



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 43 de 2012

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

Excmo. Sr. Presidente /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D. Emilio Molins García-Atance /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a veintiséis de febrero de dos mil trece.

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 43/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 10 de julio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 412/2012, dimanante de autos de Divorcio 231/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D^a. Adriana, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sonia García de Val y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, y como parte recurrida D. Guillermo, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Morellón Usón y

dirigido por la letrada D^a. M^a José Casanova Villamayor, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Sonia García de Val, actuando en nombre y representación de D^a. Adriana, presentó solicitud de divorcio contra D. Guillermo en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución por la que se acuerde el divorcio y las siguientes medidas definitivas: “a) Se atribuya la guardia y custodia de las hijas menores a Doña Adriana, siendo la autoridad familiar compartida.- b) Se establezca un régimen de visitas a favor del padre Don Guillermo consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 8 de la tarde y la tarde de los martes y jueves con el mismo horario; un mes en verano que se disfrutará en dos periodos de 15 días y mitad de las restantes vacaciones escolares, eligiendo la madre en años pares y el padre en los impares.- c) Se otorgue el uso del domicilio familiar sito en Zaragoza C/..., a Doña Adriana y a las hijas menores.-d) Se establezca una pensión de alimentos para las hijas comunes por importe de 3.500 € mensuales, a abonar por Don Guillermo en los cinco primeros días de cada mes, actualizables anualmente conforme al I.P.C.- e) La obligación de pago de los gastos extraordinarios de las hijas al 100% por el Sr. G..- f) Se establezca una pensión compensatoria a favor de Doña Adriana por importe de 1.500 € mensuales y duración de 5 años, a abonar por don Guillermo en los cinco primeros días de cada mes, y actualizable anualmente.- g) Se condene a Don Guillermo a abonar a Doña Adriana una compensación económica por importe de 350.000 euros.- h) Se atribuya el uso del vehículo marca BMW serie matricula ... a Doña Adriana”.

Por otrosí solicitó medidas provisionales, y diferente prueba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda, lo que hizo, dentro de plazo, contestando a la demanda y solicitando que, previos los trámites legales, se dictase una sentencia por la cual se desestimara íntegramente la demanda; en el mismo escrito presentó demanda reconvenicional en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se tuviese por formulada reconvenición a la demanda de divorcio, y se acordasen diversas medidas, demanda que fue inadmitida.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 12 de mayo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por Adriana contra Guillermo G. M. y decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio indicado con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes:

1.- Los cónyuges pueden vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2.- La guarda y custodia del hijo/a/os/as menor/es de edad, entendida como atribución de la compañía de los hijo/a/os/as menor/es de edad, se otorga a Adriana, compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. Esta medida será revisable al cumplir las hijas los doce años de edad a instancia de cualquiera de las partes o antes si concurre acreditada modificación sustancial de medidas ad hoc. Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por los progenitores, el Art. 71 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (anterior Art. 68 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre), señala que éstos han de actuar según lo que lícitamente hayan pactado en documento público, y en defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. En los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres

puede acudir al juez para que resuelva de plano lo mas favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, para las decisiones de adoctrinamiento de los hijos menores en una confesión religiosa o similar, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio del hijo/a/os/as menor/es de edad y posteriores traslados, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entiende prestado éste tácitamente, si en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquel, no lo rechaza. En caso de discrepancia, será necesaria la previa autorización judicial para poder llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre los hijos, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes del hijo/a/os/as menor/es, y como receptor de toda la información educativa y del otro tipo del hijo/a/os/as menor/es, está en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su

rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. Así, el custodio debe informar al otro progenitor inmediatamente que tenga lugar algún hecho relevante en el cuidado del hijo/a/os/as menor/es y de su patrimonio, que sólo el conozca. Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefónicas se establece que no es necesario que la resolución judicial establezca una forma concreta de comunicación para que ésta pueda exigirse de la parte si se estima razonable y comprendida en el marco propio de las relaciones entre progenitor no custodio e hijo/a/os/as menor/es. Entendida la guarda y custodia del hijo/a/os/as menor/es de edad, como atribución de la compañía de los hijo/a/os/as menor/es de edad, es evidente que el progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, de los hijo/a/os/as menor/es, durante los periodos de visitas.

