



Roj: STSJ AR 1244/2011
Id Cendoj: 50297310012011100009
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Zaragoza
Sección: 1
Nº de Recurso: 8/2011
Nº de Resolución: 8/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS
Tipo de Resolución: Sentencia

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

Excmo. Sr. Presidente/

D. Fernando Zubiri de Salinas/

Ilmos. Sres. Magistrados/

D. Luis Fernández Álvarez/

D. Luis Ignacio Pastor Eixarch/

D^a. Carmen Samanes Ara/

D. Ignacio Martínez Lasierra/

En Zaragoza, a trece de julio de dos mil once.

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 8/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 11 de enero de 2011, recaída en el rollo de apelación número 196/2010, dimanante de autos de Medidas Previas número 154/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel, siendo parte, como recurrente, D^a. Virtudes, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada D^a. Altamira Gonzalo Valgañón, y como partes recurridas el Ministerio Fiscal y D. Borja, representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Javier Celma Benages y dirigido por el Letrado D. José Paulino Esteban Pérez.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 3 de febrero del 2010 el Procurador Sr. Barona Sanchís, en representación de D^a Virtudes, presentó ante el Juzgado decano de los de Teruel demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos frente a D. Borja y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: "1.- Que la guarda y custodia del hijo sea atribuida a la madre, siendo la autoridad **familiar compartida por ambos progenitores**. 2.- Que se acuerde un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo consistente en que el niño pueda estar con su padre los fines de semana alternos desde el sábado a las 10 hs. de la mañana hasta el domingo a las 20 hs. y dos tardes entre semana, los martes y jueves, recogiénolo el padre de la guardería y reintegrándolo en el domicilio materno a las 20 hs. 3.- Como pensión de alimentos para el hijo, D. Borja abonará a D^a Virtudes la cantidad mensual de 350 €, pagaderos en doce mensualidades al año. Dicha pensión se abonará desde la fecha de interposición de esta demanda y en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta que designe la madre. Esta pensión se revalorizará anualmente. Admitida a trámite la demanda se dio traslado a las partes demandadas, quienes la contestaron en forma.

SEGUNDO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de D. Borja, en fecha 10 de febrero de 2010, presentó demanda en solicitud de Medidas

Previas a la demanda que se proponía promover frente a D^a Virtudes , sobre atribución de domicilio **familiar** y atención a gastos **familiares**, guarda y custodia, alimentos y gastos extraordinarios respecto del hijo menor Heraclio , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase auto acordando las siguientes medidas en razón de su urgencia: "1.- se atribuya la guarda y custodia del hijo menor de edad al padre, siendo la autoridad **familiar** compartida por ambos progenitores. 2.- deberá establecerse el régimen de comunicaciones más adecuado entre la madre y el niño en consideración a la turnicidad del trabajo que desarrolla la madre y la edad del menor. 3.- D^a Virtudes deberá abonar en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad la cantidad de 350 # mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco días primeros de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente. 4.- Que se atribuya el uso del domicilio **familiar** y su ajuar al padre y niño, llevándose la demandada del mismo sus enseres y ropas de uso personal, bajo inventario. 5.- Que las costas sean sufragadas por la demandada. Otrosí: Que se expida oficio a la empresa "Mercadona S.A." al objeto de que por la misma se remita certificación donde se haga constar la cantidad total de dinero que abona a la trabajadora D^a Virtudes y el horario laboral de la trabajadora".

Por Auto de 16 de febrero de 2010 se acordó citar a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia y expedir el oficio solicitado a la empresa donde presta sus servicios la Sra. Virtudes .

Por el Procurador Sr. Barona Sanchís, en representación de la Sra. Virtudes se solicitó la práctica anticipada de prueba pericial psicológica de los progenitores y, en su caso, del menor, a fin de que se informara sobre la idoneidad de que el menor permaneciera junto a la madre. Asimismo se solicitó se oficiara al Instituto Nacional de Empleo a fin de que comunicara si el Sr. Borja tiene solicitada prestación por desempleo, acordándose por el Juzgado de conformidad con lo solicitado.

TERCERO.- Por providencia de 23 de marzo de 2010 se acordó acumular la demanda núm. 132/2010 instada por la representación procesal de D^a Virtudes contra D. Borja , en solicitud de guarda y custodia y alimentos, al procedimiento núm. 154/2010 de Medidas Previas instado por D. Borja contra D^a Virtudes .

