en cuanto se produce la liquidación de la sociedad conyugal, dichos bienes serán administrados conjuntamente, obligándose a rendir cuentas de su administración y a no disponer de ninguno de los bienes de la sociedad conyugal.

4.- Que la custodia de la hija menor de edad, Jennifer M. V., sea concedida a la madre, manteniendo ambos progenitores la autoridad familiar.

5.- Que se conceda al padre el derecho de visitas descrito en el hecho NOVENO.

6.- Que se conceda a la hija del matrimonio, Jennifer M. V., la pensión de alimentos de 300.- euros mensuales, en doce mensualidades iguales, que Don Wilfredo Ruperto M. V. pagará a la actora por adelantado antes del día 5 de cada mes. Esta cantidad será debida desde a la fecha de interposición de esta demanda. Dicha pensión será actualizada a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia conforme a la evolución que experimente el Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pueda ejercer sus funciones en el futuro.

Con respecto a los gastos extraordinarios necesarios de la hija serán sufragados por los progenitores en proporción a su recursos económicos disponibles es decir un 75% corresponderá al padre y el 25% a la madre. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

7.- Que se conceda una pensión compensatoria para Doña Dora Rubi V. B. de 150.- euros mensuales, en doce mensualidades iguales, durante tres años, que Don Wilfredo Ruperto M. V. pagará a la actora por adelantado antes del día 5 de cada mes. Esta cantidad será debida desde a la fecha de interposición de esta demanda. Dicha pensión será actualizada a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia conforme a la evolución que experimente el Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pueda ejercer sus funciones en el futuro.

8.- Que la vivienda conyugal queda para uso del Sr. M. V., sin perjuicio de que la esposa pueda retirar los efectos personales, en el supuesto de no haberlas retirado en su totalidad.

Todo ello con condena en costas al demandado si se opusiere a lo pedido en esta demanda, con todo lo demás que legalmente proceda.”

Por otrosí se hace constar que por Auto de fecha 27 de Junio de 2013 se acordaron medidas provisionales que solicita sea prorrogada su vigencia.

Asimismo por otrosí, manifiesta que se aporta plan de relaciones familiares.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándolos para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda, haciéndolo el Ministerio Fiscal, dentro de plazo, conforme obran en las actuaciones y compareciendo la Procuradora de los Tribunales Sra. Pérez Ferrer, en nombre y representación de D. Wilfredo Ruperto M. V. contestando a la demanda,

solicitando al Juzgado que “decrete las siguientes medidas definitivas, con los siguientes efectos.

A) EN CUANTO AL DIVORCIO:- Disolución del vínculo matrimonial con los demás efectos que establece la ley.

B) RESPECTO A LA HIJA COMUN.

1.-En cuanto a la guarda y custodia de la menor : Dada la edad de la misma, solicita esta parte a su derecho se acuerde la guarda y custodia compartida a favor de ambos progenitores en un régimen de 15 días cada uno, SIENDO ESTE EL REGIMEN PREFERENTE.

2.-En cuanto al régimen de visitas de los progenitores El progenitor no custodio podrá estar con su menor hija fines de semanas alternos desde el sábado a las 10:00 horas hasta las 20:00 horas, así mismo podrá estar con la menor a la salida del colegio un día entre semanas, comiendo con esta y devolviéndola a las 15:00 horas al colegio. La elección del día la hará dicho progenitor, y lo tendrá que comunicar a la madre debidamente, con una semana de antelación como mínimo, mediante mensaje telefónico o por correo electrónico. Las recogidas y las entregas se producirán en el domicilio del progenitor que en ese momento tenga la custodia de la menor.

2.- VACACIONES

2.1 Las vacaciones de Navidad se disfrutarán de la misma forma que las vacaciones escolares, y serán divididos por mitades, correspondiendo un periodo a cada uno de los progenitores que será distribuido correspondiendo la elección los años impares a la madre y los años pares al padre. Los periodos vacacionales de Navidad que se establecen son del 24 de diciembre al 31 de diciembre y del 31 de diciembre al 6 de enero.