3.- En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que el hijo/a/os/as menor/es pueda/n estar en compañía del progenitor no custodio, consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, a las 20 horas del domingo y la tarde entre semana de los miércoles que no concurra con visita de fin de semana en periodo escolar, desde la salida del colegio por la tarde, ya lo sea a las 13, a las 17, o a otra hora de la tarde, donde los recogerá el progenitor no custodio, hasta las 20 horas en que las retornará al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y un mes en verano. El mes de verano que corresponde a cada progenitor se dividirá en dos periodos de 15 días no consecutivos. Las vacaciones escolares de Navidad por mitad, se dividen en dos periodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, y el segundo periodo del 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración, corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre y los años impares corresponden la Semana Santa al padre y las Fiestas del Pilar a la madre.

Fuera de los casos ya fijados de Semana Santa y Fiestas del Pilar, en caso de falta de acuerdo, la madre elegirá periodo en los años pares y el padre en los impares. Siempre que exista un derecho de opción, deberá mediar comunicación fehaciente del mismo a la otra parte con al menos 30 días de antelación a la fecha elegida, bajo sanción de pérdida del derecho de opción en otro caso. La entrega y recogida del hijo/a/os/as menor/es de edad, se realizara en el domicilio del progenitor custodio. Durante los periodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. Así, tras cada periodo de vacaciones las visitas se han de reanudar en la forma en que quedaron antes del comienzo del último periodo de vacaciones y el progenitor que disfrutó del último fin de semana antes de las vacaciones no disfrutara del primer fin de semana tras las vacaciones. Los llamados “puentes escolares” se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a su hijo/a/os/as menor/es durante la totalidad de dicho “puente”. Si los hijo/a/os/as menor/es padecieran alguna enfermedad que les impidiera las visitas y la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlos en el mismo durante una hora cada día, que señalara el progenitor custodio, de los que le correspondieran por el régimen de visitas expuesto.

4.- Se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar sita en calle ... de Zaragoza y anexos, junto con el ajuar doméstico, pudiendo la parte contraria retirar las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si así se interesa, tanto de lo que se extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo caso de no haberlo efectuado ya.

5.- Los gastos extraordinarios necesarios de las hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. 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. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. Los gastos extraordinarios no necesarios son, en principio aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que, hace imposible su exacta determinación anticipada,

aunque ciertamente no incluyen los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión.

6.- Se fija en 2.300 € mensuales, actualizable anualmente con efectos de uno de enero de cada año y conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publico por el Instituto Nacional de Estadística, la cantidad que el progenitor no custodio deberá abonar en concepto de pensión por alimentos para las dos hijas menores de edad, suma que deberá hacerse efectiva en los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta que designe el progenitor custodio y en doce mensualidades al año.

7.- Se concede también a la esposa como asignación compensatoria, la cantidad de 1.100€ mensuales a cargo del esposo y que comenzará a devengarse desde la fecha de esta sentencia y durante el plazo de 5 años como límite máximo. El pago de la pensión se efectuará dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente o de ahorros que señale la esposa y la pensión se actualizara cada uno de enero de cada año con arreglo al incremento o variación anual que experimente el índice de precios al consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

No procede adoptar ninguna otra medida de las solicitadas por las partes.

No procede imposición de costas a ninguna de las partes.”

Por ambas partes se solicitó la aclaración de la sentencia, a la que no se dio lugar por Auto de 1 de junio de 2011.

CUARTO.- Interpuesto por ambas partes recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado de los mismos a la contraparte y al Ministerio Fiscal, quién se opuso a ambos recursos, y las partes al presentado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, habiéndose solicitado prueba por la parte actora y aportando documentación por la parte demandada, se dictó Auto por el que se denegaba la práctica de prueba y la

unión de la documental; no obrando en las actuaciones prueba psicosocial, se acordó la práctica la misma con el resultado que obra en las actuaciones.

