

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 39 de 2015

**S E N T E N C I A   N U M .   U N O**

**Excmo. Sr. Presidente** /  
**D. Manuel Bellido Aspas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Fernando Zubiri de Salinas** /  
**D. Luis Ignacio Pastor Eixarch** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /

En Zaragoza, a trece de enero 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 39/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 29 de mayo de 2015, en el rollo de apelación número 119/2015, dimanante de autos de divorcio núm. 323/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Jaca (Huesca). Son partes, como recurrente, D. Juan Francisco G. E. representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Sonia García de Val y dirigido por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. María Cristina A. N. representada por el Procurador de los Tribunales D.

Oscar David Bermúdez Melero y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. Pilar Gracia Rubio. Ha sido parte, asimismo, el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Pilar Sanz Blas en nombre y representación de D. Juan Francisco G. E. presentó demanda de divorcio frente a D<sup>a</sup>. María Cristina A. N., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites que fuesen procedentes, se dictase sentencia por la que “se decrete el divorcio de los litigantes y se acuerden las medidas contenidas en el plan de relaciones familiares que se ha aportado como documento Catorce, y que se transcriben a continuación:

Régimen de convivencia y visitas de los hijos comunes.

a) Autoridad familiar. Será compartida entre ambos progenitores.

a) (sic) Guardia y custodia. Se atribuirá a Don Juan Francisco G. E. la del hijo menor Ignacio G. A.

b) Convivencia con los progenitores. Los hijos comunes vivirán con el padre Don Juan Francisco G. E., y el menor Ignacio se relacionará con la madre en la forma siguiente:

La madre podrá estar con su hijo Ignacio los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio y hasta las 20,30 horas del domingo, dos tardes entre semana desde la finalización de las actividades extraescolares y hasta las 21,00 horas y mitad de las vacaciones de verano, navidad y Semana Santa.

Vivienda y ajuar familiar. El mismo deberá ser atribuido a Don Juan Francisco G. E. y a sus hijos, y ello hasta la mayoría de edad del menor Ignacio.

Participación en los gastos ordinarios y extraordinarios.

a) Gastos ordinarios del hijo menor Ignacio. La madre Sra. A. N. deberá entregar a Don Juan Francisco G. E. la cantidad mensual de 300 € dentro de

los cinco primeros días de cada mes, por mensualidades anticipadas y en la cuenta que esta designe. Dicha cantidad será actualizada anualmente conforme a las variaciones del IPC que marque el INE u organismo análogo que lo sustituya.

b) Gastos ordinarios del hijo mayor Alejandro. Los progenitores deberán abonar el 50% de los gastos del mismo, incluyendo en tales gastos los de manutención, estancia y educación en Aberystwyth (Gales, Reino Unido). El ingreso de tales cantidades deberá hacerse en la cuenta que el hijo designe.

El curso del año 2012-2013 deberá ser sufragado en su integridad por la demandada Sra. A. N.

c) Gastos extraordinarios. Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% por ambos progenitores”.

Por otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales y la práctica de prueba.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido a la parte demandada, ésta compareció en autos contestando la demanda planteada de contrario, y suplicando se dictase sentencia por la que “decretando el divorcio de los cónyuges, con los efectos legales inherentes a dicha declaración se establezcan las siguientes medidas, y que se recogen en el plan de relaciones familiares que se reseña en el hecho sexto:

A) La guarda y custodia del hijo menor de edad pasará a ostentarla su madre M<sup>a</sup> Cristina A. N., siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. La responsabilidad parental se llevará a cabo conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentales de la vida, salud, educación y formación del menor.

En todo caso, los progenitores tendrán derecho a ser informados sobre todos los aspectos de importancia en la vida del menor, siendo un derecho instrumental necesario para el correcto desempeño de las funciones

inherentes a la responsabilidad parental. Por ello, tendrán derecho a solicitar y obtener de terceros, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de éstas últimas sobre la evolución escolar y académica de su hijo, y su estado de salud física o psíquica.

B) El régimen de visitas y comunicación entre padre e hijo menor de edad será tan amplio como ambos progenitores tengan por conveniente siempre que los dos padres estén de acuerdo. En caso contrario deberá ceñirse necesariamente a lo siguiente:

B1) El padre tendrá derecho a gozar de la compañía de su hijo los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar donde cursa sus estudios hasta el domingo a las 21,00 horas en que los reintegrará al domicilio materno.

B2) El padre, si es su deseo y el del hijo, podrá gozar de la compañía del hijo de lunes a jueves, ambos incluido, desde la finalización de las tareas escolares y extraescolares del hijo y hasta las 21 horas.

B3) Asimismo tendrá derecho a permanecer con el menor la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y un mes en verano. A falta de acuerdo elegirá la madre periodo en los años pares y el padre en los impares. Durante los periodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido.