Por auto de 27 de mayo de 2010 se acordó desestimar la solicitud de Medidas Previas formuladas por Borja estimándose pertinente que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre, compartiendo ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad sobre el menor. Se acordó el régimen de comunicación y la contribución a los alimentos del menor con respecto del padre.

Resueltas las medidas previas se continuó el trámite del procedimiento de la demanda de alimentos y cumplido el trámite de contestación a la demanda se citó a las partes a la vista principal del Juicio que tuvo lugar con el resultado que obra en actuaciones.

El Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel dictó sentencia en fecha 1 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *FALLO: Que dando lugar a la solicitud de medidas definitivas instadas en el presente procedimiento por D^a Virtudes contra D. Borja , acuerdo las siguientes medidas, que regirán los efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia: 1º.- La guarda y custodia sobre el menor se atribuye a la madre, compartiéndose entre ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad. 2º.- El padre podrá tener consigo y comunicarse con Heraclio , dos días a la semana, martes y jueves desde la salida de la guardería hasta las siete horas de la tarde - hora prudente para que al menor se le realicen las labores apropiadas en orden a sus exigencias como baños, cenas y descanso-, sin pernocta, debiendo ser reintegrado al domicilio paterno (sic), así como fines de semana alternos incluidos los viernes, desde la salida de la guardería hasta el lunes que deberá ser reintegrado en la guardería, dividiéndose por mitad los períodos vacacionales y estivales y por semanas, eligiendo turno la madre en los años pares y el padre en los impares. 3º.- El padre contribuirá a los alimentos de Heraclio en la cantidad de 350# mensuales. 4º.- Por mitad deberán satisfacerse los gastos extraordinarios derivados de la educación y sanidad de Heraclio , sin expreso pronunciamiento sobre las costas".*

CUARTO.- Interpuesto por la representación de D. Borja , en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel, se dio traslado del mismo a las partes personadas, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, ésta dictó sentencia de fecha 11 de enero de 2011 , cuya parte dispositiva dice así: " *FALLAMOS: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Isabel Pérez Fortea, en nombre y representación de D. Borja , frente a la Sentencia de fecha uno de Julio de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Teruel , en autos de medidas relativas a la guarda y custodia y alimentos de un menor, seguidos con el núm. 154/2010, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución y en su lugar acordamos que la guarda y custodia del hijo*

menor de los litigantes, Heraclio , sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. Todo ello sin hacer imposición expresa de las costas".

Por auto aclaratorio de veinte de enero se acordó aclarar el sentido del fallo de la sentencia en los siguientes términos: "1º.- El fallo de la sentencia de esta Sala sustituye el régimen de custodia por la madre, fijado en la sentencia de fecha uno de Julio de 2010 por el régimen de custodia compartida por ambos progenitores. 2º.- La frase "en la forma que actualmente se desarrolla", se refiere al régimen en el que, en lo sucesivo, se llevará a efecto dicha custodia, y a la que se refiere el fundamento de derecho tercero, que no es otro que el que los cónyuges vienen manteniendo desde que se produjo la separación "de facto": un día con cada progenitor, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer".

QUINTO.- El Procurador de los Tribunales D. Luis Barona Sanchís, actuando en nombre y representación de D^a. Virtudes , presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal, en los siguientes motivos: 1º) *Infracción del artículo 209.4º y 281.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al amparo de lo dispuesto en el ordinal segundo del artículo 469.2 de dicha Ley.* 2º) *Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

En cuanto al recurso de casación alega la parte los siguientes motivos: 1).- *Con apoyo procesal en el art. 477.3ª.3 de la LEC , porque la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea, el art. 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo , de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución Española. 2)*.- *Con fundamento en el art. 477.3ª.3 de la LEC , porque la Sentencia recurrida infringe por inaplicación el art. 2.2 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo , en relación con el art. 11.2 a) y b) de la Ley orgánica 1.1996, de 15 de enero , de Protección Jurídica del Menor.*

SEXTO .- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 29 de abril de 2011 auto por el que se acordó: *Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los cuales se admiten a trámite. Dése traslado del escrito de interposición al Ministerio Fiscal y a la otra parte para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días y para los demás efectos legalmente prevenidos . Alegaciones que presentaron dentro de plazo.*

Por providencia de 8 de junio se señaló para votación y fallo el día 22 de junio del presente año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sobre los hechos relevantes objeto del proceso

PRIMERO.- Para la debida resolución de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos, conviene recoger los siguientes hechos relevantes:

Primero.- Don Borja y Doña Virtudes , contando aproximadamente dieciocho años de edad cada uno de ellos, iniciaron una relación de pareja, conviviendo durante un tiempo aproximado de dos años.