Por dicha Sección de la Audiencia Provincial, se dictó sentencia en fecha 10 de julio de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente literal: “Fallamos.- Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por D. Guillermo y por D^a. Adriana frente a la sentencia de fecha 12 de Mayo de 2011 dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 6 de Zaragoza en autos de Divorcio n^o 231/11, debemos revocar y revocamos dicha resolución en los siguientes apartados: a) La pensión alimenticia a favor de los hijos se devengará desde la fecha de la interposición de la demanda.- b) La asignación compensatoria desde la fecha de la sentencia de 1^a Instancia, tendrá una duración de 5 años y la cantidad a abonar será de 750€/mensuales.- c) el uso del domicilio familiar tendrá una duración limitada hasta la fecha en que el hijo menor cumpla los 16 años de edad.- Se confirma la sentencia en el resto de sus pronunciamientos, todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia.”

QUINTO.- La representación legal de D^a. Adriana presentó en tiempo y forma ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, alegando, en cuanto al primero, “infracción del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 218.1 de dicha norma adjetiva, con vulneración del deber de congruencia en su vertiente de incongruencia extra petita, y ello en relación a la reducción de la pensión o asignación compensatoria que ha acordado la sentencia recurrida”, y respecto al segundo, “se alega la infracción del artículo 1.438 del Código Civil, aplicable en Aragón en virtud del apartado 2 del artículo 1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, contenida, específicamente, en la sentencia de 14 de julio de 2.011 (recurso 1691/2008, EDJ 2011/146921).

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 18 de

octubre de 2012 se acordó oír a las partes en relación a lo siguiente:
“Conforme el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón corresponde la competencia para conocer del recurso de casación cuando se alegue infracción de normas de derecho civil especial propio de Aragón, exclusivamente o junto a otros motivos.

En el presente caso la normativa citada como infringida en el único motivo del recurso de casación es de carácter estatal, pues se trata de precepto del Código Civil, sin mención alguna de norma de Derecho Civil Aragonés que resuelva la cuestión, pues la única referencia que contiene a Derecho Aragonés es, precisamente, para justificar la exclusión de su aplicación en el supuesto enjuiciado.

En consecuencia se considera que, por aplicación del artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para conocer, caso de ser procedente, del recurso de casación en este procedimiento, corresponde al Tribunal Supremo y no a este Tribunal Superior.” Las partes presentaron sus correspondientes escritos de alegación, manifestando que consideran que la competencia es de esta Sala, excepto el Ministerio Fiscal que la considera del Tribunal Supremo.

Por Auto de 20 de noviembre pasado, la Sala acordó declararse competente para el conocimiento de los recursos de infracción procesal y de casación formulados, dándose traslado a las otras partes, que, dentro de plazo alegaron: el Ministerio Fiscal, que no es procedente que formule pretensión alguna respecto del recurso al no afectar el mismo ni directa ni indirectamente a los intereses de las menores, y la parte recurrida, se opuso en apoyo de sus pretensiones.

Por providencia de 2 de enero de 2013 se señaló para votación y fallo el día 6 de febrero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 12 de mayo de 2011 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio celebrado por los litigantes el día 27 de septiembre de 2002, regido económicamente por el sistema de separación de bienes pactado en capitulaciones matrimoniales, y en el que habían tenido dos hijas, Ángela, nacida el día 14 de enero de 2003, y Amelia, nacida el día 28 de enero de 2005. Establecidas en la sentencia las medidas reguladoras de los efectos del divorcio, ambas partes presentaron recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que, en lo que ahora interesa, redujo la asignación compensatoria establecida por el Juzgado a favor de la esposa de 1.100 a 750 euros mensuales, y denegó la procedencia de fijar a favor de la recurrente la indemnización prevista en el artículo 1438 del Código Civil, al igual que había hecho la sentencia dictada por el Juzgado, que, en este punto, fue confirmada.

SEGUNDO.- Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por la representación procesal de doña Adriana recurso por infracción procesal, con fundamento en considerar que tal resolución infringió los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), al excederse el pronunciamiento del fallo respecto de lo interesado por la parte contraria en su recurso de apelación. En concreto, considera la ahora recurrente que, al no haber recogido el suplico del recurso de apelación interpuesto por don Guillermo G. N. la solicitud concreta de reducción de la asignación compensatoria establecida a favor de la esposa, no podía la sentencia de tribunal de apelación entrar a resolver sobre tal cuestión.

