

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal núm. 35/2017

S E N T E N C I A NUM. VEINTISÉIS

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

En Zaragoza, a veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete.

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 35/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 6 de junio de 2017, recaída en el rollo de apelación número 87/2017, dimanante de autos de Divorcio núm. 107/2016, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D^a. A. M. H. M. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María José Ferrando Hernández y dirigida por la Letrada D^a. Nieves Soriano Godés, frente a D. J. G. V., representado

por la Procuradora de los Tribunales D^a Lucía del Río Artal y dirigido por el Letrado D. Fernando Baringo Giner, 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 1^a Instancia n^o 5 de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a José Ferrando Hernández, actuando en nombre y representación de D^a. A. M. C. H. M., presentó demanda contenciosa de divorcio, contra D. J. G. V., 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 se acuerde:

“La disolución del matrimonio por divorcio de ambos cónyuges, con la adopción de los efectos y MEDIDAS DEFINITIVAS siguientes:

1º.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL HIJO INCAPAZ. AUTORIDAD FAMILIAR.

1.- La guarda y custodia de R.-F. G. H. de 20 años de edad será compartida de DOÑA A. C. y DON J. con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario.

2.- La custodia compartida se llevará a cabo por periodos de dos semanas consecutivas; el cambio de turno se llevará a cabo el lunes por la mañana en el colegio o centro ocupacional (10 horas en otro caso).

3.-DÑA. A. M^a C. tendrá una visita intersemanal en la segunda semana de custodia paterna, el miércoles, desde la salida del centro ocupacional hasta el término de la actividad que realice su hijo, recogiénolo en Sr. G. al término de la actividad. Don J. facilitará a la madre el vehículo adaptado para recoger a su hijo en el centro.

4.- D. J. se relacionará con el hijo en los periodos de custodia de la madre. Deberá comunicarlo con 24 horas de antelación.

5.- Las vacaciones de NAVIDAD se dividirán en dos periodos; el primero desde la salida de clase el último día lectivo y hasta las 13 horas del día 31 de diciembre; el segundo hasta el día de reanudación de las clases. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

6.- Las vacaciones de SEMANA SANTA corresponderán completas a la madre en los años pares y al padre en los impares.

7.- Las VACACIONES DE VERANO se dividirán en los siguientes periodos alternos: desde el último día de curso y hasta el 15 de julio a las 10 horas; el segundo hasta las 10 horas del último día 1 de agosto, el tercero hasta las 10 horas del día 15 de agosto; el último hasta el día anterior al comienzo de curso a las 18 horas. La esposa elegirá el periodo vacacional antes de cada 10 de mayo.

8.- En los periodos de vacaciones las visitas quedarán suspendidas hasta su término, momento en el que se reanudarán por el progenitor que no haya disfrutado de la última quincena.

9.- Las entregas y recogidas de R. se verificarán, cuando el centro ocupacional esté cerrado, en el domicilio del progenitor custodio.

10.- Los dos progenitores están obligados a informar al otro del lugar en que se encuentre su hijo siempre que éste se sitúe fuera de la ciudad de Zaragoza. Así mismo están obligados a entregarse, respectivamente, en los periodos de alternancia de la custodia la tarjeta sanitaria del ISFAS, recetas médicas, así como toda documentación sobre tratamientos médicos o de cualquier otra índole que afecten a la salud de su hijo.

11.- Los dos padres tienen derecho a ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y, concretamente, tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación; también tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación escolar, tanto si acuden los dos juntos, como si lo hacen por separado.

De igual forma, tienen derecho a obtener información médica de su hijo y que se le facilite a cada progenitor que lo solicite, los informes

pertinentes sobre la salud del mismo o tratamiento, pudiendo acudir ambos a la consulta médica u hospital.

En los supuestos de enfermedad grave padecida por Rodrigo el progenitor a cuyo cuidado estuviere se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este supuesto visitarlos sin ningún tipo de impedimento ni limitación.

Así mismo, ambos progenitores se informarán mudamente de las enfermedades de carácter leve que afecten a Rodrigo.

