

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal núm. 53 de 2012

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

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

En Zaragoza, a once de marzo 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 53/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 18 de septiembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 264/2012, dimanante de autos de Divorcio 281/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Calatayud, en el que son partes, como recurrente, D. Carlos, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Blasco Pérez y dirigido

por el Letrado D. Gregorio Entrena Lobo, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Eleonora, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Rosa Rodríguez Valenzuela, en turno de oficio y dirigida por el letrado D. Francisco José Fernández Díez, 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<sup>a</sup>. Nadia Quteishat Revilla, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Eleonora, presentó demanda de divorcio contra D. Carlos 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 declarase el divorcio de los mencionados cónyuges y se acordasen los siguientes efectos: “a).- Que la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio se ejercerá por la madre, pudiendo el otro cónyuge permanecer en compañía de los mismos los fines de semana alternos desde la diez horas del viernes hasta las veinte horas del domingo, así como durante el período de vacaciones de Navidades, Semana Santa y vacaciones de verano de los menores, debiendo notificar a la madre, el domicilio donde residirán los mismos. También el padre comunicará a la madre cualquier anomalía que les pudiera suceder a los menores y permitir a éstos la comunicación con su madre, cuando éstos o ella así lo solicitaren. Estas vacaciones tendrán su inicio, para el caso de discrepancia entre los progenitores, los años pares el padre y los años impares la madre. En los supuestos de enfermedad padecida por los menores, el cónyuge a cuyo cuidado estuviere, se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este supuesto visitarlo sin ningún tipo de impedimento ni limitación. Esta cláusula regirá también para ambos progenitores, a lo largo de todo el año, en este supuesto de enfermedad de cualquiera de los hijos. Todo lo relacionado con la educación, docencia, formación y asistencia médica de los menores, será decidido siempre por ambos progenitores de común acuerdo, teniendo siempre en

cuenta el interés de los mismos.- b) Se atribuya el uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre. Asimismo se solicita que el uso y disfrute del ajuar doméstico se atribuya a la esposa, con todos los bienes muebles que en el mismo actualmente existe. Al ser una vivienda del ejercito solicitamos en Sentencia conforme al artículo 6.3 de la Ley 26/1999 de 9 de julio de medidas de apoyo a la movilidad geográfica respecto al uso de la vivienda militar determine el alcance del uso de dicha vivienda, concediéndose hasta la independencia económica del menor.- c) Se conceda una pensión alimenticia a favor del hijo menor de 800 euros mensuales, siendo satisfecha dicha cantidad por mensualidades adelantadas, entre los días 1 a 5 de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente, de acuerdo con el IPC o estadística que le sustituya legalmente para la actualización de precios al consumo.- d) Se conceda a esta parte una pensión compensatoria de 400 euros mensuales durante ocho años a razón del tiempo que han convivido juntos y por la situación desesperada en que queda la madre, revalorizada de acuerdo con el mismo régimen que para la pensión alimenticia de los hijos.- e) Se acuerde la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales por el que se regían los cónyuges.- f) Se conceda a esta parte la mitad del dinero que en imposiciones mantenía el matrimonio en el banco ....- g) Se abone a esta parte la mitad del valor del ...(vehículo) comprado recientemente.- h) Se condene en costas a la parte demandada.”

Propuso prueba consistente en informe psicológico del demandado y diferente documental.

**SEGUNDO.-** Se acordó admitir a trámite la demanda, dando traslado a la parte contraria, y al Ministerio Fiscal y emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda. Comparecidas las otras partes dentro de plazo, contestaron a la demanda solicitando la demandada se dictase sentencia declarando el divorcio y acordando los siguientes efectos, aparte los que resultan inherentes por mandato legal: “ 1.- La adjudicación al padre de la guardia y custodia del menor Carlos P. K.- 2.- El establecimiento de régimen de vistas y vacaciones de carácter ordinario a favor de la madre, manteniendo la prohibición expresa de sacarlo de territorio español.- 3.- La improcedencia de efectuar

