

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON**  
**SALA CIVIL Y PENAL**  
**ZARAGOZA**

Recurso de Casación e infracción procesal nº 16/ 2015

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

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

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

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 16/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de febrero de 2015, recaída en el rollo de apelación número 9/2015, dimanante de autos de Modificación de medidas núm. 540/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. J.M. G., representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Aznar Ubieto y dirigido por el Letrado D. Alberto Cervera Corbatón, frente a D<sup>a</sup>. L. H. S. A. representada por el Procurador de los Tribunales D. José M<sup>a</sup> Angulo Sainz de Varanda y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Mercedes Bayo García, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el Juzgado de Primera Instancia num. 6 de Zaragoza el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Aznar Ubieta, actuando en nombre y representación de D. J. M. G., presentó demanda de Modificación de Medidas contra D<sup>a</sup>. L. H. S. A. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que “estimando íntegramente la demanda, se acuerde la modificación de las medidas dictadas por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> SEIS de Zaragoza, en la sentencia de divorcio N<sup>o</sup> 353/2009 de 26 de mayo de 2009, relativas a los siguientes extremos: Régimen de guarda y custodia y pensión de alimentos fijada a favor del hijo menor de los excónyuges, resolviendo el paso a un régimen de guarda y custodia compartida con obligación de mantener cada uno de los progenitores al menor mientras esté en su compañía y reparto de los gastos extraordinarios en los términos detallado en el hecho OCTAVO de esta demanda que se concretan en la propuesta completa detallada en el DOCUMENTO N<sup>o</sup> TRES. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada solo si se opusiere a la presente demanda.”

Por otrosí propuso práctica de prueba.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, haciéndolo dentro de plazo tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida, solicitando ésta última que se dictara sentencia por la que se acordase la Modificación de medidas, conforme a lo siguiente:

“- Establecer que el ejercicio de la guarda y custodia del hijo menor, E. A. M. S., sea COMPARTIDA por ambos progenitores.

- Determinar el régimen de convivencia del menor con cada progenitor por periodos mensuales, o por cursos anuales, en caso de residir los progenitores en ciudades diferentes o en el extranjero, con el régimen de

visitas de fines de semana alternos, intersemanales y vacacionales conforme a lo señalado en el hecho cuarto de esta contestación.

- Determinar la obligación de contribuir a los gastos ordinarios y extraordinarios conforme a lo solicitado en el hecho quinto de esta contestación, estableciendo expresamente la obligación de que el SR. M. aporte la cantidad de 700 € cada mes que el hijo esté conviviendo con la madre, mediante ingreso en cuenta bancaria, cuya titularidad corresponderá a la madre y al hijo conjuntamente. Cantidad actualizable anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo.”

Por otrosí propuso práctica de prueba.

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, a solicitud de ambas partes se decretó la suspensión del procedimiento por sesenta días para intentar llegar a un acuerdo. Al no alcanzarse el mismo, se alzó la suspensión y se reanudó el procedimiento, en el que el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 17 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

*“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Aznar Ubieto en nombre y representación de D. J. M. G. frente a D<sup>a</sup> L. H. S. A., debo declarar y declaro haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 26 de mayo de 2009 en autos n<sup>o</sup> 618/2009 A en los siguientes extremos: 1<sup>o</sup>/ La guarda y custodia el menor E. A. será compartida por ambos progenitores por cursos escolares. –El menor permanezca bajo la custodia del Sr. M. el presente curso escolar 2014/15. La Sra. S. podrá tener al menor en su compañía durante las vacaciones escolares de navidad y de verano, asumiendo el padre el coste de su traslado a M.- Si finalizado el presente curso escolar, el menor desea trasladar su residencia a M. con su madre, esta asumirá su custodia durante el siguiente curso y así sucesivamente según la voluntad del hijo común, correspondiendo al padre tenerlo consigo durante las vacaciones escolares de navidad y verano. 2<sup>o</sup>/ Mientras el menor E. A. permanezca bajo la custodia del Sr. M. esta asumirá todos los gastos de alimentación, educación, sanidad, gastos extras, etc..., incluso los gastos de viaje en navidad y verano para visitar a la madre en M.. 3<sup>o</sup>/ Para el supuesto de que la custodia del menor, conforme a lo antes*