12.- Ambos progenitores deberán informarse recíprocamente de todas las prestaciones que puedan obtener en beneficio de R. de las distintas Administraciones Públicas, Organismos u asociaciones públicas o privadas debiendo ingresarlas en la cuenta común aperturaza en nombre de su hijo y padres. Así mismo para disponer de los planes de pensiones, pólizas o plazos fijos de los que sea beneficiario R. será necesario el consentimiento de ambos padres. En caso de no alcanzar acuerdo resolverá el Juez.

13.- El uso del vehículo adaptado para R. FIAT ULISSES irá en consonancia con los turnos de custodia compartida. Finalizado, se dejará el vehículo con el depósito de combustible lleno a disposición del inicio del turno siguiente. Sin perjuicio de que entre ambos progenitores procedan a intercambiarse el mismo para las necesidades de Rodrigo cuando esté en su compañía durante la visita intersemanal, debiendo dejarse a disposición del progenitor en el lugar de recogida de Rodrigo y reintegrándolo en el domicilio del progenitor custodio que corresponda.

2ª.- GASTOS DE ASISTENCIA PARA EL HIJO R..

Al haberse pactado una guarda y custodia compartida cada progenitor asumirá los gastos estrictamente alimenticios-nutricionales de su hijo R..

Todas las prestaciones y pensiones que percibe el Sr. G. V. en beneficio de su hijo R. del ISFAS o que pueda percibir de otra Administración, Organismo o asociación y la Sra. H. M. del Gobierno de Aragón por dependencia o de cualquier otra Administración, Organismo o asociación serán ingresadas en la cuenta bancaria nº ES

aperturada en IBERCAJA a nombre de éste y de sus progenitores, salvo que de común acuerdo opten por otra entidad crediticia. Se hará frente con su saldo a todos los gastos (ordinarios, extraordinarios y no necesarios) para atender absolutamente a todas sus necesidades, incluidas las educacionales, rehabilitaciones, terapias, natación, logopeda, actividades extraescolares, teatro, esquí, ocio, cuidados, recibos de las fundaciones de las que es socio, colegio o centro ocupacional, seguro del vehículo, reparaciones y los consumos de gasolina que se realicen única y exclusivamente para desplazar a R. en el vehículo FIAT ULISSES..... que tiene adaptado en su beneficio, etc., etc.

Como contribución a los gastos D. J. ingresará en dicha cuenta la suma de 150,00 mensuales y Doña A. M^a C. 100,00 €, que ingresarán por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dichas cantidades deberán ser actualizadas conforme al IPC con efectos desde el 1 de enero de 2017.

Los gastos extraordinarios necesarios no reintegrados total o parcialmente por el ISFAS como son ortopedia, óptica, ortodoncia, silla de ruedas, gafas, etc., serán abonados con cargo al saldo de la cuenta de IberCaja referenciada o de la entidad bancaria que de común acuerdo designen los progenitores.

Ambos progenitores deberán justificarse y rendir cuentas de los gastos efectuados en beneficio de R., así como de las extracciones efectuadas informando del destino del gasto al otro, salvo que se trate de gastos domiciliados.

3ª.- ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR.

El uso y disfrute del domicilio familiar sito en Zaragoza, calle nº 27 4º B, ajuar, mobiliario y anejos (garaje y trastero), se atribuya a la Sra. H. M. por ser el cónyuge más necesitado de protección con el **límite temporal de tres años**, debiendo abandonarlo si se procede a su venta antes del plazo estipulado, pero concediéndole un plazo de tres meses para desalojarlo y buscar otra vivienda en alquiler.

Todos los gastos derivados del uso de la vivienda como son suministros, tasas de recogida de basuras, agua y vertido, gastos de comunidad etc., serán a cargo de la Sra. H. M..

Los gastos derivados de la titularidad de la vivienda (IBI o cualquier otro impuesto que grave la propiedad, seguro de hogar, derramas) y las cuotas del préstamo hipotecario se abonarán por mitad en iguales partes entre ambos cónyuges.

4ª.- ASIGNACIÓN COMPENSATORIA PARA LA ESPOSA.

Don J. G. V. abonará en concepto de asignación compensatoria a Doña A. M^a C. H. M. la cantidad de **500,00 euros** mensuales, sin limitación temporal, por el desequilibrio económico que le produce el divorcio. Se hará efectiva dicha pensión en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la Sra. H. y se actualizará conforme al Índice de Precios al Consumo que marque el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar que en el futuro pudiese sustituirle, realizándose la primera actualización el 1 de enero de 2017.