2.2.- LAS VACACIONES DE SEMANA SANTA:

Se atribuye alternativamente el periodo vacacional completo a cada uno de los progenitores, correspondiendo los años pares al padre y los años impares a la madre.

2.3- RESPECTO A LAS VACACIONES ESCOLARES DE VERANO DEL HIJO:

Corresponderá la mitad a cada uno de los progenitores. A estos efectos, se considerará que las vacaciones escolares de verano de la menor serán los periodos en que, entre el comienzo de las vacaciones de verano en junio y la vuelta al colegio en septiembre, la hija quede libre de las estancias en

campamentos, viajes de estudios o actividades similares. Y será distribuido correspondiendo la elección los años impares a la madre y los años pares al padre.

3.- FESTIVIDADES Y CELEBRACIONES.

Se atribuye alternativamente a cada uno de los progenitores de forma completa el periodo correspondiente a los puentes en ocasión a festividades, correspondiendo los años impares a la madre y los años pares al padre, lo cual tendrá que ser comunicado al otro progenitor mediante mensaje telefónico o correo electrónico en aras a la planificación familiar.

El progenitor no custodio recogerá a la hija en el domicilio del progenitor custodio a las 17:00 horas, reintegrándolo el día de entrega a las 20:00 horas en el mismo domicilio.

El cumpleaños de la menor corresponderá a la madre los años impares y al padre los pares.

En cuanto a los cumpleaños de los progenitores y fiestas del día de la madre y día del padre, el menor pasará el día con el progenitor al que corresponda la celebración. Si coincidieran las mismas con el periodo que le correspondiere al otro progenitor, ambos cederán ese día a favor del otro para que el hijo pueda disfrutar dicha festividad con el progenitor correspondiente.

4.- COMUNICACIÓN.

Los padres facilitarán la comunicación diaria de la hija menor con el otro progenitor, telefónica o por cualquier otro medio electrónico o audiovisual, respetando siempre las horas de descanso de la menor. Asimismo, ambos progenitores facilitarán la comunicación de la hija con el otro progenitor en los periodos vacacionales referidos.

Ambos progenitores comunicarán al otro, durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren con la menor, dirección y teléfono. En el caso de que la menor se encontrara enferma o accidentada sin poder salir del domicilio familiar, el progenitor que no tenga en ese momento la custodia podrá comunicarse telefónicamente con la misma y visitarla si fuera preciso en el domicilio en que la menor estuviera.

5.- CAMBIO DE RESIDENCIA.

Si alguno de los progenitores deseara cambiar de residencia o tuviera que hacerlo por motivos profesionales, habrá de notificárselo al otro de forma fehaciente.

6.- TRASLADO FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

Los traslados fuera del territorio nacional de la menor que se produzcan durante el periodo que le corresponda a cada progenitor, tendrán que ser comunicados al otro progenitor de manera fehaciente indicando el lugar donde se va a encontrar la menor y periodo de tiempo que va a durar dicho traslado.

3.-En cuanto a los gastos de asistencia de los hijos Cada progenitor durante el tiempo que permanezca con la menor se hará cargo de los gastos ordinarios que correspondan a dicho periodo, y los gastos extraordinarios por mitad e iguales partes.

4.-En cuanto a la autoridad familiar, interesa que esta sea atribuida, a ambos progenitores.

5.-En cuanto a la atribución del uso de la vivienda y del Ajuar familiar, Las partes carecen de vivienda común, por tanto no se hace proposición alguna en cuanto a la atribución del uso de la vivienda o en cuanto al ajuar familiar al no existir.

6.- En cuanto a la pensión compensatoria, no procede por no causar el presente divorcio desequilibrio alguno.”

Por otrosí solicitó medidas provisionales.

Previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza dictó sentencia en fecha 3 de diciembre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña Maria Pilar Serrano Méndez, en nombre y representación de doña Dora Rubí V. B. contra don Wilfredo Ruperto M. V., debemos declarar y declaramos disuelto por Divorcio el matrimonio contraído entre doña Dora Rubí V. B. y don Wilfredo Ruperto M. V. en fecha 2 de marzo de 2012, con todos los

efectos legales que esta declaración conlleva, procediéndose una vez firme esta resolución a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, y fijando, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas, las siguientes medidas reguladoras del nuevo estado civil de los litigantes: 1.- Se declara disuelto el matrimonio, con revocación de los consentimientos o poderes en su caso otorgados por cada cónyuge a favor del otro. 2.- La hija Jennifer Ruby M. V., quedarán en compañía y bajo la guarda y custodia de D^a Dora Rubí V. B. si bien la autoridad familiar continuara ejerciéndose por ambos padres. 3.- Respecto del régimen de visitas por el que don Wilfredo Ruperto M. V. podrá estar en compañía de su hijo, será el siguiente:- Visitas semanales de fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas. Todas las entregas y recogidas que no se realicen en el colegio se realizarán en el Punto de Encuentro Familiar en la calle Blasón Aragonés de Zaragoza. Los llamados puentes escolares corresponderán al progenitor a quien corresponda el fin de semana al que se hallan ligados.- Visitas intersemanales que será un día entre semana que será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas . Todas las entregas y recogidas que no se realicen en el colegio se realizarán en el Punto de Encuentro Familiar de la calle Blasón Aragonés de Zaragoza.- Las vacaciones se distribuirán de la siguiente manera: - Las vacaciones de verano se dividirán entre ambos por mitad en dos periodos siendo el primero desde las 17.00 horas del ultimo día lectivo hasta las 17.00 horas del día 31 de julio y el segundo desde dicho día y hora hasta las 17.00 horas del día anterior al inicio del curso escolar. Elegirá la madre en los años pares y el padre en los años impares.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos siendo el primero desde las 17.00 horas del último día lectivo hasta las 12.00 horas del día 31 de diciembre, y el segundo desde dicha fecha y horas hasta el día anterior al inicio del colegio a las 17.00 horas, correspondiendo en los años pares elegir a la madre y correspondiendo en los años impares elegir al padre.- La Semana Santa y el Pilar se disfrutarán de forma íntegra por cada uno de ellos por años, de tal forma que al padre le corresponden en el año impar la Semana Santa y a la madre el Pilar, y en los años pares al padre el Pilar y a la madre la Semana Santa, de tal forma que cuando le corresponden al padre éste deberá reintegrarlo el día de antes de inicio del curso escolar a las 17.00 horas. No se

procede a la distribución de estos periodos vacacionales por mitad en atención a que las Fiestas del Pilar últimamente son de escasa duración y su distribución no genera más que confusión a los menores y conflicto entre los progenitores; respecto de la Semana Santa no se distribuye por mitad por cuanto estas vacaciones son cambiantes cada año, sin tener periodos fijos, lo que supone un punto de conflictos entre los progenitores, permitiendo además a los menores disfrutar de todas estas vacaciones, que tampoco suelen ser muy extensas, en un solo domicilio sin necesidad de cambio en un periodo corto de tiempo. – Durante el periodo de vacaciones se suspenderá el régimen de visitas ordinario, comenzando a contemplarse tras las mismas tal y como quedó el fin de semana anterior.- Todas las entregas y recogidas que no se realicen en el colegio se realizarán en el Punto de Encuentro Familiar de la calle Blasón aragonés de Zaragoza. 4º.- Ninguna mención se hace al que había sido el domicilio familiar. 5º. En concepto de pensión alimenticia don Wilfredo Ruperto M. V. abonará a doña Dora Rubí V. B. a favor de su hija, Jennifer Ruby M. V. la cantidad de 300 euros (TRESCIENTOS EUROS) mensuales, debiendo abonarlas por meses anticipados en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes, a partir de la notificación de la presente resolución, que se abonará en la cuenta designada por doña Dora Rubí V. B. al efecto. Dicha cantidad será actualizada anualmente con arreglo a los cambios que experimente el Índice de Precios al Consumo con arreglo al Instituto Nacional de Estadística, produciéndose la primera actualización en el mes de enero del año 2016.- Igualmente ambas partes deberán hacerse cargo del 50% del total de los gastos extraordinarios necesarios de los hijos, en relación con todos los aspectos de su vida, y los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto; en todo caso, se entenderá que hay acuerdo si comunicado a la otra parte de forma fehaciente, ésta no se contestara en el plazo de 15 días.”