Segundo.- Fruto de esta relación nació Heraclio el día 24 de junio de 2008. Al momento de llevar a efecto la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil comparecieron Don Borja y Doña Virtudes , reconociéndolo como hijo suyo.

Tercero.- En el mes de enero de 2010 se produjo la ruptura de la relación de pareja, aunque mantuvieron la convivencia hasta comienzos de marzo de dicho año, cuando cada uno marchó a residir a casa de sus padres.

Cuarto.- Don Borja reside en el domicilio familiar en Teruel, cursó estudios hasta primero de bachillerato, y ha trabajado temporalmente en diversos empleos, encontrándose en situación de desempleo desde febrero de 2010. Proyecta retomar sus estudios tan pronto sea posible.

Según la prueba pericial practicada, en su personalidad se aprecian rasgos narcisistas, con puntuación muy baja en altruismo, baja en empatía, y puntuaciones medias en autoestima, capacidad de resolver problemas, flexibilidad, sociabilidad y capacidad de establecer vínculos afectivos. Tiene un adecuado equilibrio

emocional y alta flexibilidad y tolerancia a la frustración. Mantiene una buena relación con sus padres, que le apoyan en cuanto al cuidado del menor.

Quinto.- D^a Virtudes reside en la localidad de Villaespesa, situada a nueve kilómetros de Teruel. Vive con su madre y la actual pareja de ésta. Ha realizado estudios de E.S.O., deseando continuar su educación en Bachillerato. Ha realizado diferentes trabajos, encontrándose en situación de desempleo. Desde un punto de vista psicológico, y según la prueba practicada, presenta una alta independencia y sociabilidad, con puntuación alta en altruismo, empatía, equilibrio emocional y tolerancia a la frustración, siendo emocionalmente estable. Se siente apoyada por su madre y la pareja actual de ésta en las tareas de cuidado del menor Heraclio .

Sexto.- El menor Heraclio asiste a la guardería Snoopy de Teruel desde que contaba con pocos meses de edad, encontrándose bien adaptado a ella, relacionándose con los demás niños y participando en las actividades del centro.

Séptimo.- Ambos progenitores se ocupan del menor, con apoyo de sus respectivas familias. Desde marzo de 2010 a mayo del mismo año mantuvieron al hijo un día cada uno, alternándose en la custodia, hasta que a final de mayo y como consecuencia del dictado del auto de 27 de dicho mes, referido en los antecedentes fácticos, la madre se hizo cargo de la custodia en forma exclusiva, siguiendo el régimen de visitas para el padre establecido en dicha decisión judicial.

Sobre el desarrollo de las instancias procesales

SEGUNDO.- En el mes de febrero de 2010, las respectivas representaciones procesales de los litigantes interpusieron demandas cruzadas sobre la guarda y custodia del menor Heraclio . La madre dedujo demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos frente a Don Borja , mientras que éste presentó demanda en solicitud de medidas previas a la demanda que se proponía promover frente a D^a Virtudes , sobre atribución de domicilio **familiar** y atención a gastos **familiares**, guarda y custodia, alimentos y gastos extraordinarios. Tras diversas actuaciones procesales, por providencia de 23 de marzo de 2010 ambos procedimientos fueron acumulados.

En el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda se practicó prueba pericial, mediante informe de la psicóloga y la trabajadora social adscritas a la Subdirección de Teruel del Instituto de Medicina Legal de Aragón, que concluyó recomendando la guarda y custodia materna para el menor Heraclio , con un régimen de visitas amplio con el padre, dividiendo los periodos de vacaciones entre ambos progenitores.

Recayó auto de 27 de mayo de 2010, por el que la Juez de Primera Instancia ordenó que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre, compartiendo ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad (sic), se acordó el régimen de comunicación con el padre y la contribución a los alimentos del menor por parte de éste.