5ª.- OTRAS MEDIDAS ECONÓMICAS.

El uso del apartamento sito en, urbanización..... . corresponderá al progenitor custodio en cada periodo. Todos los gastos e impuestos serán satisfechos por mitad e iguales partes entre ambos cónyuges hasta que se proceda a su venta.

El uso del vehículo RENAULT SCENIC corresponderá al cónyuge no custodio en su turno. Todos los gastos derivados de su tenencia, excepto multas y daños ocasionados por el usuario que sean de la exclusiva responsabilidad de éste, serán satisfechos por mitad e iguales partes entre ambos cónyuges hasta que se proceda a su venta.

6ª.- Se declare la disolución del consorcio conyugal debiéndose proceder a su liquidación.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles por 20 días para que comparecieran en autos, haciéndolo la parte recurrente, por escrito de la

procuradora D^a Lucía del Río Artal, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó que:

“se dicte sentencia por la que se decrete la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes y acuerde como medidas reguladoras de la situación las que contienen en la propuesta de Pacto de Relaciones Familiares siguiente, que fueron las mismas acordadas en la pieza de medidas con muy leves modificaciones determinadas, en buena medida, por la nueva situación de R. al dejar el colegio y pasar a Centro de Día:

1.- R. F. queda bajo la custodia compartida de Dña. A. C. y D. J., con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario.

2.- La custodia compartida se llevará a cabo por periodos de dos semanas consecutivas; el cambio de turno se llevará a cabo el lunes por la mañana en el colegio (10 horas en otro caso). Y, a partir de septiembre de 2016 en el Centro de Día al que acuda.

3.- Para relacionarse con el hijo cada progenitor en la quincena de custodia del otro deberá recabar autorización del custodio con 24 horas de antelación.

4.- A partir de septiembre de 2016, las vacaciones se dividirán así. En Navidad R. permanecerá Nochebuena y Año Nuevo con un progenitor y Navidad y Noche Vieja con el otro con independencia de quien sea el que tenga la custodia esa quincena.

El mes de agosto se dividirán en dos quincenas: una desde 10 horas del día 1, hasta las 10 horas del día 16 y el otro desde las 10 h. del día 16 hasta las 10 h. del día 1º de septiembre. Elegirá la esposa la quincena de agosto a pasar con R..

El verano del presente año regirá lo fijado en auto de medidas provisionales.

5.- Las prestaciones que percibe el hijo se ingresarán en una cuenta a nombre de éste y los progenitores. Además, D. J. ingresará 150 euros mensuales y Dña. A. C. 100 euros. Se hará frente con su saldo a los gastos del hijo (no de sus progenitores, ni ayuda domiciliaria ni doméstica, ni gasolina, etc.), debiendo justificarse los mismos. Los alimentos ordinarios correrán de cargo del progenitor custodio.

6.- No se hace atribución del uso del domicilio conyugal el cual deberá quedar libre y expedito para su venta de forma inmediata.

Hasta la materialización de la venta, los gastos derivados de la titularidad de la vivienda (IBI, seguro del hogar, derramas) y las cuotas del préstamo hipotecario, se abonarán por mitad.

7.- El uso del vehículo adaptado irá en consonancia con los turnos de custodia. Finalizado, se dejará el vehículo con el depósito de combustible lleno a disposición del inicio del turno siguiente.

8.- El uso del apartamento de, hasta la división y liquidación del mismo, corresponderá al progenitor custodio en cada periodo. Los gastos derivados del mismo serán por mitad”.

El Ministerio Fiscal contestó también en plazo a la demanda, no negando ni admitiendo los hechos de la misma, debiendo estar al resultado de la prueba a practicar.

TERCERO.- Por Decreto de fecha 1 de abril de 2016, se admitió a trámite la contestación a la demanda y se convocó a las partes y al Ministerio Fiscal a la celebración de la preceptiva comparecencia, que tuvo lugar con asistencia de ambas partes, así como del Ministerio Fiscal. Las partes ratificaron los respectivos escritos presentados y efectuaron modificaciones en cuanto al régimen de visitas y vacaciones. Respecto a la prueba propuesta y admitida, la actora dio por reproducida y aportó documental. El demandado documental por reproducida y aportación. El Fiscal no propuso prueba.