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pérez Ferrer recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer num. Dos de Zaragoza, se dio traslado a la parte contraria, presentado su oposición dentro de plazo.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. WILFREDO RUPERTO M. V. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de los de Zaragoza en los autos sobre Divorcio Contencioso nº 217/2013 en fecha 21-04-2015, debemos confirmar y confirmamos la misma sin hacer expresa condena en costas.

Se decreta la pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal procedente.”

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales Sr. Portella Choliz, en nombre y representación de D. Wilfredo M V., interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el primero por infracción del art. 469.2º y 4º de la LEC, y el segundo de los art. 75.2, 76.2, 80.2 y 82 del CDFA, del principio de protección del menor o favor filii, y doctrina jurisprudencial del TSJCA y del TS.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó auto en fecha 1 de julio de 2015 por el que la Sala acordó admitir a trámite el recurso de casación e infracción procesal interpuesto y dar traslado del mismo a la parte contraria, presentando escrito de alegaciones la parte recurrida, oponiéndose al mismo, así como el Ministerio Fiscal, solicitando éste “la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.”

En fecha de de 2015, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Wilfredo recurre la sentencia dictada que desestimó la apelación que interpuso contra la de primera instancia que otorgó a la madre, D^a Rubi, la custodia individual de la hija de ambos, Jennifer –nacida el día 11 de junio de 2008, antes del matrimonio que contrajeron el día 2 de marzo de 2012 en Quito, Ecuador-, y estableció una pensión alimenticia a favor de dicha menor a cargo del progenitor no custodio de 300 € mensuales.

Se impugna la sentencia por motivo de infracción procesal y por motivo de casación.

SEGUNDO. – Por infracción procesal.

Por lo que se refiere a la infracción procesal, invoca los motivos 2º y 4º del art. 469.1 LEC.

En punto al art. 469.1.2º LEC señala como infringidos los arts. 217 y 218 LEC, con olvido de que la correcta técnica casacional, que señala el Ministerio Fiscal en su informe, impide agrupar en un solo motivo dos infracciones diferentes: las reglas de la carga de la prueba recogidas en primero de los preceptos, y la falta de motivación, de que trata el segundo.

En lo que toca a la primera de las infracciones, ésta no se produce cuando el tribunal ha formado su decisión de hecho sobre la prueba practicada valorada en su conjunto de acuerdo con los criterios de valoración aplicables a cada una de ellas, ni cuando la discrepancia con la sentencia se concreta en si son o no suficientes la pruebas practicadas para tener como acreditado o no un hecho controvertido.

Así la STS 580/2012, de 10 de octubre (Rec. 463/2010), señala:

“En relación al segundo motivo y respecto de la carga de la prueba, y también como marco de referencia, esta Sala tiene señalado, conforme a la Sentencia de Pleno de 11 diciembre 2009 que: "En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba es preciso que la Sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a

la parte a quien no le correspondía el onus probandi según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quien aportó la prueba”

Y la reciente STS nº 223/2015, de 29 Abr. 2015 (Rec. 556/2013). dice por su parte:

“Es doctrina reiterada de esta Sala la que afirma que las reglas de la carga de la prueba solo entran en juego cuando no se ha considerado probado un determinado extremo relevante, y el mismo no había sido admitido por la parte a quien perjudica, ni podía considerarse notorio. Pero no se vulneran esas reglas porque la parte considere insuficientes las pruebas que han servido para que el tribunal considere acreditado el extremo controvertido.”