Ante la formulación del anterior recurso, la parte recurrida opone como causa de inadmisibilidad procesal el hecho de que el escrito de impugnación se justifica en la previsión contenida en el artículo 468 de la LEC, en vez de en alguno de los motivos previstos con carácter cerrado en el artículo 469.1 de la propia LEC. La redacción del recurso por infracción procesal presentado no deja lugar a dudar que el recurrente, por mero error material, recogió la cita del artículo 468 LEC cuando, en realidad, quiso referirse al artículo 469,

pues así se concluye de la referencia al apartado 2º del número 1 del artículo que argumenta en su favor, y del propio contenido sustantivo del recurso, que se refiere, en todo caso, a la infracción prevista en tal apartado y número del artículo 469, que no del artículo 468. Por tanto, esta causa procedimental de inadmisión debe ser rechazada.

TERCERO.- En relación con el contenido material propio del motivo de recurso por infracción procesal, la comprobación del escrito de interposición del recurso de apelación que presentó la parte ahora recurrida evidencia que dedicó los folios 15 a 19 a impugnar el pronunciamiento contenido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia sobre la asignación compensatoria señalada a favor de doña Adriana, solicitando de la Audiencia Provincial que tal asignación fuera reducida. Luego, en el suplico del propio recurso de apelación el recurrente don Guillermo interesó la remisión al Tribunal competente “(...) para resolver la Apelación en los términos expuestos e interesados en este escrito de Recurso de Apelación”.

Resulta así evidente que, por la expresa remisión del suplico al cuerpo del escrito, la parte recurrente interesaba sin duda alguna la reducción de la asignación compensatoria señalada por la sentencia apelada. Por tanto, cuando el Tribunal de Apelación resuelve sobre tal cuestión no sólo no infringió las previsiones de los artículos 216 y 218.1 de la LEC que la actual recurrente entiende vulnerados, sino que dio cabal cumplimiento a lo ordenado en ellos. Por lo que procede desestimar el recurso por infracción procesal que ha sido interpuesto.

CUARTO.- Se interpone igualmente recurso de casación por la representación de doña Adriana frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Frente a este nuevo recurso la parte recurrida argumenta diversos motivos de inadmisión, por considerar incumplidos los presupuestos y requisitos procesales exigidos por el artículo 477 de la LEC para la presentación del recurso de casación. Sin embargo debe considerarse, como

ya se hizo en auto de esta Sala de fecha 20 de noviembre de 2012 que acordó su admisión a trámite, que el primer y fundamental presupuesto en que se apoya su presentación es por razón de la cuantía, pues según expone el recurrente, lo reclamado excede, con mucho, de los 3.000 euros a los que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de la Ley de Aragón 4/2005 de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

Afirmación sobre cuantía que es correcta, por cuanto la cantidad interesada en el recurso es de 350.000 euros. Por tanto, el recurso fue correctamente admitido, siendo innecesario entrar a valorar otras posibles causas de inadmisión.

QUINTO.- En lo sustantivo, el recurso de casación se interpone por entender la parte recurrente vulnerado el artículo 1438 del Código Civil por la sentencia recurrida, ya que estima que, en contra de lo razonado y resuelto en tal resolución, es de aplicación en Aragón el artículo 1438 del Código Civil, en lo que establece que en los regímenes matrimoniales de separación de bienes el cónyuge que trabajó para la casa tiene derecho a ser compensado económicamente por el otro al tiempo de extinción del régimen. Por ello, entiende la impugnante que le corresponde una compensación cifrada en la suma de 350.000 euros.

La Compilación Aragonesa, aprobada en 1967 (CA en adelante) trataba en el Título IV del Libro I el régimen económico matrimonial a considerar en cada caso, bajo la rúbrica general “Del Régimen Económico Conyugal”. El artículo 23, primer precepto del Capítulo Primero de tal Título IV, sentaba el principio general de que “El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que se otorguen y los pactos que se celebren acerca de los bienes así presentes como futuros, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación”. Para añadir en su apartado segundo que “En defecto de tales capitulaciones y pactos o para completarlos, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título”.