Concluida la vista, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 19 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLO:

Estimo la petición de divorcio formulada por Dña. A. C. H.M. contra D. J. G. V.. Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha

declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos:

1.- R. F. continuará bajo la custodia compartida de Dña. A. C. y D. J., con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario.

2.- La custodia compartida se llevará a cabo por periodos de dos semanas consecutivas; el cambio de turno se llevará a cabo el lunes por la mañana en el colegio (10 horas en otro caso), según la alternancia vigente.

3.- DÑA. A. C. tendrá visitas el segundo miércoles de la quincena, conforme al acuerdo alcanzado con fecha 28 de enero y aportado en la vista.

4.- D. J. se relacionará con el hijo en los periodos de custodia de la madre. Deberá comunicarlo con 24 horas de antelación.

5.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero desde la salida de clase el último día lectivo y hasta las 13 horas del día 31 de diciembre; el segundo hasta el día de reanudación de las clases. En años pares la primera mitad corresponderá a la madre, la segunda, al padre. En años impares, a la inversa. Podrán acordar los progenitores amoldar los periodos atribuidos a los días efectivos de descanso del hijo.

6.- Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares la primera mitad corresponderá ala madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

7.- En vacaciones de verano se dividirá el mes de agosto en quincenas (10 horas del día 1 de agosto hasta las 10 horas del día 16; el segundo periodo hasta las 20 horas del día 31). La esposa elegirá el periodo vacacional antes de cada 10 de mayo.

8.- Las prestaciones que percibe el hijo se ingresarán en una cuenta a nombre de éste y los progenitores. Además, D. J. ingresará 150 euros mensuales y DÑA. A. C. 100 euros (en los cinco primeros días de cada mes). Se hará frente con su saldo a los gastos del hijo, debiendo justificarse los mismos.

Los alimentos ordinarios correrán de cargo del progenitor custodio.

9.- Atribuyo a DÑA. A. C. el uso del domicilio familiar, calle número 27, 4º B, de su ajuar, mobiliario y anejos. La atribución del uso finalizará el último día de diciembre de 2016. Finalizado el plazo deberá desalojarla, salvo acuerdo en contrario.

Los gastos derivados de la titularidad de la vivienda (IBI, seguro del hogar, derramas) y las cuotas del préstamo hipotecario, se abonarán por mitad.

10.- El uso del vehículo adaptado irá en consonancia con los turnos de custodia y visitas. Finalizado, se dejará el vehículo con el depósito de combustible lleno a disposición del inicio del turno siguiente. Los gastos de mantenimiento o reparación del vehículo se resolverán por las partes al margen de la cuenta conjunta y de este proceso.

11.- El uso del apartamento de corresponderá al progenitor custodio en cada periodo. Los gastos derivados del mismo serán por mitad. El límite temporal vendrá marcado por la liquidación de la sociedad.

12.- No hago especial pronunciamiento sobre costas”.

CUARTO.- Interpuesto por la representación legal de D^a. A. M^a C. H. M., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, se confirió traslado a la contraparte. Por la representación de D. J. G. V. se formuló escrito de oposición al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la resolución recurrida; por su parte, el Ministerio Fiscal impugnó la Sentencia respecto al uso del domicilio conyugal, solicitando que se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2017.

A continuación, se remitieron las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba que fue admitida, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 6 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS

*Acordamos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **DOÑA A. -M.-C. H. M.** y la impugnación verificada por el **MINISTERIO FISCAL**, ambos contra don J. G. V. y la resolución de fecha 19 de mayo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia 5 de esta ciudad, que debe modificarse en el sentido de prolongar el derecho de uso concedido sobre la vivienda familiar a favor de la recurrente hasta el 1 de enero de 2018 en los términos expuestos en la presente resolución, y declarar que los gastos de revisiones del vehículo adaptado de titularidad consorcial que sirve para el desplazamiento de su hijo R. F. tiene carácter de gasto ordinario, y los gastos motivados por averías y reparaciones del mismo el de extraordinario necesario, confirmando aquélla en todo lo demás.*

No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada.

Reintégrese a la recurrente, D^a A.-M.-C. H. M., el depósito constituido para recurrir”.