En el caso, la lectura de la sentencia y la de los argumentos desgranados por el recurrente en su recurso demuestran que la Audiencia no ha realizado el juicio de hecho mediante la aplicación de las reglas de la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, sino que, por el contrario, tanto dicha Sala como el Juzgador de primer grado basan el mismo en el análisis y valoración de los diferentes elementos de prueba a que hacen referencia en su fundamentación jurídica.

Así, el tribunal de apelación, que en su fundamento de derecho tercero juzga adecuados los argumentos dados por Juzgador de primer grado, hace puntual referencia a la prueba pericial practicada y a las explicaciones dadas por las partes en el juicio, y en modo alguno acude a las reglas de la carga de la prueba para hacer recaer sobre uno u otro litigante las consecuencias de la falta de la prueba sobre algún hecho relevante para la decisión de la cuestión sometida a debate.

La infracción que se señala, por tanto, no puede ser apreciada, lo que conduce a la desestimación del motivo.

TERCERO.- Tampoco puede serlo en cuanto denuncia falta de motivación.

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, pero para el cumplimiento del requisito de motivación de las resoluciones judiciales, exigida asimismo en el art. 120 CE y art. 6 CEDH, no es necesario dar una respuesta a cada uno de los argumentos aducidos por las partes, sino que basta con que expresen la razón en que se basan, de tal modo que la decisión aparezca como el resultado de una argumentación ajustada a los términos del debate a fin de garantizar una aplicación no arbitraria de las normas, lo que no autoriza a exigir un razonamiento pormenorizado de todos los aspectos planteados por las partes en sus alegatos (STEDH Bolea v Rumania, Kuznsov y otros v Rusia, Pronia v Ucrania, Dimitrelos v Grecia, Pérez v Francia, García Ruiz v España, y STC 247/2006, 186/2002, 77/2000).

En el presente caso, para comprobar el cumplimiento de tal exigencia, basta la lectura de la resolución apelada, que da razones más que suficientes para conocer el proceso lógico que lleva a la Sala a las conclusiones fácticas y jurídicas que conducen a la solución dada al litigio; y lo mismo se desprende de los extensos alegatos que contiene el recurso, en los que se hace constante referencia a los argumentos empleados en la resolución impugnada.

En efecto, primero el Juzgado con argumentos que la Sala de apelación acoge en su resolución, y después este último tribunal desenvuelven de forma suficiente los argumentos que conducen a la respuesta que dan a las cuestiones que le han sido planteadas. Otra cosa, claro está, es que tales razones sean discutidas por el recurrente, como lo son en el recurso de casación que analizaremos a más adelante.

CUARTO.- Pese a que lo anuncia en su recurso de infracción procesal, nada dice el recurrente para fundamentar el motivo previsto en el art. 469.1.4º LEC, como también con acierto señala el Ministerio Fiscal.

De acuerdo con el art. 469.1.4º LEC invocado, el motivo por infracción procesal pueda basarse en *“vulneración, en el proceso civil, de*

derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE”, lo que obviamente exige la identificación de un derecho fundamental de los que fluyen de dicho precepto, y exige asimismo explicar las razones por las que se dice que el mismo ha sido vulnerado. Sin embargo, nada de ello se contiene en el recurso presentado, por lo que difícilmente podemos dar otras razones que las acabadas de exponer para su rechazo.

QUINTO.- Recurso por motivo de casación.