*acordado, la ostente la Sra. S., la contribución del Sr. M. a los gastos de alimentación del menor se establecerá en función de la siguiente escala: -Si la Sra. S. carece de ingresos: 700 euros al mes y 80% de los gastos extraordinarios necesarios.- Si la Sra. S. percibe menos del SMI anual: 500 euros al mes y 70% de los gastos extraordinarios necesarios.- Si la Sra. S. percibe entre el SMI anual y el doble : 300 euros al mes y 60 % de los gastos extraordinarios necesarios. – Si la Sra. S. percibe entre el doble del SMI y el triple: 150 euros al mes y 50% de los gastos extraordinarios necesarios.- Si la Sra. S. percibe más del triple del SMI anual, se hará cargo de todos los gastos de manutención y del 50% de los gastos extraordinarios necesarios. Se considerarán gastos extraordinarios necesarios del hijo menor, a modo de ejemplo, las prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, actividades extraescolares de clases particulares de refuerzo, y deportivas o similares, gastos de desplazamiento para visitar a uno de los progenitores, entre otros. Los gastos extraordinarios no necesarios tales como colonias de verano y otros periodos vacacionales, obtención del permiso de conducir, etc... 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.– Permanecen invariables el resto de los pronunciamientos de la sentencia de divorcio.- Todo ello sin expresa condena en costas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.”*

A petición de la parte actora, se dictó Auto de 30 de octubre de 2014 en el que se acordó no dar lugar a la aclaración solicitada.

**TERCERO.-** Interpuesto por el Procurador Sr. Aznar Ubieta en nombre y representación de D. J. M. G. recurso de apelación contra la sentencia y el auto aclaratorio dictados por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, con fecha 24 de febrero de 2015 la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

*“FALLAMOS, Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don J. M. G., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Zaragoza en los autos de modificación de medidas contencioso nº 540/13 en fecha 17-09-2014, debemos confirmar y confirmamos la misma sin hacer expresa condena en costas.”*

**CUARTO.-** El Procurador Sr. Aznar Ubieto, en nombre y representación de D. J. M. G., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, recurso de casación e infracción procesal, en base a los siguientes motivos:

“Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente de los arts. 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. E infracción de normas de ordenamiento jurídico, concretamente del artículo 82 del CDFA”.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Zaragoza acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente, a quién pasaron las actuaciones para resolver.

Por providencia de fecha 30 de abril se dio traslado por posible causa de inadmisión. Hechas las alegaciones, por Auto de 28 de mayo de 2015 se admitió a trámite el primer motivo del recurso de casación y se inadmitió el motivo único de infracción procesal, dando traslado a las partes recurridas para oposición, presentando escritos dentro de plazo, tanto el recurrido como el Ministerio Fiscal, oponiéndose ambos al mismo.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 9 de septiembre de 2015.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Como antecedentes de hecho que resultan de las sentencias de primera instancia y de apelación y del resto de actuaciones

judiciales, de interés para la resolución del presente recurso, se destacan los siguientes:

Actor y demandada contrajeron matrimonio el 16 de septiembre de 1998, del que nació un hijo, E. A., el 30 de mayo de 2009.

Previamente a las presentes actuaciones, en autos de procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo 618/2009 del mismo Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza había recaído sentencia de 26 de mayo de 2009 aprobando el convenio regulador presentado por las partes. Conforme al mismo, el hijo quedaba bajo la custodia de la madre, y se establecía la previsión de un traslado de la madre a Méjico, su país de origen, a partir del 30 de junio de 2009. El padre se obligaba a pagar una pensión de alimentos de 700 euros mensuales para el hijo cuando éste estuviera con su madre, actualizables conforme al IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística, debiendo ser ingresada la pensión en España, en la cuenta corriente que la madre indicara. Se acordaba también que *“la pensión de alimentos correspondiente a los períodos de tiempo que el hijo venga a Zaragoza desde Méjico se aplicará al pago de los billetes de avión hasta donde alcancen esas cantidades”*.

En junio de 2009 se trasladó la madre a Méjico con el hijo y desde entonces se fueron alternando las estancias del hijo con cada uno de los progenitores tanto en Méjico como en España durante períodos de distinta duración, en ocasiones amplia, convirtiéndose su régimen de convivencia en una suerte de custodia compartida alterna.

**SEGUNDO.-** Interpuesta por el padre la demanda de modificación de medidas origen del presente procedimiento, recayó sentencia del Juzgado de 17 de septiembre de 2014 que, estimando la demanda, estableció un régimen de guardia y custodia compartida del hijo común por cursos escolares.