SEXTO.- La representación legal de D^a A. M^a C. H. M., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal en base a los siguientes motivos:

Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal:

Primero. - Al amparo del motivo 4º del nº 1 del Art. 469 de La LEC “Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución;

Segundo.- Al amparo del motivo 2 del nº 1 del Art. 469 de la LEC “Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia”.

Motivos del recurso de Casación Foral por interés casacional:

Primero y único: al amparo del motivo 3º.3 del artículo 447.2 LEC y del artículo 3.1 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por presentar interés casacional la Sentencia recurrida, por manifiesta infracción en su aplicación

del artículo 83 apartado 1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón, y de la doctrina jurisprudencial establecida por esta Sala.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 8 de septiembre de 2017, se acordó declarar la competencia, admitir a trámite los recursos interpuestos, denegar la práctica de la prueba documental solicitada por la recurrente y se dio traslado del escrito de interposición a las demás partes para formalizar, en su caso, oposición.

El Ministerio Fiscal, consideró procedente no formular alegación ni pretensión alguna, por no afectar el objeto de los recursos, ni directa ni indirectamente, a los intereses del hijo declarado incapaz y sometido a autoridad familiar rehabilitada. La parte recurrida se opuso a los recursos planteados.

En fecha 25 de octubre de 2017 la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 22 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actora y demandado contrajeron matrimonio el 4 de septiembre de 1982. De esta unión nacieron dos hijos, J.-E., el 6 de marzo de 1986, y R.-F., el 30 de abril de 1995.

Presentada demanda de divorcio por la esposa, tras los trámites correspondientes recayó sentencia de 19 de mayo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza, que decretó la disolución del matrimonio por divorcio y atribuyó la guarda y custodia del hijo R., declarado incapaz, a ambos progenitores de forma compartida. El uso del domicilio familiar fue atribuido a D^a. A. hasta el 31 de diciembre de 2016. Fue desestimada la solicitud de asignación compensatoria.

Interpuso la actora recurso de apelación y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 6 de junio de 2017 que

estimó parcialmente el recurso en lo relativo al término del uso de la vivienda familiar, que se fijó en el 1 de enero de 2018, y lo desestimó respecto a la solicitud de asignación compensatoria.

SEGUNDO.- Interpuso la representación de D^a. A. recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por lo que, conforme a lo dispuesto en la regla 6^a del número 1 de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), deberá resolverse en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

El primero de los motivos de infracción procesal se interpuso *“al amparo del motivo 4º del nº 1 del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”.*

Alega manifiesto y patente error de hecho en la valoración de la prueba documental, que considera arbitraria e ilógica por razones que se pueden resumir así: que la sentencia solo pone de relieve una mayor percepción de ingresos del esposo respecto a los de la esposa, ambos con ingresos estables, y que hay un patrimonio consorcial no desdeñable que proporcionará liquidez a ambas partes; que se ha atribuido a la esposa el uso del domicilio familiar, pero solo hasta el 1 de enero de 2018; que el esposo va a tener que afrontar nuevos gastos como los de vivienda, sin tener en cuenta que lo mismo será aplicable a la esposa; que no ha apreciado especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le haya impedido o postergado el desempeño de su actividad laboral, sin tener en cuenta que lleva más de diecinueve años dedicándose en exclusiva y sin poder trabajar al cuidado de la familia, en particular al hijo R. afectado de parálisis cerebral e hidrocefalia, mientras el esposo ha seguido una completa carrera militar, con los traslados constantes que a ella le han impedido desarrollar una buena actividad profesional; que la sentencia no ha tenido en cuenta que los ingresos del marido casi triplican a los de la esposa por lo que a ella solo le quedará una pensión de jubilación puramente asistencial.

El error en la valoración de la prueba ya había sido el motivo principal del recurso de apelación de la actora, centrado en la diferencia de ingresos entre ambas partes y en la dedicación de la madre al cuidado de los hijos,

dada la carrera militar del padre y los continuos traslados de la familia que a ella le habrían impedido desarrollar su actividad profesional por tener que atender sola al cuidado de los hijos.