Esta Sala ha de resaltar la falta de un examen de cual sea la legislación aplicable al caso en ambas instancias, y ello pese al manifiesto elemento de extranjería existente en el litigio, que consiste en la nacionalidad de los cónyuges y de su hija común, todos ellos con residencia habitual en España, así como el lugar de celebración de matrimonio -la ciudad de Quito (Ecuador)-, y a la exigencia de orden público proclamada por el art. 12.6 CC, que obliga al Juzgador a aplicar de oficio la normas de conflicto de leyes dirigidas a establecer cual sea la legislación aplicable en el caso de que concurra algún elemento de extranjería.

Así, la demanda cita cumulativa e indistamente preceptos del Código civil y del CDFA, y ninguna de las sentencia de la instancia hacen cuestión sobre la legislación aplicable, de tal modo que la primera aplica explícitamente normas de derecho común y de derecho civil propio de esta Comunidad, y la de apelación se basa tan solo en estas últimas normas, pero sin dar razón de ello.

Pues bien, en el caso, como se dice, se trata de un matrimonio contraído en Ecuador por nacionales de dicha república que tuvieron también allí descendencia común, todos ellos con residencia habitual en España en la actualidad.

Así las cosas, el artículo 8.a) del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 CC hasta la L 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud del artículo 5.1 del

Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, y a los alimentos, por así resultar del artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, en ambos casos por razón de la residencia de la menor.

Decidida la ley española como aplicable, tan sólo resta por determinar si lo es la aragonesa o la común, cuestión que ha de ser resuelta a favor de la primera por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, dada la inaplicabilidad de la conexión establecida en el art. 14 CC, en tanto que ninguno de los afectados puede tener vecindad de cualquiera de los territorios con derecho civil propio por no ser españoles, lo que conduce al punto de conexión de la residencia en virtud de los arts. 47 y 48 Convenio de la Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010.

En consecuencia, el recurso ha de ser decidido de acuerdo con la legislación aragonesa, que es la única aplicada por la Sala, y la única que se dice vulnerada en el recurso de que conocemos.

Tampoco puede dejar de señalar la Sala que el recurrente, en contra de la claridad y precisión que el art. 481.1 LEC y el acuerdo no jurisdiccional del TS de 30 de diciembre de 2011 exigen, no separa en diferentes motivos las diversas infracciones de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso que invoca, sino que alega una pluralidad de infracciones sin la necesaria separación, que incluyen desde vulneración de normas procesales a infracción de diversas normas sustantivas, si bien es cierto que las presenta en forma de subapartados de una misma fundamentación 7º, por lo que el recurso superó la fase de admisión gracias a una interpretación favorable de las normas procesales guiada por el principio *pro actione*.

Así, con el ordinal 7.1º, señala vulneración de normas procesales, que a su vez subdivide en los apartados 7.1.1, en el que reitera la infracción de las reglas de la carga de la prueba ya estudiada en sede del recurso por motivo de infracción procesal y; 7.1.2, en que afirma omisión en la relación de hechos probados, y/o contradicciones o incongruencias en la propia relación

fáctica de los hechos. Con el ordinal 7.2º afirma vulneración de los arts. 75.2 y 76.2.b del CDFA *“por la indebida aplicación de los mismos”*. Bajo el ordinal 7.3º afirma vulneración del art. 80.2 CDFA en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. En el ordinal 7.4º denuncia vulneración del art. 82 CDFA en cuanto a la decisión sobre pensión compensatoria. Finalmente, bajo el ordinal 7.5º sostiene infracción del principio favor filii y del criterio preferente de la custodia compartida establecida por la doctrina jurisprudencial de esta Sala Civil y Penal.

SEXTO.- Ordinal 7.1º. Vulneración de normas procesales.

El mero enunciado del motivo, congruente con las alegaciones que le siguen, conduce a su rechazo.

De acuerdo con el art. 477.1 LEC:

“El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.”

Por ello, el sustento de la casación en la infracción de normas procesales se halla necesariamente destinado al fracaso, lo que conduce al rechazo del recurso en cuanto comprendido en el ordinal que se estudia. Ello pudo ser apreciado en su día como causa de inadmisión del motivo, y en este momento procesal da lugar a su desestimación.