C) Régimen de relaciones del hijo con abuelos y otros parientes y personas allegadas: Ambos progenitores promoverán y facilitarán la comunicación del menor con sus ascendientes y resto de familiares, permitiendo en el caso de algún acontecimiento familiar, -onomásticas, comuniones, bodas, etc.-, la participación del menor con sus parientes y allegados, le corresponda o no el ejercicio de la custodia en la fecha concreta de que se trate.

D) Uso del domicilio familiar.- En relación al uso del que fue domicilio familiar, propiedad exclusiva de mi mandante, y sito en la C/ C. M., se atribuirá a la Sra. A. N., quien además es el titular dominical del mismo; hasta que se proceda a su venta, a cuyo efecto se concederá la correspondiente autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.4 del Código de Derecho Civil de Aragón.

E) Pensión alimenticia para el hijo menor de edad.- En función de las necesidades del hijo y de las posibilidades de los progenitores se interesa se fije en la cantidad de 300 euros mensuales la cantidad que el Sr. G. E. deberá abonar a la Sra. A. N., en concepto de pensión alimenticia para su hijo Ignacio, actualizándose dicha pensión anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. Igualmente el Sr. G. E. contribuirá en un 70% y la Sra. A. N. en un 30% a los gastos extraordinarios que se produzcan, entendiéndose por tales los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, ayuda estudios, judo, equitación, asistencia médica al perro pastor alemán propiedad de Ignacio, y similares.

F) Pensión alimenticia para el hijo mayor de edad.- Ambos progenitores contribuirán a abonar los gastos de estudios universitarios en la fecha en que se devenguen, entendiéndose por tales los de matrícula, residencia, material escolar, manutención y desplazamientos a España en proporción de un 70% el Sr. G. E. y un 30% la Sra. A. N.; en el resto de gastos extraordinarios que puedan producirse, tales como gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social serán abonados al 50% por ambos progenitores.

G) El Sr. G. E. deberá contribuir al mantenimiento del hogar familiar hasta que lo abandone, en la misma proporción que lo venía haciendo de 2000 euros mensuales y desde el mes de julio de 2012, abonando a la Sra. A. N. las cantidades correspondientes, así como la mitad de las gastos ocasionados con motivo del desplazamiento de la familia al Reino Unido (doc. 4 a 14).”

Por otrosí solicito la práctica de prueba.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Jaca se dictó sentencia en fecha 29 de enero de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“Fallo: Que estimando parcialmente la demanda formulada por don Juan Francisco G. E. frente a doña Cristina A. L. (sic) debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraída entre ambos el día 25 de*

noviembre de 1988 con todos los efectos legales inherentes de dicha declaración y en particular los siguientes:

1º.- Se mantiene la autoridad familiar sobre el hijo Ignacio de manera compartida por ambos progenitores.

2º.- Se atribuye la guarda y custodia de Ignacio a ambos progenitores de forma compartida. Este régimen se desarrollará según el siguiente sistema:

*\*En un primer periodo, desde la notificación de la sentencia hasta el final del presente curso escolar, el menor residirá dos semanas consecutivas con el padre y una semana con la madre.*

*\*A partir del final del curso escolar el menor pasará una semana con cada progenitor.*

*\*En cualquier caso, los periodos vacacionales del menor se repartirán entre los progenitores por mitades, y las vacaciones de verano por periodos quincenales, eligiendo turno en caso de desacuerdo la madre los años pares y el padre los impares.*

*\*El menor podrá relacionarse con el progenitor que no lo tenga en cada momento con total libertad.*

3º.- Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar sitos en Jaca a la esposa y al hijo menor en los periodos en los que le corresponda convivir con la madre. Ello sin perjuicio de la retirada por parte del marido de sus efectos privativos.

4º.- No se establece pensión de alimentos a cargo de ninguno de los progenitores.

5º.- Los gastos extraordinarios necesarios generados por las atenciones del hijo menor de edad se afrontarán por ambos progenitores a partes iguales. 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.

6º.- En la misma proporción del 50% se abonarán los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios generados por el hijo mayor de edad Alejandro. 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.- Se declaran las costas de oficio.”

