



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 9 de 2014

S E N T E N C I A N U M . V E I N T I T R E S

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Javier Seoane Prado	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a veinticuatro de junio dos mil catorce.

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 número 9/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación número 322/2013, dimanante de autos de Divorcio 154/12, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Uno de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Carlos A. D. S., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Luisa Hueto Sáenz y dirigido por la Letrada D^a. Margarita de los Ríos Alonso Buenaposada, y como parte recurrida D^a. Diana Patricia R. A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Cruz Cañas Pozo y dirigida por el letrado D. Juan Carlos Royo Banzo, 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. M^a Cruz Cañas Pozo, actuando en nombre y representación de D^a. Diana Patricia R. A., que tiene reconocido el beneficio de Justicia Gratuita, presentó demanda de divorcio contra D. Carlos A. D. S. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y se acuerden las siguientes medidas definitivas:

“1.- Que se declare que los cónyuges indicados puedan vivir separados y cese la presunción de convivencia.

2.- Que el régimen económico vigente a partir de la demanda es el legal de separación de bienes.

3.- Que se revoque los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

4.- Guarda y custodia. Debe mantenerse la atribución a la madre acordada en el auto de medidas civiles dictado por el Juzgado de Violencia, manteniendo la patria potestad compartida a favor de ambos progenitores.

5.- Que el uso del domicilio conyugal, sito en Zaragoza calle, de Zaragoza, se otorgue a D^a Diana Patricia R. A. y su hijo, y que el esposo resida en un domicilio diferente, acordando lo procedente para la aplicación de esta medida.

6.- Visitas: Respecto al régimen de visitas, el padre podrá relacionarse con la hija común:

- A) fines de semana alternos, sábados y domingos, sin pernocta, desde las 10,00 h. hasta las 20,00 h, con entrega y recogidas del hijo a través del Punto de Encuentro Familiar, siempre que éste se encuentre lejos del domicilio

de la madre para evitar el incumplimiento de la orden de alejamiento en vigor.

- B) mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.
- C) los jueves por la tarde, desde la salida del colegio con recogida en el mismo hasta las 20m,00 h. con entrega en el Punto de encuentro Familiar.

El periodo vacacional se elegirá de común acuerdo, en su defecto el padre elegirá los años pares y la madre los impares; en todo caso mes y medio antes de su inicio. La entrega y recogida de la menor se hará en el domicilio de la esposa.

7.- Obligación del esposo de abonar una pensión de alimentos de doscientos cincuenta euros (250,00€) mensuales, mediante ingreso en la cuenta corriente que la demandante designe a tal efecto, en los primeros cinco días de cada mes, cantidad que, en cualquier caso, deberá actualizarse con efectos de uno de enero de cada ejercicio conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, u organismo oficial que lo sustituya.

8.- El esposo ha de hacer frente a la obligación de pago de los vencimientos de la hipoteca y del préstamo personal, hasta su cancelación. Las costas del juicio se impondrán a la parte demandada si viniera a oponerse con evidente temeridad o mala fe a la solicitud de divorcio o a las medidas a adoptar, todo ello conforme a lo prevenido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Por otrosí solicita el recibimiento a prueba, anticipando la solicitud de informe psicosocial.

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 misma. Dentro de plazo contestó a la demanda presentada de contrario, oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia estimando “la demanda interpuesta por la actora en cuanto a la

solicitud de disolución del matrimonio por causa de divorcio y se desestime la demanda en cuanto a las medidas solicitadas de contrario como consecuencia de dicha disolución y, se deberán acordar las siguientes:

1.- Se atribuya la guarda y custodia del menor, Raúl nacido en Zaragoza el día 23 de septiembre de 2007, al padre, Carlos A.D.S., compartiendo ambos progenitores la Autoridad Familiar o Patria Potestad.

2.- Se establezca como régimen de vistas que Diana Patricia R. A. podrá relacionarse con su hijo, el jueves de todas las semanas, desde la salida del colegio, con recogida en éste hasta la mañana del viernes, con devolución en el centro escolar y, fines de semana alternos desde el jueves a la salida del colegio, con recogida en el centro escolar hasta la mañana del lunes siguiente, debiendo ser reintegrado por la madre al Centro educativo. Los puentes se unirán al fin de semana correspondiente.

El régimen vacacional, teniendo tal consideración será el fijado al efecto a efectos escolares por la Comunidad Autónoma de residencia del menor, se distribuirá entre ambos progenitores por partes iguales, pudiendo elegir el padre los años impares y la madre los pares.