La sentencia de apelación resolvió lo relativo a la valoración de la prueba en su fundamento segundo en los siguientes términos:

“Llevado a ello al presente caso, y no apreciando el aludido error valorativo del juez de instancia sobre las pruebas practicadas que dan lugar a la fijación de los hechos declarados probados, no creemos que el criterio sustentado en la instancia deba en este punto modificarse. Así dentro de los parámetros que al efecto viene a exigir el art. 83 CDFA, lo único que cabe poner de relieve es una mayor percepción de ingresos por parte del esposo respecto de los cobrados por la esposa, lo cual es sólo una parcela del parámetro más amplio de “recursos económicos” de la que trata el párrafo 1 del 83.2. La solicitante lleva trabajando mucho tiempo dentro de la misma actividad donde es previsible continúe percibiendo sus ingresos de modo regular, al igual en este punto que el esposo. No encontramos incidencias en el tema de los hijos, habida cuenta la edad de uno, y las características especiales del otro que incidan sobre ambos progenitores; la atribución del uso familiar se ha otorgado a la esposa; no se ha apreciado una especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le haya impedido o postergado para el desempeño de su vida laboral; tampoco se ha acreditado que se abandonara los estudios que cursara para dedicarse a la familia; ha habido una prolongada vida en común, y se han observado la existencia de bienes consorciales de importancia cuya finalidad última será el reparto igualitario entre los consortes.

Con esos parámetros no observamos la existencia de ese desequilibrio económico exigible si nos atenemos a que el esposo en razón del divorcio también va a tener que afrontar nuevos gastos como son los relacionados con la vivienda.”

Entre los motivos de infracción procesal del artículo 469 LEC no se encuentra específicamente el de manifiesto error en la valoración de la prueba, si bien la Sala Primera del Tribunal Supremo la admite al amparo del número 1. 4º de dicho precepto por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE. Pero por este medio no se trata de desvirtuar una valoración de la prueba sino de acreditar que la valoración de la prueba realizada no respeta el derecho a la

tutela judicial efectiva por resultar manifiestamente arbitraria, irracional o ilógica. Dice la STS 785/2013, de 16 de diciembre:

«La revisión de la valoración probatoria no está expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha valoración sólo puede, excepcionalmente, ser denunciada como infracción procesal mediante un soporte adecuado (STS de 16 de marzo de 2013), bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), bien la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto, al resultar manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de determinada prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación (27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/200)».

La parte recurrente asegura que la sentencia recurrida ha incurrido en manifiesto y patente error de hecho en la valoración de la prueba documental obrante en autos y la considera manifiestamente arbitraria e ilógica. En el desarrollo del motivo se hace un repaso a las circunstancias resumidas al comienzo de este fundamento (ingresos de ambos esposos; atribución del domicilio familiar a la esposa hasta enero de 2018; dedicación de la esposa a las tareas familiares, especialmente al hijo discapacitado, sin poder estudiar su carrera universitaria) y se propone un análisis de todos los antecedentes fácticos relativos a tales circunstancias, realizando de ese modo una completa revaloración de la prueba. Como prueba documental que justificaría el error sufrido por la sentencia recurrida se citan las declaraciones de IRPF y nóminas de ambos esposos, documento de traslado de su matrícula a la Universidad de Lérida y certificación de su vida laboral más sus contratos e ingresos desde 2001.

No se siguen, por lo tanto, los requisitos señalados por la jurisprudencia para poder apreciar error en la valoración de la prueba basada en error patente relativo a los aspectos fácticos inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

La STS 445/2016, de 1 de julio (recurso 329/2014) reitera la doctrina extraída de la nº 273/2016, de 22 de abril (recurso 63/2014):

«1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 20/2005, de 14 de febrero, y 21/2009, de 26 de noviembre, destacó que "concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración". Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2011, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, "inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia".

»2.- A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril y 44/2015, de 17 de febrero, (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

»3.- En este caso, los errores denunciados no son fácticos, sino de valoración jurídica, pues se refieren a dos cuestiones de naturaleza estrictamente sustantiva y de interpretación de la póliza de seguro (...)

»Podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico las conclusiones de la sentencia recurrida son acertadas, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, al corresponder a la valoración jurídica propia de un recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo:

»"No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo de ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (...) con la revisión de la valoración jurídica... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esa, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esa valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial"».

En el presente caso lo que intenta la parte recurrente es que se revise la totalidad de la prueba o, más bien, la valoración jurídica sobre el concepto de desequilibrio que permite atribuir una asignación compensatoria, lo que será objeto, en su caso, del recurso de casación.