**CUARTO.-** La Procuradora de los Tribunales Sra. Blas Sanz, en nombre y representación de D. Juan Francisco G. E., presentó recurso de apelación contra la sentencia. Se confirió traslado a las otras partes, que contestaron, oponiéndose la parte contraria y solicitando el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la Sentencia recurrida.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca y comparecidas las partes, en fecha 29 de mayo de 2015 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación del demandante Juan Francisco G. E. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° Uno de Jaca en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos dicha resolución únicamente en cuanto al pronunciamiento segundo de su parte dispositiva, que pasa a ser el siguiente: Se atribuye al expresado apelante la guarda y custodia de su hijo menor Ignacio, estableciéndose a favor de la madre el siguiente régimen de visitas:*

*- fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, o en su caso desde el término de la actividad extraescolar, hasta las 21 horas del domingo,*

*- los puentes, en caso de que la progenitora no custodia tenga consigo al menor durante el fin de semana correspondiente,*

*- mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, debiendo distribuirse por quincenas alternas y eligiendo el período concreto la madre los años pares y el padre los impares,*

*- dos tardes entre semana desde la salida del colegio, o en su caso el término de la actividad extraescolar, hasta las 21 horas, lo cual se condiciona a que el menor desee tener dicho contacto con su madre o tenga disponibilidad para ello.*

*Asimismo, mantenemos el resto de los pronunciamientos de la Sentencia apelada sin imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes y con devolución al apelante del depósito prestado para recurrir.”*

**QUINTO.-** La representación legal de D. Juan Francisco G. E. interpuso ante la Audiencia Provincial de Huesca recurso de casación, basándolo en el siguiente motivo:

“Único.- Se alega la infracción de los artículos 59, 79.2 y 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, y de los artículos 3.3 a) y 12 de la Ley de Aragón 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto vulnerado el principio del favor filii.”

Por otrosí solicitó la celebración de vista.

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

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por el recurrente, la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Sonia García de Val y por la parte recurrida el Procurador de los Tribunales D. Oscar-David Bermúdez Melero, pasaron las actuaciones a la Magistrada Ponente para resolver.

Por auto de 7 de octubre de 2015 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición. Dentro de plazo, presentó su oposición al recurso planteado de contrario la parte únicamente el Ministerio Fiscal.

Con fecha 17 de noviembre pasado, la Sala señaló para Votación y Fallo el día 23 de diciembre de 2015, sin que se considerase necesaria la celebración de vista, pese a haberse solicitado por la parte recurrente.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En el procedimiento de divorcio del que dimana el presente recurso, el Juzgado de Primera Instancia, considerando que concurrían en el caso todas las circunstancias favorables para el establecimiento de un régimen de custodia compartida para el hijo común, lo acordó así en sentencia de 29 de enero de 2015. En ella se expresa que el único problema que se plantea es la opinión contraria del menor (nacido el 29 de noviembre de 1999), quien ha manifestado en reiteradas ocasiones su

deseo de permanecer bajo la custodia exclusiva del padre, pidiendo plena libertad para visitar a su madre. No obstante refiere que, valoradas las exploraciones del menor (tres en total, desde que se presentó la demanda en 5 de septiembre de 2012) se aprecia que “las razones esgrimidas por éste para justificar su preferencia hacia el padre se deben a la mayor flexibilidad del mismo en los aspectos educativos y, en general, de convivencia. No se aprecia una motivación seria y madura para preferir la convivencia con el padre, dando la impresión de que el rechazo a la madre, permitido por el desastroso régimen de medidas provisionales acordado en su día, sumado a la mala relación entre los progenitores, se debe a una búsqueda de comodidad por parte del menor y a una evitación del conflicto con la madre (...)”. Y añade que, “además de esto, hay que remarcar una idea sumamente importante apuntada por el Ministerio Fiscal en su informe. El actual sistema, que es el que se pretende consolidar por la parte actora, esta produciendo de facto una clara desafección ente el hijo y la madre, lo cual resulta totalmente nocivo para el interés del menor a corto, pero sobre todo a largo plazo (...)”.

La sentencia de la Audiencia Provincial dictada en fecha 29 de mayo de 2015 y ahora recurrida estimó el recurso del padre en cuanto al régimen de custodia, restaurando el acordado en el auto de medidas provisionales a favor del padre. Rechazó, sin embargo, la pretensión de que el menor pudiera relacionarse con su madre con total libertad, es decir, sin someterse a un régimen de visitas prefijado (tras señalar que en la exploración quedó patente la voluntad del menor de que el régimen de visitas consistiera en estar con su madre cuando él quisiera). Valoró la opinión del menor y la prueba pericial practicada, que consideró más adecuado que la custodia se atribuyera al padre pero con un régimen de visitas que “...puede ser flexible, siempre que se garantice una frecuencia en el contacto materno-filial al menos semanal”.