A continuación, en el Capítulo II, artículos 25 a 35 establecía normas generales sobre el régimen matrimonial paccionado para, finalmente, en el Capítulo III, artículos 36 a 59, regular el que denominaba régimen matrimonial legal, aplicable en defecto de pacto y basado en el sistema de comunidad de bienes.

Se observa así una regulación totalmente respetuosa con la libertad de pacto que inspira toda la regulación aragonesa, y la intención legal de que las posibles omisiones o lagunas que pueda presentar el acuerdo tomado sean integradas por las normas de la propia Compilación. Estas prevenciones legales obligan, por tanto, en cada caso, al estudio del contenido concreto de las capitulaciones de que se trate, para determinar su alcance, y también si la naturaleza de lo acordado permite integrar los vacíos de lo pactado mediante la aplicación de la normativa aragonesa, orientada en todo caso hacia el régimen de comunidad.

SEXTO.- En el caso presente, antes de contraer matrimonio, por medio de Escritura otorga el día 26 de septiembre de 2002 los ahora litigantes, don Guillermo y doña Adriana pactaron que “Primero.- el matrimonio se regirá por el sistema económico de separación de bienes.- En consecuencia cuantos bienes aporten a su matrimonio los esposos, así como los demás que sin aportarlos, al tiempo de casarse, sean propios de uno u otro y, también cuantos en adelante puedan adquirir el marido o la esposa por cualquier título, tanto oneroso como lucrativo, serán siempre de la propiedad exclusiva del cónyuge que los posea o adquiera y nunca tendrá el carácter de consorciales o gananciales, cualquiera que sea su origen o naturaleza.- Asimismo, cada cónyuge conservará no solo la propiedad, sino también el disfrute y la administración de los bienes que actualmente le pertenezcan y de los que adquiera en lo sucesivo.”

Lo primero que cabe observar en este pacto es que los interesados no acuerdan la fijación de un régimen atípico o innominado, sino que expresamente se refieren en el primer párrafo al conocido como régimen de “separación de bienes”. Hay, por tanto, una vocación expresa de un concreto

sistema económico matrimonial. Y en la fecha en que las capitulaciones se suscriben (año 2002) la definición de tal régimen no existía en la CA, sino en el Código Civil.

En segundo lugar cabe igualmente destacar que la exposición de las condiciones del régimen que, de modo expreso establecen los futuros contrayentes, se hace entendiendo que son “en consecuencia” del régimen de separación al que, de modo general, han hecho expresa referencia anteriormente.

Por ultimo, debe considerarse que las cláusulas concretas no difieren en su contenido de las previsiones recogidas en el Código Civil general, pues no hacen sino recoger de modo descriptivo la regulación del artículo 1437 de tal Código.

La literalidad del documento no presenta, por tanto, una previsión específica, peculiar o singularizada de un especial régimen matrimonial que las partes quisieran establecer. Pues lo que realmente se observa es una clara referencia al régimen de separación de bienes, por cuya expresa consecuencia las líneas maestras del sistema económico serán las que pasan a describir.

SEPTIMO.- Ante tal ausencia de establecimiento completo del régimen económico que se deseaba, debe acudir, necesariamente, no a su mero complemento, sino a su definición esencial.

Las posibilidades que para tal definición ofrece la CA, a la que en primer lugar debe estarse por cumplimiento de su artículo 23.2 son realmente ineficaces. Porque la clara orientación hacia la comunidad de bienes que regulan los artículos de referencia a considerar en tal cuerpo legal (como ya se dijo, artículos 36 a 59) no permiten el complemento de unas capitulaciones como las que ahora se estudian, en las que ningún posible patrimonio o administración común previeron, y en las que la evidencia del pacto claro y terminante del régimen general de separación de bienes, a todos los efectos, dota de naturaleza totalmente diferenciada lo pactado de lo

regulado en la CA. Lo cual imposibilita realmente la observancia aún analógica, de los preceptos indicados de la CA so pena de fragmentar la normativa de aplicación creando un *tertium genus*, un régimen novedoso que participaría de lo pactado, de lo regulado en la CA para la comunidad de bienes, y de lo previsto en el CC para el caso de separación de bienes.