De la mera enumeración que hace la recurrente de la prueba documental a la que hemos hecho referencia no se desprende error en la valoración de la misma en los términos exigidos en el artículo 469.1.4ª LEC, por lo que este motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo de infracción procesal se interpone *“al amparo del motivo 2 del nº 1 del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia “.*

Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe el deber de motivación exigido por el artículo 218.2 LEC porque *“la motivación contenida en su fundamento primero para denegar la existencia de desequilibrio patrimonial en la recurrente es total y absolutamente insuficiente pues está desprovista de razonabilidad y desconectada con la realidad de la prueba obrante en autos, siendo la escasa motivación que contiene una mera apariencia, lo cual conduce a afirmar la arbitrariedad e irrazonabilidad de la misma y, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias damos por reproducidas las alegaciones formuladas en el anterior motivo de impugnación”.*

Frente a esta escueta argumentación, de contenido genérico y sin concretar en qué aspectos encuentra la falta de motivación, comprobamos que en la fundamentación de la sentencia que hemos transcrito se recogen no solo los mayores ingresos del marido respecto a los de la esposa, sino también el tiempo en el que ella viene desarrollando una actividad laboral con ingresos regulares; la no especial incidencia de los hijos respecto a los progenitores; la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa; que no se ha apreciado una especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le hayan impedido o postergado el desempeño de su vida laboral; que no se ha acreditado que abandonara los estudios que cursaba para dedicarse a la familia; que ha habido una prolongada vida en común y que existen bienes consorciales de importancia para su reparto igualitario.

En este motivo no justifica la parte recurrente en qué aspecto concreto de los antes aludidos encuentra falta de motivación, salvo que considere que la sentencia hubiera debido rebatir todos y cada uno de los elementos fácticos que a su juicio debieron llevar a la conclusión de concederle la asignación compensatoria solicitada. Como se ha dicho, tales elementos habían sido ampliamente desarrollados en su recurso de apelación desde la perspectiva de error en la valoración de la prueba, que la sentencia rechaza en el fundamento antes transcrito.

El Tribunal Constitucional ha circunscrito los límites de la exigencia de motivación en sentencias tales como la nº 13/2001 y la 9/2015, en la primera de las cuales se dice, con criterio reiterado en la segunda:

“ Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la ratio decidendi que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2).”

La sentencia recurrida explica suficientemente el conjunto de factores por los que considera que la recurrente no es acreedora de una asignación compensatoria, y la discrepancia frente a tal valoración no es falta de motivación.

En consecuencia, no se aprecia infracción del artículo 218.2 LEC, por lo que este motivo debe ser rechazado.

CUARTO.- El motivo único del recurso de casación se interpone *“al amparo del motivo 3º.3 del artículo 477.2 LEC y del artículo 3.1 de la ley de casación foral aragonesa, por presentar interés casacional la sentencia*

recurrida, por manifiesta infracción en su aplicación del artículo 83 apartado 1 y 2 del CDFA, y de la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sus sentencias..., así como de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo...”.

Afirma la parte recurrente que la sentencia recurrida ha realizado una interpretación arbitraria y sesgada de los parámetros establecidos en el artículo 83.2 del CDFA y ha obviado realizar una ponderación equitativa de dichos criterios, siendo manifiestamente ilógico e irracional el juicio prospectivo realizado para denegar la asignación compensatoria a la esposa por el desequilibrio patrimonial que le produce el divorcio en relación con la posición económica de su esposo.

Achaca a la sentencia, fundamentalmente, que no ha tenido en cuenta la razón por la que la esposa estuvo diecinueve años dedicada al cuidado de la familia y no accedió al mercado laboral hasta el año 2001, y la razón por la que tuvo que trabajar con jornada reducida desde 2002 hasta marzo de 2015, mientras que el esposo se habría podido dedicar plenamente a su carrera como militar hasta su pase a la reserva como coronel de Artillería en el año 2011, por lo que no puede comprender que la sentencia no haya apreciado su especial dedicación a las tareas familiares que le impidieran el desarrollo de su vida laboral.