Tras la celebración del juicio, recayó sentencia en primera instancia de 1 de julio de 2010 , que decidió sobre la solicitud de medidas definitivas instadas en el presente procedimiento por D^a Virtudes contra D. Borja , acordando las medidas que regirán los efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia. El fallo, transcrito en los antecedentes de hecho, mantiene en lo sustancial el contenido decisorio del auto referenciado.

Apelada la sentencia por la representación de Don Borja , la Audiencia Provincial de Teruel dictó sentencia en fecha 11 de enero de 2011 , estimatoria del recurso de apelación, en la que se acordó la custodia compartida por parte de ambos progenitores sobre el menor Heraclio . El fallo recaído fue aclarado, a instancia de la parte apelada, por Auto de 20 de enero siguiente.

Frente a dicha sentencia la representación de Doña D^a Virtudes ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos han sido admitidos por la Sala.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos. El primero denuncia la infracción de los *artículos 209.4º y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , aduciendo que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en los vicios de falta de claridad e incongruencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes. Se trata, realmente, de la formulación de dos denuncias, que serán objeto de examen diferenciado.

El fallo de la sentencia de la que la recurrente disiente no es, ciertamente, un modelo de claridad. Establece que "...acordamos que la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, Heraclio , sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer ". La representación de D^a Virtudes instó la aclaración del fallo en lo referente a la forma en que se desarrolla la guarda y custodia, expresando que la distribución del tiempo de estancia del hijo con cada uno de los progenitores establecido en la sentencia del juzgado es el que se viene desarrollando desde el dictado del auto de Medidas Provisionales, de fecha 27 de mayo de 2010. La sentencia fue aclarada, haciendo uso de lo prevenido en el *art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , explicando que la frase aludida se refiere al régimen en el que, en lo sucesivo, se llevará a efecto dicha custodia, que es el que "los cónyuges vienen manteniendo desde que se produjo la separación "de facto": un día con cada progenitor, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer ".

Así se expresa en el fundamento jurídico segundo del auto de aclaración, dictado a 20 de enero de 2011.

El primer motivo del recurso, en cuanto denuncia la falta de claridad, no puede ser estimado. La sentencia no infringe lo dispuesto en el *art. 209, que regula la forma y contenido de estas resoluciones, ni el 218* , referido a la exhaustividad y congruencia. El fallo es claro en cuanto a la decisión adoptada, tal como ha sido aclarado en el auto que, en lo necesario, se ha transcrito. Fija un sistema de guarda compartida, respecto del menor Heraclio , indicando que estará un día con cada progenitor. Realmente, la denuncia que se expresa al respecto en el primer motivo de este recurso se refiere a que la aclaración contradice el fallo aclarado, y no tanto a que la decisión definitivamente adoptada en la instancia no resulte entendible. Pero ello no determinaría la infracción de los preceptos aludidos sino, en su caso, la vulneración de los preceptos referidos a la inmutabilidad de las sentencias después de firmadas.

En cuanto a la referencia que en el fallo se realiza al plan "que los cónyuges deben establecer", expresa la parte recurrente que no existe relación de conyugalidad al no estar unidos en matrimonio. Siendo cierto el error advertido, éste puede salvarse claramente considerando el contexto en que se expresa la sentencia, que en todo momento recoge el hecho de que los litigantes mantuvieron una relación sentimental sin matrimonio, de forma que la referencia a los cónyuges debe entenderse realizada a los progenitores.

CUARTO.- Denuncia también la recurrente la incongruencia de la sentencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes, por cuanto había sido solicitada una pensión de alimentos para el menor, que fue recogida en el fallo de primera instancia y no se mantiene en el del recurso, sin que éste invocado defecto haya sido salvado por el auto de aclaración antes citado.

La incongruencia por omisión que se denuncia, y que tiene amparo procesal en la exigencia de exhaustividad y congruencia de las sentencias impuesta por el *art. 218 de la LEC* , como reflejo procesal del derecho de las partes a la efectiva tutela judicial, no debe ser estimada en este caso. Es cierto que se instó en la demanda inicial la adopción de pronunciamientos sobre alimentos del menor y sobre gastos extraordinarios, y que en primera instancia se recogieron dos decisiones destinadas a responder a las pretensiones deducidas, fijándose en el fallo que: el padre contribuirá a los alimentos de Heraclio en la cantidad de 350 euros mensuales, y por mitad deberán de satisfacerse los gastos extraordinarios derivados de la educación y sanidad de dicho menor.