La dificultad expuesta de complemento mediante la CA impone, por tanto, acudir al mecanismo supletorio general que preveía la CA en su artículo 1.2 de modo que se estará a la aplicación subsidiaria del Código Civil en lo que define y regula de modo completo, coherente y cerrado el régimen de separación de bienes al que, además, y como ya se ha expuesto antes, las propias partes denominaron por el título jurídico empleado por el mismo Código Civil.

Se concluye así, en contra de lo considerado por la sentencia recurrida, que es de plena aplicación el régimen de separación de bienes previsto en el Capítulo VI del Título III del Libro IV del Código Civil. No pactaron las partes, ni se deduce de los escritos alegatorios o prueba practicada que, dentro de tal regulación y sus consecuencias, fuera excluida en el momento de pacto o después, tácita o expresamente, la aplicación del artículo 1438 del Código.

OCTAVO.- Estimada la pretensión principal del recurso de casación sobre la aplicación, negada por la sentencia recurrida, del artículo 1438 del Código Civil, este Tribunal de Casación debe actuar como órgano de instancia, pasando a considerar si procede en este supuesto la indemnización prevista en tal norma y, caso afirmativo, en qué cuantía.

Al respecto, se observa que el matrimonio tuvo una duración de más de ocho años, durante los cuales ambos cónyuges estuvieron plenamente conformes en que la esposa, ahora recurrente, atendiera al cuidado del hogar familiar, se encargara de modo inmediato y directo del cuidado de los hijos menores y, en fin, no desempeñara trabajo por cuenta propia o ajena fuera de la atención directa de la casa. Mientras, el esposo, aunque no desatendió el desenvolvimiento diario del hogar familiar y cuidado de los hijos, sí desarrolló

trabajo fuera de la casa, prestó sus servicios para entidad mercantil y, con ello, tuvo posibilidad de mantener y aumentar su patrimonio. Se dan así los presupuestos para fijación de la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil tal y como lo acuerda el Tribunal Supremo en sentencia numero 534/2011, de 4 de julio (recurso de casación 1691/2008): pacto de separación de bienes, y contribución por uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa, por lo que procede reconocer el derecho de la recurrente al percibo de tal compensación.

La cantidad interesada por tal concepto asciende a la suma de 350.000 euros. Tal importe lo obtiene la recurrente mediante la adición de los salarios que podría haber percibido caso de haber trabajado, la cantidad pagada por el esposo para adquisición de inmueble, constante matrimonio, y el beneficio que estima ha tenido la mercantil de que era socio el marido durante el matrimonio. No es admisible valorar el posible salario que la esposa habría percibido, puesto que no existen datos que permitan estimar que la esposa no trabajó por cuenta ajena sólo por causa de dedicarse primera y principalmente a la atención de la casa, ya que es notorio que existen otras variables a considerar al tiempo de determinar si habría tenido la posibilidad de prestar trabajo remunerado la esposa. Igualmente debe rechazarse la pretensión de hacer comunes los incrementos patrimoniales obtenidos por el cónyuge como si estuviéramos ante un régimen de comunidad cuando, contrariamente a ello, lo pactado por ambos interesados fue la separación de bienes.

La ausencia de otros datos o argumentos que permitan decidir cuál debe ser la concreta indemnización a percibir conduce, finalmente a fijarla en la cuantía aceptada de modo subsidiario por el recurrido, de 15.150 euros.

NOVENO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

F A L L A M O S

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de doña Adriana

SEGUNDO.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Adriana contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, en fecha 10 de julio de 2012, que casamos en el particular relativo a denegación de compensación por contribución a las cargas del matrimonio disuelto.

TERCERO.- Condenamos al recurrido, don Guillermo al abono a la recurrente, doña Adriana de la cantidad de 15.150 euros más los intereses legales desde la fecha de esta resolución en concepto de la compensación antedicha.

CUARTO.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

QUINTO.- Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.