Respecto a la contribución de los progenitores a los gastos del hijo común, explica la sentencia que existe acuerdo en que mientras el menor permanezca bajo la custodia del padre éste asumirá todos los gastos de alimentación, educación, sanidad, gastos extra, etc., incluso los gastos de viaje en Navidad y verano para visitar a la madre en Méjico. La discrepancia surge –sigue la sentencia– en el caso de que la Sra. S. ostente la custodia del

hijo pues en el momento actual no puede realizar una contribución concreta de las aportaciones en la medida en que la madre carece de trabajo y todo tipo de ingresos y se ignora si en Méjico va a acceder o no al mercado laboral y, por tanto, si va a disponer de ingresos. *“Se trataría pues de establecer una previsión de futuro..., por otro lado debe tenerse presente que las partes acordaron en el convenio regulador de divorcio de fecha 5 de mayo de 2009 que el Sr. M. abonaría en concepto de alimentos para el hijo común cuando éste permaneciera con la madre la suma de 700 € al mes. Finalmente, debe señalarse que ambas partes y el Mº Fiscal están conformes en que la aportación del Sr. M. a los alimentos de E. A. si éste se encuentra bajo la custodia de la madre varíe en función de los ingresos que pueda obtener ésta teniendo en cuenta una escala cuya referencia sea el Salario Mínimo Interprofesional anual de España (SMI)”*.

A continuación la sentencia fija la escala de la pensión resultante según los ingresos que percibiera la madre.

La representación del Sr. M. solicitó aclaración de la sentencia discrepando de la misma en que las partes hubieran estado de acuerdo en referenciar la pensión del hijo al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) de España, pues él se había referido al de Méjico. La representación de la madre y el Ministerio Fiscal discreparon de lo anterior insistiendo en que la referencia era al SMI de España. El auto del Juzgado de 30 de octubre de 2014 dejó constancia de que, según la grabación del juicio, el actor propuso una escala en función de los ingresos de la madre en relación al SMI de Méjico, lo que no fue aceptado expresamente por la demandada ni por el Ministerio Fiscal, que insiste en que la escala debe referirse al SMI de España. Concluye el auto que *“partiendo de lo anterior, por razones prácticas y probatorias, y teniendo además en cuenta la existencia de diferente moneda y que el SMI de Méjico varía según la zona geográfica, se estimó más ajustado que la referencia al SMI lo fuese al de España”*. Por ello resuelve el auto no haber lugar a la aclaración solicitada.

**TERCERO.-** El recurso de apelación del actor suplicaba la revocación de la sentencia del Juzgado para que se declarara la obligación de mantener cada uno de los progenitores al menor mientras estuviera en su compañía y,

subsidiariamente, que se estableciera una pensión de alimentos correcta y adecuada para ambas partes, tomándose como referencia en todo caso el SMI de Méjico dado que la estancia del menor con su madre sería en Méjico y los ingresos de la madre serían obtenidos en dicho país, y obviamente los gastos del menor se harían en Méjico, conforme a su nivel de vida.

La sentencia de apelación se refiere a la sentencia de 26 de mayo de 2009 en el procedimiento de mutuo acuerdo, que fijó la pensión del hijo en 700 euros mensuales, y al acuerdo de las partes en el procedimiento de modificación de medidas salvo en lo referente a la referencia de la escala de la pensión al SMI de Méjico o al de España. Reitera que, tratándose de una previsión de futuro, la sentencia del Juzgado parte de la cuantía fijada en su momento con una escala a la baja en función de los ingresos de la madre, que resulta razonable teniendo en cuenta lo pactado en su momento y la inicial diferencia de ingresos entre ambos progenitores.

Respecto a la discrepancia relativa al SMI indica que tanto en el convenio de 5 de mayo de 2099 como en la propuesta de pacto de relaciones familiares se preveía la posible residencia del menor en Méjico haciendo en el primero especial referencia al IPC señalado por el INE, y en el segundo a la pensión fijada en euros. Por tales motivos se confirma íntegramente la sentencia apelada.