SÉPTIMO.- Ordinales 7.2º y 7.3º y 7.5ª.

Todos ellos van dirigidos a combatir la decisión por la que se ha optado por el régimen de custodia individual atribuida a la madre.

En el primero de dichos apartados se afirma la vulneración de los arts. 75.2 y 76.2.b CDFA, y el recurrente alega que sido objeto de *“indebida aplicación”* porque ha sido vulnerado al derecho a la igualdad de los padres en la relaciones familiares y a la participación igualitaria en la crianza y

educación en el ejercicio de la autoridad familiar; en el segundo, vulneración del art. 80.2 CDFA porque la Sala decide la custodia individual de la menor Jenifer pese a que no resulta acreditada la existencia de factor alguno de los recogidos en el art. 80.2 CDFA que pueda hacer más conveniente tal régimen de custodia frente a la compartida señalada en dicha norma; y, finalmente, en el tercero, se sostiene infracción del principio favor filii y del criterio preferente de la custodia compartida establecida por la doctrina jurisprudencial de esta Sala Civil y Penal.

Según se ve, el recurrente cita como infringidos preceptos genéricos que no constituyen la ratio decidendi de la sentencia y cuya viabilidad para sustentar un recurso de casación exige que sean conectados con el precepto específico que lo desarrolle (STS 1118/2007 de 16 octubre o ATS 21 de enero de 2014 RC 949/2013), en el caso el art. 80.2 CDFC, que es el que ha sido aplicado en la instancia, por lo que el estudio las alegaciones vertidas en los ordinales que se dejan indicados como encabezamiento del presente fundamento ha de ser realizado conjuntamente, bajo la sola cuestión de si la Sala ha aplicado debidamente el art. 80.2 CDFA, y en particular los criterios que establece para discernir en cada caso el sistema de guarda que más se acomoda al interés superior del menor.

OCTAVO.- De acuerdo con el art. 80.2 CDFA:

“2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.*
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.*
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*

e) *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*

f) *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”*

Como hemos indicado, en múltiples ocasiones (sentencias de 30 de septiembre de 2011, de 9 de febrero de 2012 y 11 de marzo de 2013) el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrente para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, ó el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales.

De otro lado hemos, dicho en nuestra sentencia de 30 de junio 2015:

“Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Es cierto que en la ley aragonesa el legislador se ha ocupado de establecer los factores a los que ha de atender el juzgador a la hora de decidir cuál de los sistemas de custodia posibles es el que más conviene en cada caso al menor, y establece una preferencia por la custodia compartida que obliga al juzgador de instancia a partir en su análisis de tal premisa, pero de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor.”

En el presente caso, el juzgador de primer grado desenvuelve tres razones, que finalmente resume en el escaso interés mostrado por el

recurrente en mantener contacto con su hija, por las que opta por el sistema de custodia individual, y la Sala arguye por su parte que:

“El informe pericial recomienda la guarda y custodia compartida con rotación semanal, dado que se indica que ambos progenitores se muestran de acuerdo con el ejercicio de la custodia compartida, no obstante la demandante en el acto de la vista negó su conformidad al no entender claramente el significado de la custodia compartida, igualmente el Juzgado razona de manera adecuada los motivos por los cuales se aparta del criterio legal, llevando el menor más de un año sin pernoctar con su padre, habiéndolo visitado en escasas ocasiones, por otro lado, no son convincentes las razones que expone el recurrente, dado que se encontraba en vigor el auto de medidas civiles de la orden de protección de 26-6-2013 sin que desde el mes de agosto de 2013 continuara visitando a su hijo tal y como se expone pormenorizadamente en la Sentencia apelada, por lo que es claro que parece adecuado que se mantenga el régimen de vistas fijado en la Sentencia, que se considera lo más adecuado en beneficio de la menor”