adjudicación de vivienda familiar, por su inexistencia, al haberse extinguido la que en la Ciudad de Calatayud, cL. ..., tenía ese carácter.- 4.- Imponer a la demandante como suma por alimentos a favor del hijo menor la de 75 euros mensuales; así como su obligación de comunicar al Juzgado cuando obtenga trabajo, para en cuyo momento esa suma se incrementará ipso iure a Ciento cincuenta Euros. Con aplicación anual de las variaciones del IPC.- 5.- Denegar la petición d) del súplico de la actora (pensión compensatoria), y declarar expresamente la improcedencia en este trámite de las pretensiones a que se refieren las letras f) y g) del súplico, remiando a la actora a sus efectos a la liquidación de gananciales si es que, en su caso, resulta de su voluntad interponerla”.

Por otrosí solicita la prueba pericial psiquiátrica del grupo parental.

**TERCERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Calatayud, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “Que estimo parcialmente en la forma relatada la demanda interpuesta por la procuradora doña Nadia Quteishat Revilla en nombre y representación de doña Eleonora contra don Carlos 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 menor de edad se atribuye a doña Eleonora, compartiendo ambos progenitores la patria potestad.- Se establece la prohibición de salida del territorio nacional del menor Carlos P. K. sin previa comunicación y autorización del Juzgado. A tal efecto, librense las órdenes e instrucciones oportunas a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. 3.- En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que el hijo menor pueda 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 desde las 17,30 horas hasta las el lunes por la

mañana que lo llevará directamente al colegio y dos tardes a la semana, que a falta de acuerdo, serán los martes y los jueves, 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 lo recogerá el progenitor no custodio, hasta las 20 horas en que lo retornará al domicilio del progenitor custodio. En vacaciones de Navidad, el niño pasará la mitad con el padre y la otra mitad con la madre dividiéndose los periodos del siguiente modo\_ 1.- desde el día de comienzo de las vacaciones escolares hasta el 31 de diciembre al mediodía. 2.- Desde la fecha anterior hasta las 18,00 horas día inmediatamente anterior a la reanudación de las clases. En Semana Santa, el niño pasará igualmente la mitad con el padre y la otra mitad con la madre dividiéndose los periodos del siguiente modo: 1.- Desde el inicio de vacaciones hasta el mediodía del día que corresponda hasta las 18,00 horas del día inmediatamente anterior a la reanudación de las clases. En vacaciones de verano, el padre tendrá consigo a su hijo durante un mes por quincenas alternativas. La elección de los periodos de disfrute del régimen de visitas se efectuará, siempre considerando el interés de la menor y la disponibilidad de los progenitores, por el padre en los años pares y por la madre en los impares.- 4.- Con carácter general cada uno de los progenitores contribuirá a sufragar el 50% del importe de los gastos extraordinarios que se produzcan, de tal forma que por tales deben ser entendidos, 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 incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión que se dispone en los arts. 90, 91 y 93 del Código Civil.- 5.- Se fija en 400 euros 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 publicado por el Instituto Nacional de Estadística, la cantidad que el progenitor no custodio deberá abonar en concepto de pensión por alimentos para el menor 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.- 6.- No procede fijar pensión compensatoria a favor de

la Sra. K.- 7.- Se impone a doña Eleonora una multa de 200 euros por su incomparecencia en el día de la vista.- No procede adoptar ninguna otra medida de las solicitadas por las partes.- No procede imposición de costas a ninguna de las partes. ”

Presentado por la representación legal de D<sup>a</sup> Eleonora escrito solicitando aclaración de la sentencia y subsanación y complemento de la misma, se dictó Auto por el que se acordó aclarar la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011 en los siguientes términos: “En el Fallo debe añadirse lo siguiente: <<B.- Se atribuye al hijo menor de edad y a la progenitor custodio en cuya compañía queda, el uso de la vivienda familiar>>.”