Asegura la recurrente que desde su matrimonio en septiembre de 1982 siguió a su esposo a todos sus destinos hasta el último y definitivo en Zaragoza en 1987, razón por la que no pudo continuar sus estudios de Filología Inglesa que cursaba en la Universidad de Zaragoza. Y que solo en 1990 pudo realizar una sustitución en el INNS durante 181 días y otras más muy cortas entre 1991 y 1993, habiendo tenido que renunciar a una plaza de funcionaria de carrera al cuerpo auxiliar de la Administración de la Seguridad Social, en Teruel, obtenida por oposición en 1992, que no llegó a ocupar.

La sentencia recurrida considera que no se ha acreditado que abandonara sus estudios para dedicarse a la familia, y resulta justificada tal afirmación si se tiene en cuenta que cuando contrajo matrimonio tenía 25 años de edad y ya había prácticamente abandonado los estudios tras varios años sin aprovechamiento. Su primer hijo nació en 1986, un año antes de

ser destinado definitivamente el esposo a Zaragoza, y a partir de 1990 realizó sustituciones e incluso aprobó en 1992 una oposición al cuerpo auxiliar de la Administración. Su segundo hijo, afectado de una grave discapacidad, nació en abril de 1995, pese a lo cual pudo la recurrente empezar a trabajar de forma regular a partir de 2001, contando el primer hijo con quince años y el segundo con seis, es decir, en situación bastante más difícil que en 1990 cuando inició su actividad laboral haciendo sustituciones.

Hubo una reducción de la jornada laboral de la recurrente en el año 2002 (de un 31%) hasta marzo de 2015 en que recuperó la jornada completa. A su vez, el esposo, en la reserva desde mayo de 2011, se dedicó desde entonces a llevar y traer a su hijo discapacitado al colegio y a realizar con él los ejercicios de natación (así se afirma en el escrito del recurso, página 30 del mismo), lo que no contradice la apreciación de la sentencia recurrida de que no encuentra incidencias en el tema de los hijos que incidan sobre ambos progenitores.

Así pues, la sentencia recurrida pone en relación los distintos factores recogidos en el artículo 83.2 del CDFA (recursos económicos de ambos, edad y perspectivas laborales del solicitante, edad de los hijos, atribución de la vivienda a la esposa hasta 2018, funciones desempeñadas por ambos progenitores y duración de la convivencia), y concluye que no se aprecian razones que justifiquen la asignación compensatoria solicitada. Tiene en consideración la doctrina jurisprudencial (SSTS de 22 de junio de 2011, 10 de octubre de 2011 y 23 de enero de 2013) conforme a la cual la pensión compensatoria no tiene como finalidad una garantía vitalicia de sostenimiento, o perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando, o equiparar económicamente los patrimonios, y que se deben confrontar las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura, debiendo tener su origen el desequilibrio en la pérdida de derechos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

Las perspectivas económicas de ambos cónyuges antes del matrimonio eran distintas dada su diferente cualificación profesional (él militar de carrera y ella estudiante de Filología con escaso aprovechamiento –folio 330- certificado de UNED con suspenso o no presentado en el curso 1982-83) y,

según la sentencia, el distinto desarrollo profesional posterior no aparece específicamente lastrado en el caso de la esposa por la especial dedicación al cuidado de la familia. Y no es la finalidad de la asignación compensatoria la de restablecer el desequilibrio patrimonial que le produce a la esposa el divorcio en relación con la posición económica en la que queda su esposo, como expresamente pretendía la recurrente, si, como hemos visto, el desequilibrio tiene su punto de partida en la diferente cualificación profesional de ambos y no en la especial dedicación de la esposa a la familia que le hubiera provocado detrimento en sus expectativas profesionales.

Por todo ello no se aprecia que la sentencia recurrida haya incurrido en una inadecuada valoración jurídica de las circunstancias y parámetros que deben tenerse en cuenta en la aplicación del artículo 83 del CDFA.

En consecuencia, debe ser desestimado el motivo del recurso de casación.

QUINTO.- Se desestiman los recursos de infracción procesal y de casación y, en consecuencia, procede imponer las costas a la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

F A L L A M O S

PRIMERO.- Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación nº 35 de 2017, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D^a. María José Ferrando Hernández en nombre y representación de D^a. A. M. C. H. M. contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 6 de junio de 2017.

SEGUNDO.- Con expresa imposición de costas a la parte recurrente, y pérdida del depósito constituido por ella, al que se dará el destino legal.

TERCERO.- 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.

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