La razones expuestas en ambas instancias son reconducibles a los criterios señalados en el art. 80.2 CC, que no recoge un listado cerrado sino abierto, como resulta con claridad del apartado “f” del precepto antes transcrito, que permite valorar *“cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”*, por lo que pueden ser apreciados factores como la falta de interés del padre en la comunicación con su hija que en la instancia se dice acreditado, como ocurrió en el caso resuelto en nuestra Sentencia 10/2011, en la que se apreció una actitud pasiva del padre en todo lo referente al cuidado y atención del menor; o la inconveniencia de la imposición de una custodia compartida tras un período largo de distanciamiento del menor con uno de los progenitores, que parece latir en la decisión de la audiencia.

Y en contra de lo dicho no puede ser invocado el contenido del informe del gabinete psico-social, pues, como señalan las sentencias de instancia, el mismo se basa exclusivamente en el supuesto tenido por erróneo en ambas resoluciones –lo que no sido discutido mediante vía adecuada de

impugnación- de que D^a Rubi se mostró de acuerdo con el régimen de custodia compartida reclamado por su esposo.

En consecuencia, la Sala no encuentra motivos para variar el criterio sustentado en la sentencia recurrida.

NOVENO.- Ordinal 7.4º alimentos.

El motivo señala como vulnerado el art. 82 CDFA, pero no se explica la razón de ello, pues se limita a indicar la regla de contribución proporcional a los recursos con que cada uno de los progenitores ha de contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo, y que la Sala ha decidido una pensión a favor de la hija a cargo del padre de 300 € mensuales como contribución a gastos ordinarios y que los gastos extraordinarios sean sufragados al 50% por ambas partes.

Es doctrina jurisprudencial consolidada, que se contiene en la STS 4/2014:

"... el juicio de proporcionalidad .. "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 "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" (SSTs de 21 noviembre de 2005 ; 26 de octubre 2011 ; 11 de noviembre 2013 , entre otras).

Criterio este que ha sido asumido por esta Sala en sentencias tales como la nº 18/212 en la que dijimos:

"Como afirma la propia recurrente, el quantum de la pensión se establece según el prudente arbitrio del juzgador. El Ministerio Fiscal alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la sentencia n.º 721/2011, de

28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil:

"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 903/2005, de 21 noviembre y las allí citadas)."

Lo mismo cabe decir del criterio 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, para atender a los gastos ordinarios de aquéllos (artículo 82.2 CDFA). 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 469.1.4.º 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"

Pese a ello, el recurrente no dedica esfuerzo alguno en argüir la grosera falta de respeto al principio de proporcionalidad que es presupuesto de la revisión casacional de la aplicación de la norma cuyo incumplimiento denuncia, a lo que se une, además, que no es claro en este punto.

En efecto, tanto en su contestación a la demanda como en la apelación solo previó la custodia compartida como escenario, y en el primero de los escritos solicitó que cada uno de los progenitores se hiciere cargo de los gastos ordinarios de la menor durante el tiempo en que le correspondiera la custodia, mientras que en la apelación mantuvo la apertura de una cuenta común en la que él ingresaría 200 euros al mes y la madre 100 euros. En lo

que toca a los extraordinarios defendió la distribución igualitaria en todo momento.

Ahora en casación vuelve a su petición inicial sin explicación alguna, y sin hacer mención al escenario de la custodia del menor atribuida individualmente a la madre, cuando esta es precisamente la situación tomada en consideración por la sentencia de primer grado cuyo pronunciamiento impugna sin éxito.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

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

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso por motivo de infracción procesal interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2015 dictada por la sección 2ª de la AP de Zaragoza en el rollo nº 159/2015.
2. Desestimar el recurso por motivo de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2015 dictada por la sección 2ª de la AP de Zaragoza en el rollo nº 159/2015.
3. Imponer las costas de ambos a la parte recurrente.
4. 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 caber 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.