3.- Se fija la obligación de Diana Patricia R.A., de abonar, en concepto de alimentos para su hijo menor, la cantidad de 100.-€ (cien euros) mensuales, actualizables conforme a IPC e ingresados dentro de los 10 primeros días de cada mes, en la cuenta que el padre designe.

Si, en el futuro la madre percibiera ingresos superiores a los 1.000.- € mensuales, sin necesidad de modificación de medidas, se fija como que deberá satisfacer al padre la suma de doscientos cincuenta euros mensuales, con las mismas condiciones de abono antes referidas.

4.- Los gastos extraordinarios necesarios para el hijo se satisfarán por ambos padres por partes iguales. 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 realizar el gasto.

5.- Se atribuye a Carlos A. D. S., el uso del domicilio familiar sito en la calle..., así como el uso del vehículo matrícula... asumiendo él los gastos derivados de la utilización de los mismos.

6.- Las cargas y gravámenes existentes en el matrimonio serán satisfechos por ambos por mitad.

7.- El cambio de residencia del menor deberá ser consensuado entre ambos progenitores y, en caso de discrepancia, sometido a criterio judicial.”

Alternativamente y subsidiariamente solicitó la custodia compartida y la aprobación del Pacto de relaciones familiares aportado.

TERCERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo.- Que debo decretar y decreto la disolución por divorcio del matrimonio formado por Diana Patricia R. A. y Carlos A. D. S., celebrado en Zaragoza el 7 de febrero de 2004, y se fijan las siguientes medidas con relación a Raúl, nacido en Zaragoza el 23 de septiembre de 2007:

1) Atribuir su guarda y custodia a Diana Patricia R. A.. La autoridad familiar será compartida por ambos progenitores.

2) Se establece como régimen de visitas ordinario: el de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, desde las 17 horas, hasta el lunes a la entrada al colegio, en su defecto, a las 10 horas. Los puentes se unirán al fin de semana correspondiente.

Además, durante la semana el padre podrá estar con su hijo los martes y jueves de todas las semanas desde la salida del colegio o, en su defecto, desde las 17 horas, hasta las 20 horas. Las entregas y recogidas que no puedan verificarse en el centro escolar, se realizarán en el PEFZ. Líbrese el oportuno oficio.

Con relación a los periodos vacacionales, tienen tal consideración los fijados como tales a efectos escolares en la correspondiente Comunidad Autónoma de residencia del menor y se distribuirán por mitad entre ambos progenitores. En caso de desacuerdo sobre el periodo escogido, le corresponde prioridad de elección a la madre en años impares y al padre en años pares. La comunicación del periodo escogido deberá verificarse con 15 de antelación con carácter general, a excepción de la distribución de vacaciones durante el

periodo estival, que deberá comunicarse a la otra parte con 30 días de anticipación. Los periodos vacacionales de verano serán por quincenas.

3) Se atribuye a Carlos A. D. S., el uso del domicilio familiar sito en la c/... así como el vehículo...

4) Fijar como pensión de alimentos a favor del hijo, a cargo de Carlos A. D. S., la cantidad de 100 euros mensuales, cantidad que deberá abonarse los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la madre y que será objeto de actualización automática a primeros de enero, conforme al último IPC publicado a la fecha de la actualización, sin necesidad de previo requerimiento.

Los gastos extraordinarios necesarios del hijo se abonarán por iguales partes y los no necesarios conforme a los acuerdos que alcancen ambos progenitores o, en otro caso, le corresponderá su abono a aquél de ellos que decida su realización.

5) Las cargas y gravámenes existentes en el matrimonio serán satisfechos por ambos por mitad.

6) Se decreta la disolución del régimen económico matrimonial. En la administración de los bienes comunes deberán observarse las reglas que han regido durante la relación matrimonial.

No procede especial pronunciamiento de las costas causadas.”

CUARTO. Tanto la representación procesal de D^a. Diana Patricia R. A. como la de D. Carlos A. D. S., que tiene concedido el beneficio de Justicia Gratuita, presentaron sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 en base a los hechos y fundamentos que expresaron en sus escritos, y admitidos dichos recursos, se confirió traslado de los mismos a la parte contraria, oponiéndose al presentado de contrario, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 20 de diciembre pasado cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la representación de doña Diana Patricia R. A. y Don Carlos A.D.S. contra la sentencia de 8 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer número 1 de esta ciudad, en el curso del expediente de divorcio número 154/2012 instado por la apelante doña Patricia contra don Carlos, al que el presente rollo se contrae, que se confirma íntegramente sin hacer expresa imposición de las costas de la alzada.”