**CUARTO.-** El primer motivo del recurso de casación, único admitido, se funda en infracción del artículo 82 del CDFA. Alega el recurrente que la sentencia recurrida no establece el hilo argumental que permita señalar la cuantificación de las necesidades del hijo común y la contribución de cada progenitor, y que se pronuncia íntegramente por la pretensión de la parte demandada. También arguye que la sentencia fija unas cantidades excesivas y desproporcionadas no coincidentes con las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias publicadas por el Consejo General del Poder Judicial el 12 de julio de 2013. Y que se obliga al padre a contribuir tanto cuando el hijo convive con él como cuando convive con la madre quien, sin embargo, no está obligada a contribuir cuando el menor convive con el padre.

En definitiva, el recurrente expresa su disconformidad con el importe de la pensión que debe satisfacer por referencia a las mencionadas tablas orientadoras y por falta de proporcionalidad con la contribución que se exige a la madre. Introduce así nuevos elementos de discusión que no había alegado en la instancia ni en el recurso de apelación, y ninguna referencia hace sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

Debe recordarse que el objeto del recurso de casación es velar por la correcta aplicación de las normas atinentes para la resolución del caso (artículo 477.1 LEC), que en este caso señala el recurrente en el artículo 82 del CDFA, pero sin concretar cuál de sus apartados ni la razón de la vulneración legal, salvo la genérica del excesivo importe de la pensión que debe satisfacer y la desproporción con la contribución de la madre.

No alude el recurrente a que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación toman como punto de partida el acuerdo de ambos progenitores en el importe de 700 euros mensuales de pensión para el hijo recogido en la sentencia de 26 de mayo de 2009 sobre la base de la custodia individual de la madre y, fundamentalmente, el mismo acuerdo recogido en la sentencia del Juzgado de 17 de septiembre de 2014 en el actual proceso de modificación de medidas, ahora bajo el régimen de custodia compartida, para cuando el hijo conviviera con la madre.

Como se ha dicho, el único desacuerdo del padre en relación con la sentencia del Juzgado fue que para fijar la contribución de la madre se atendiera al SIM de España y no al de Méjico, como él había solicitado. Y ése fue también el motivo esencial de su recurso de apelación.

La sentencia recurrida rechaza los argumentos del recurso de apelación recordando los anteriores acuerdos, y que la cuantía de la pensión resultaba acorde en función de los ingresos del actor y de la carencia de los mismos por parte de la madre. En la previsión de que la madre trabajara en Méjico se fijó la escala a la que se ha hecho referencia, sobre la que el recurrente mostraba su disconformidad por la referencia al SIM de España y no al de Méjico.

Así pues, introduce el recurrente nuevos elementos de debate, lo que no cabe en el recurso extraordinario de casación, que debe centrarse únicamente en la aplicación por la sentencia recurrida de las normas que se afirman infringidas. La cuantía de la pensión viene adecuadamente justificada en la

sentencia partiendo de la conformidad dada por el propio recurrente en la primera instancia, a lo que añade el argumento de los ingresos del padre y la falta de los mismos por parte de la madre. No tenían que sujetarse los tribunales de instancia a una tablas orientadoras que no pueden privar de eficacia a los acuerdos entre las partes. Las medidas judiciales se adoptan a falta de pacto entre los padres (artículo 79 del CDFA) y el recurrente solo se opone ahora a la cuantía cuando su única objeción fue sobre la escala a tener en cuenta en el caso de que la madre obtuviera ingresos.

Ya ha dicho esta Sala reiteradamente, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia nº 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil, que la misma *"corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"*.

Los mismos razonamientos deben ser aplicados a los gastos de asistencia regulados en el artículo 82 del CDFA y al criterio de proporcionalidad, reforzado en el presente caso por el acuerdo inicial de los progenitores, salvo en la aplicación a la escala del SIM de uno u otro país, lo que es igualmente justificado y resuelto en la sentencia recurrida sin que la parte recurrente haga alegación alguna al respecto en su recurso de casación.

En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del artículo 82 del CDFA por lo que el recurso debe ser rechazado.

**QUINTO.-** Conforme a lo previsto en el artículo 398.1 LEC las costas del recurso deben ser impuestas a la parte recurrente.

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

## F A L L A M O S

**PRIMERO.-** Desestimar el presente recurso de casación nº 16/2015, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Aznar Ubieto en nombre y representación de D. J. M. G., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de febrero de 2015.

**SEGUNDO.-** Imponer las costas de este recurso a la parte recurrente.

**TERCERO.-** Se decreta la pérdida del depósito al que se dará el destino legal.

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

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

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.