**CUARTO.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Qutheishat Revilla en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Eleonora, y por el Procurador Sr. Blasco Pérez en nombre y representación de D. Carlos, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 1 de Calatayud, se dio traslado de los mencionados recursos a la contraparte y al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en que, respecto al presentado por la representación procesal de D. Carlos P., manifestó: “interesa sea desestimado el presente recurso en los aspectos pretendidos de cambio en el titular de la guarda y custodia compartida; así como, en la pretensión de guarda y custodia compartida; pero se adhiera en cuanto a la pretensión de un régimen de visitas y estancias más amplio, tal y como ya se informara en el acto de la vista.” Y respecto al presentado por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Eleonora, “interesa la desestimación del Recurso formulado, y con él el manteniendo de la sanción-multa de 200 euros, que por las razones expuestas, fue ya interesada en el acto de la vista por el Ministerio Público, y acordada, en el modo descrito en Sentencia.” Oponiéndose las otras partes al presentado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas la partes, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: “Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación deducido por el Sr. P. y estimando el interpuesto por la Sra. K. frente a la Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011, aclarada por Auto de fecha 19 de diciembre de 2011, dictada por el

Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Calatayud, en autos de divorcio número 281/09, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, revocándola únicamente en los siguientes apartados: -Mientras ambos progenitores residan en sus actuales residencias el régimen de visitas de fines de semana será de dos fines de semana alternos desde el viernes a las 17,30 horas o salida del colegio hasta el lunes por la mañana a la entrada del colegio, se suprimen las visitas intersemanales.- Si residen en la misma localidad, los fines de semana serán igualmente alternos, pero desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes, manteniéndose las visitas intersemanales tal como vienen reflejadas en la Sentencia apelada.- Se mantiene en ambos casos el régimen de vacaciones de Navidad y Semana Santa, siendo la entrega a las 20 horas cuando al día siguiente se reanuden las clases.- En cuanto a las vacaciones de verano se distribuirá dicho periodo en dos partes desde el final de las clases al 31 de julio a las 17,00 horas y desde esta fecha hasta el comienzo de las clases en septiembre, eligiendo todos los periodos el padre en años pares y la madre en los impares.- Se deja sin efecto la multa impuesta a la demandada.- 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. Carlos interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, basándolos en: la infracción procesal en un único motivo: “Infracción del artículo 209, 4º y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Y el recurso de casación en los siguientes motivos: “1º.- Con apoyo procesal en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la Sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea, el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con el artículo 39.2 y 4 de la Constitución Española”. y 2º.- “Con fundamento procesal en el artículo 477.3º.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la Sentencia recurrida infringe por inaplicación el artículo 76.2 del CDFA (antes 2.2 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres en relación con el artículo 11.2ª) y b)

de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 19 de noviembre de 2012 la Sala acordó conceder a la parte recurrente el plazo de diez días para alegaciones por la siguiente posible causa de inadmisión:

“-El motivo del recurso considera infringidos los artículos 209.4º, y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia recurrida carece de motivación suficiente en la parte que se refiere a la custodia compartida.

La lectura íntegra de la sentencia y, especialmente, de su Fundamento de Derecho segundo evidencian, sin embargo, que sí que se justifica el motivo por el que el Tribunal entiende que debe ser establecida la custodia individual y no la compartida, de modo que la razón de este motivo de recurso aparece afecta de la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento recogida en el artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 469.2, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pone de manifiesto a la parte recurrente con el fin de que en plazo de diez días formule al respecto las alegaciones que estime convenientes.”

Hechas las alegaciones que creyó convenientes la parte recurrente, la Sala dictó Auto en fecha 17 de diciembre, en el que acordó declararse competente para el conocimiento de los recursos de infracción procesal y de casación formulados, inadmitiendo el recurso por infracción procesal y admitiendo el de casación, confiriendo traslado a las otras partes por plazo de 20 días para que pudieran formalizar oposición, lo que hicieron dentro de plazo, manifestando el Ministerio Fiscal: “En conclusión y de conformidad con lo anteriormente expuesto se considera que procede desestimar los motivos primero y segundo del recurso de casación interpuesto en este procedimiento.” Y la parte recurrida, en apoyo de sus pretensiones.

En fecha 17 de enero de 2013, la Sala no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 13 de febrero de 2013.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El día 22 de noviembre de 2011 el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Calatayud dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio celebrado por los litigantes el día 22 de febrero de 2005 y en el que habían tenido un hijo, Carlos P. K. nacido el día ...