Sin embargo, la estimación del recurso de apelación, en su día interpuesto, y la consideración que la Audiencia Provincial hizo de que procedía establecer la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, podía determinar la improcedencia de hacer pronunciamiento sobre alimentos y gastos extraordinarios, dado que ambos progenitores asumen compartidamente la guarda y custodia del menor, con todos los efectos que de ello derivan. Por ello, en el fundamento jurídico tercero, *in fine*, de la sentencia de la Audiencia, se decía, tras explicitar el razonamiento sobre la guarda y custodia que establecía, que ésta tendría lugar " *sin necesidad de fijar contribución económica alguna por parte de los cónyuges, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida en tal sentido*". El hecho de que en el fallo no se haya recogido expresamente la revocación de los pronunciamientos tercero y cuarto del fallo de primera instancia no hace la sentencia incongruente, por cuanto revoca la totalidad del mismo, y se pronuncia sobre dichos extremos, para desestimar implícitamente las pretensiones deducidas.

Por las razones indicadas el primer motivo de recurso extraordinario por infracción procesal resulta desestimado.

QUINTO.- El segundo motivo de este recurso extraordinario invoca la infracción del *art. 218.2 de la LEC* , referido a la exigencia de motivación de las sentencias, que habrán de expresar los razonamientos fácticos y

jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. En el desarrollo del motivo expresa la parte recurrente que la sentencia incurre en contradicción interna, por cuanto indica el criterio de la Sala de que, en atención a la estabilidad del menor, la custodia diaria resulta poco conveniente y debería ser sustituida, y sin embargo la acuerda.

Como afirma la STC 64/2010, de 18 de octubre (Sala Segunda), citando otras precedentes, el derecho a la tutela judicial efectiva " *Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurso en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia*". Y es que las partes en el proceso tienen derecho a una tutela judicial que comprende la obtención de una decisión motivada sobre las cuestiones oportunamente deducidas, motivación que ha de ser suficiente y ajustada a criterios lógicos. Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el art. 9.3 de la Constitución Española.

SEXTO.- En el caso de autos la sentencia recoge, al argumentar sobre la cuestión fundamental que fue objeto de recurso de apelación, a saber, la conveniencia de establecer un sistema de guarda y custodia compartida, que esta atribución responde a determinados aspectos del informe emitido por el equipo técnico adscrito a la subdirección de Teruel del Instituto de Medicina Legal de Aragón; que existe la previsión de que tanto el padre como la madre no puedan atender en solitario a todas las necesidades del menor precisando del apoyo de la familia extensa; que no es obstáculo el que los litigantes no hayan presentado un plan de relaciones familiares. No obstante, la Sala estima que en atención a la estabilidad del menor la custodia diaria resulta poco conveniente, y debería ser sustituida, al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria, por una custodia por períodos más amplios, de acuerdo con el plan de convivencia que los cónyuges (sic) establezcan. Pese a todo acuerda la custodia compartida exactamente en la forma que considera poco conveniente.

Esta argumentación no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone -pese a desvalorarla- "al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria", pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.

Por todo ello, el motivo se estima.

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

Sobre el fondo de la cuestión planteada

OCTAVO.- Las alegaciones expresadas en el recurso de casación se centran en dos motivos. Ambos traen fundamento procesal en el art. 477.3ª.3 de la LEC , y denuncian: el primero, la infracción, por interpretación errónea, del art. 6 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución Española; y el segundo, la infracción por inaplicación del art. 2.2 de la misma Ley , en relación con el art. 11.2, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor. Dado que ambos preceptos se refieren a la decisión a adoptar respecto de los hijos, atendiendo al beneficio o interés del menor, ambos alegatos van a ser objeto de examen conjunto.

NOVENO.- Ante todo debemos señalar la corrección de la Audiencia Provincial al decidir la aplicación al caso de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón , de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Es así, pese a que el litigio se tramitó en primera instancia antes de la entrada en vigor de dicha norma, porque su *Disposición Transitoria Primera* preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas

bajo la legislación anterior: *Las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.*

La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Aunque esta consideración no se recoge en los hechos invocados por las partes, se desprende del conjunto de los autos que se trata de aragoneses y que el menor, hijo de ambos, también lo es. Por tanto el litigio ha de resolverse conforme al derecho aragonés, al que remite, como norma de conflicto, el *art. 16.1, en relación con el 9.1 y 4, del Código Civil* .