**SEGUNDO.-** En el recurso de casación que se nos somete se combate el referido pronunciamiento, alegando que se han infringido los artículos 59, 79.2 y 80.2 del CDFA, y de los artículos 3.3 a) y 12 de la Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

Como con toda razón apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, el recurrente no razona, de manera separada, por qué

entiende que la sentencia recurrida infringe cada uno de los preceptos citados en el encabezamiento del motivo. El artículo 59 CDFA proclama el derecho y la obligación de los padres de visitar al hijo y relacionarse con él; el 79.2 dispone que en casos de ruptura de la convivencia de los padres el Juez dictará las medidas necesarias a fin de (entre otros) garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. No cabe, pues, entender, que infringe estos preceptos un pronunciamiento que establece un régimen de visitas mínimo y, de hecho, como acabamos de indicar, el recurrente no lo explica. Tampoco se alcanza a comprender por qué la fijación de un régimen de visitas vulnera el artículo 80.2, que versa sobre el régimen de custodia y factores a tener en cuenta para acordarla. El artículo 3.3.a) de la Ley 12/2001 alude a la prevalencia del interés superior de los menores como principio al que han de responder las acciones que se promuevan en la Comunidad Autónoma de Aragón para la atención de la infancia y la adolescencia, y el 12 de la misma Ley versa sobre el derecho a la información que asiste a los niños y adolescentes, lo que no guarda relación alguna con la cuestión que ahora nos ocupa.

Realmente, lo que se plasma en el recurso es la consideración que lleva a cabo la parte en el sentido de que la sentencia ha infringido el principio del *favor filii* al acordar un régimen de visitas preestablecido y tasado.

**TERCERO.-** Razona la parte que, cuando los hijos cuentan ya con una cierta edad, su autonomía personal es muy amplia, y difiere poco de la que tendrían si fueran mayores de edad.

Es lo cierto que, actualmente, el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor (art. 5.4 CDFA). Por ello, en aplicación de este principio, se otorga cierta participación del menor en la toma de decisiones. Ello conduce, como ha señalado la doctrina más autorizada, a una nueva manera de valorar todo lo que afecta a la situación jurídica del menor.

El menor, en cuanto tal, no tiene una autonomía completa, pues está sometido a la autoridad familiar. En lo relativo a la toma de decisiones judiciales que le afecten, tales como la que nos ocupa, la ley exige que éste sea oído; su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión.

El interés del menor (como el propio recurrente recoge en su escrito) es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de “interés del menor” no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades.

El Preámbulo de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo expresa así:

*Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.*

*A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.*

**CUARTO.-** En las situaciones de ruptura entre los progenitores, se hace necesario el establecimiento de un régimen de visitas que garantice ese

derecho/deber de aquellos de relacionarse con sus hijos. Ciertamente, mientras que para los padres el artículo 59 lo configura como un derecho/deber, el artículo 60 del CDFA alude sólo al *derecho* del hijo a relacionarse con sus padres. Pero si los padres tienen deberes respecto de sus hijos es porque éstos tienen derechos respecto de sus padres y viceversa. Coexisten así los intereses de uno y de otros. Ante ello, el artículo 2.4 de la Ley de Protección Jurídica del menor dispone que *en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes*.

El TEDH (Sentencia de 13 julio 2000) ha subrayado, en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma, que *"el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aún cuando la relación entre los padres se haya roto"*.

Debe pues, partirse de que la relación de los hijos con los padres redundan en interés de éstos. Ello es así porque interés superior, derechos del menor y necesidades fundamentales de éste (entre las que están las afectivas) son nociones estrechamente relacionadas. Pero cabe que haya situaciones en las que eso no se así, y por ello el precepto del artículo 60.3 del CDFA permite que, *si el interés del menor lo requiere*, podrá el Juez denegar, modificar o suspender la relación del menor con sus padres.

Del lado de los hijos, la correspondiente decisión puede plantear problemas como el que aquí aparece. En ocasiones, cuando la edad del menor está próxima a la mayoría de edad, los tribunales acogen su manifestado deseo de relacionarse con el progenitor no custodio con libertad, valorando que ello es lo más conveniente en el caso. Cabe, empero, que no siempre sea así. En el presente caso, dejar el régimen de visitas a la entera voluntad del menor, que se ha manifestado contrario a la fijación de un régimen de visitas regular con su madre (que no a visitarla), podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo (distinto sería que hubiese un rechazo justificado por una acreditada conducta previa de la madre). Ello, al margen de la viabilidad o no de su imposición coactiva: ha de quedar al buen sentido de la madre la ponderación de hasta qué punto debe exigir (art. 65.2

CDFA) el cumplimiento riguroso del régimen que la sentencia recurrida ha acordado.

Pues bien, nos encontramos, una vez más, y como ya ha quedado expuesto, ante una facultad discrecional del Juez que, por eso mismo, no 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 definitiva, no cabe apreciar aquí arbitrariedad, pese a la manifestada voluntad del hijo. Pues la decisión se fundamenta en que lo acordado resulta beneficioso para el menor, tratándose con ello de evitar la absoluta pérdida de relación con la madre.

**QUINTO.-** Las costas se rigen por el art. 398 LEC, no obstante, la naturaleza de los intereses en juego aconsejan no hacer imposición de las cotas a la parte recurrente.

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

**VISTOS** los artículos citados y demás de general aplicación,

## FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca el día 29 de mayo de 2015 en el rollo de apelación núm. 119 de 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.

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.