Establecidas en la sentencia las medidas reguladoras de los efectos de divorcio, ambas partes presentaron recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza por la sentencia objeto del presente recurso de casación que, en lo que ahora interesa, confirmó la recurrida cuando estableció que sería de cargo de la madre la guarda y custodia del hijo, y acordó un régimen de visitas diferenciado según vivieran los progenitores en la misma o en otra ciudad.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso de casación entiende infringido por la sentencia recurrida el artículo 80 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante), cuando establece que la custodia del hijo menor del matrimonio quede atribuida a la madre, pues, en resumen, considera el recurrente que, conforme a la norma citada, debe ser él quien ejerza la custodia individual o, subsidiariamente, acordar la custodia compartida. El segundo motivo de casación guarda íntima relación con el primero, pues aunque en él se alega la infracción de otra norma, en concreto el artículo 76.2 CDFA, debe considerarse que tal precepto no hace sino sentar un principio general ínsito en nuestro ordenamiento jurídico, de atención en todo caso al interés prevalente del menor. Principio general del que deriva la norma concreta de su desarrollo que sirve de base para articular el primer motivo de casación. Ante esta imbricación entre ambas normas, se considera más adecuado su tratamiento y estudio conjunto que artificiosamente separados.

Como ha tenido ocasión de acordar esta Sala en varias resoluciones relativas a la interpretación y aplicación de la previsión del artículo 80 del CDFA, la norma aragonesa establece con claridad la preferencia de la custodia compartida como sistema para regir la atención de los hijos menores en los casos de ruptura de la convivencia matrimonial. Ahora bien, como se indicó, entre otras, en sentencias de 30 de septiembre de 2011 o de 9 de febrero de 2012, la preferencia de la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrente para llegar, en su caso, a concluir, con base en la posible excepción que prevé el artículo 80 CDFA, que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, ó el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales.

**TERCERO.-** En contra de lo que expone el escrito de recurso, en este caso se observa que la sentencia recurrida llevó a cabo la necesaria valoración de la prueba y, con ella, de las circunstancias concurrentes. Así, partiendo de la capacidad de ambos progenitores para atender al menor, consideró que debía estarse a las claras conclusiones del informe psicosocial, evacuadas en el sentido de que con el sistema de custodia individual el menor, de seis años de edad, se encuentra muy bien adaptado a la situación, y de desaconsejar la custodia compartida. Igualmente valoró que, como indicaba la sentencia apelada, el propio recurrente consideraba que el menor se encuentra muy bien. Y, en fin, que el hecho de la distancia entre las ciudades de Pontevedra y La Coruña en que, respectivamente, vivían la madre y el padre al tiempo de la sentencia, desaconsejaba otro régimen, si bien, para el caso de llegar a vivir ambos en la misma ciudad, como parece ha acontecido luego, establecía un amplio régimen de visitas.

La valoración probatoria expuesta, y la consecuente decisión de ser más conveniente en este caso para el interés del menor la custodia individual no se observa que sea anómala, irracional, contradictoria o

absurda. Por ello, siendo inhábil el recurso de casación para poder revisar tales valoraciones probatorias debe estarse a ellas y, por tanto al acuerdo de la sentencia recurrida de mantener la custodia individual a favor de la madre.

**CUARTO.-** Las conclusiones anteriores, que conducen a la desestimación del recurso interpuesto, no cabe entenderlas ineficaces por las manifestaciones efectuadas por el recurrente sobre que tras el dictado de la sentencia apelada ha sido destinado a la ciudad de Pontevedra, donde vive su hijo. Al respecto debe estarse a la configuración legal del recurso de casación como recurso extraordinario, cuyo objeto es la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y recurrida, con el solo fin de valorar si en ella fue correctamente aplicado el derecho sustantivo a observar. Objeto y fin que dan lugar a la exclusión de la posibilidad de práctica o valoración de prueba distinta de la que haya sido tomada en cuenta en el procedimiento declarativo cuya segunda instancia terminó con la sentencia recurrida.

**QUINTO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de casación procede imponer a la recurrente el pago de las costas causadas en su tramitación.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

**F A L L A M O S:** Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Carlos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 18 de septiembre de 2012.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por este recurso de casación.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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

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