Dado que las normas aragonesas de derecho privado han quedado recogidas en el *Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón* , por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en lo sucesivo citaremos los preceptos de aplicación conforme a la nomenclatura de este Código.

DÉCIMO.- El legislador aragonés, al promulgar la *Ley 2/2010, de 26 de mayo* , ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la *Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos* hoy contenidos en los *arts. 75.2, 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón* (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el «El pacto de relaciones **familiares**», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones **familiares** a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la **mediación familiar**, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, "un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura".

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: *art. 80.2 del CFA* , según el cual, *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.*

3. *Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad **familiar** y del régimen de custodia de las personas menores.*

Con todo, el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor. Así resulta de los propios términos de la norma autonómica -*art. 76.2* , conforme al cual *Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos*-. No podía de ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos *arts. 2º y 3º* , respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero* , también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte -*arts. 2 y 11.2 .a)*-.

Por otra parte, para la adopción de la custodia compartida el juez ha de tener en cuenta el plan de relaciones **familiares**. Conforme al *art. 80.2* , *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. Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones **familiares** a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el juez.

En cuanto a la decisión a adoptar, el Preámbulo de la Ley 2/2010 recuerda que "el Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones **familiares** y los factores a los que se refiere la ley, como la edad de los hijos, el arraigo social y **familiar** de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida **familiar** y laboral".

UNDÉCIMO.- La aplicación de los criterios legales expresados al caso de autos conduce a la estimación del recurso.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe el *art. 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, (equivalente al 80.2 CFA)* que ordena al Juez adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea mas conveniente; y el *art. 2.2 de la citada Ley* , (cuyo contenido está refundido en el *art. 76.2 CFA*) en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos.

Frente a la decisión tomada en primera instancia, que atribuyó a la madre la guarda y custodia del menor, fundada en el resultado de la prueba practicada en autos y, especialmente, en el informe pericial, que recomienda la atribución a la madre de dicha custodia, la Audiencia Provincial adopta la guarda y custodia compartida. Lo hace fundada en argumentos que, como se ha expresado anteriormente al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, no resultan razonables, y lo hace considerando el sistema que establece como "poco conveniente" en atención a la estabilidad del menor.

En el caso que es objeto de enjuiciamiento, se trata de un menor que, al tiempo de interposición de la demanda, no contaba con dos años de edad. La única prueba de carácter pericial practicada en autos recomendaba razonablemente atribuir a la madre la guarda y custodia, con un régimen amplio de visitas con el padre que garantizase su permanencia como figura de referencia estable y continua. Y no se había aportado a autos plan de convivencia, sino que la Audiencia Provincial remitía a las partes a establecerlo, a los efectos de la posible ampliación de los periodos de convivencia.

Por ello, la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones **familiares** que la ley exige.

DECIMOSEGUNDO. - La estimación del recurso determina que la Sala se constituya en tribunal de instancia, debiendo resolver sobre las pretensiones ejercitadas en autos. Procede así la confirmación del fallo recaído en primera instancia, que resuelve de modo ajustado a derecho sobre todas ellas; pero la Sala debe hacer dos precisiones: a) La referencia que allí se hace a que ambos progenitores compartirán "las funciones inherentes a la patria potestad" debe entenderse realizada a las funciones que corresponden a la autoridad **familiar**, que es la institución que el ordenamiento jurídico aragonés establece respecto de los hijos menores; b) El régimen de visitas y comunicación del padre con el menor Heraclio debe ser mantenido, pero la expresión "debiendo ser reintegrado al domicilio paterno" debe entenderse como reintegración al domicilio materno, por atribuirse la guarda y custodia a favor de la madre.

DECIMOTERCERO.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas; y tampoco en cuanto a las causadas en las instancias, dada la novedad legislativa que es de aplicación al caso y la complejidad fáctica y jurídica del mismo.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación legal de D^a. Virtudes contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 11 de enero de 2011 , aclarada por Auto de 20 de enero de 2011, que anulamos; y dictando nueva sentencia, estimamos la demanda deducida por la representación de D^a. Virtudes y confirmamos el fallo recaído en primera Instancia, con las salvedades expresadas en el Fundamento de Derecho Decimosegundo de esta sentencia.



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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