SEXTO.- La representación legal de D. Carlos A. D. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso por infracción procesal y casación, basándolos en los siguientes motivos:

Respecto a la infracción procesal: “ex Art. 469, 1,4º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: Vulneración en el proceso civil el contenido de los artículos 317.1, 319.1, 217 y 348, y de derechos fundamentales reconocidos en el Art. 24 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la precitada ley procesal, y con ello error en la valoración de la prueba.”

Respecto al recurso de casación: “Primero.- Ex Art. 2.2 de la Ley 4/2005 de 14 de Junio sobre Casación Foral Aragonesa en relación con el Art. 251.7ª y 477.2.3º y 3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: por cuanto la resolución del Recurso presenta interés casacional.- Segundo.- Ex Art. 466 y 477.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: por infracción de precepto legal”; invocando como infringidos los arts. 76 y 80.6 y 80.2 del CDFA.

SEPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se acordó respecto de los documentos aportados con el recurso, procediendo a la unión a los autos de la sentencia del Juzgado de lo Penal num. 9 dictada el día 5 de diciembre de 2013 y devolver el relativo al informe del Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza.

Por providencia de 27 de febrero se acordó:

“1.- Según indica la parte recurrente, el recurso por infracción procesal se presenta con base en “que se proceda a la admisión de la prueba que, en esta instancia, mediante otrosí del presente recurso se va a solicitar”.

Tiene por objeto concreto la aportación de nuevos documentos, consistentes en sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Zaragoza el día 5 de diciembre de 2013 e informe del día 30 de noviembre de 2013 del Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza.

La pretensión sostenida en el recurso no se encuentra entre los motivos previstos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como propios del recurso por infracción procesal, por lo que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 473.2.1º, parece procedente su inadmisión. Todo ello sin perjuicio de que estar a lo resuelto sobre admisión o no de los documentos por providencia dictada en el presente rollo el día 26 de los corrientes.

2.- El motivo segundo del recurso de casación presentado no se funda en la posible infracción por la sentencia recurrida de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, pues se limita a exponer los preceptos que son de aplicación respecto de las argumentaciones recogidas en el recurso por infracción procesal y en el motivo primero del propio recurso de casación. En consecuencia, es improcedente su admisión.

3.- Con carácter previo a resolver sobre la posible inadmisión del recurso por infracción procesal y del motivo segundo del recurso de casación, y de conformidad con lo establecido en los artículos 473.2 y 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se da traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.

Contra la presente resolución cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días ante este Tribunal.”

Transcurrido el plazo, presentó únicamente alegaciones el Ministerio Fiscal, quien manifestó que procedía la inadmisión tanto del recurso

extraordinario de infracción procesal como del motivo segundo del de casación.

Por auto de 28 de marzo pasado, la Sala acordó declarar su competencia para el conocimiento de los recursos planteados y la inadmisión del recurso por infracción procesal, así como la del segundo motivo del recurso de casación, admitiendo a trámite el primero de los motivos de este último recurso, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición.

La representación procesal del recurrente presenta escrito aportando documentación, del que se da traslado a las partes por cinco días presentando escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal.

A la admisión del motivo primero del recurso, presenta sus alegaciones el Ministerio Fiscal, dentro de plazo, considerando que debiera estimarse el recurso de casación, y casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza declarando la custodia compartida del menor.

Por providencia de 4 de junio de 2014, se señaló para votación y fallo el día 11 del mismo mes y año.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia dictada el día 8 de abril de 2013 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Zaragoza acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes del presente procedimiento, que se había contraído el día 7 de febrero de 2004, en el que nació un hijo, Raúl, el día 23 de septiembre de 2007.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 20 de diciembre de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso presentado, de forma que, finalmente, las relaciones familiares fijadas para el matrimonio disuelto son las siguientes: la madre se

hace cargo de la guarda y custodia del hijo, con régimen de visitas por el padre en fines de semana alternos y dos días entre semana; el uso del domicilio familiar se atribuye al padre; la pensión de alimentos a cargo del padre y a favor del hijo se fija en 100 euros/mes.

Ambas sentencias dictadas en la instancia valoraron en el momento de su pronunciamiento que estaba en trámite causa penal seguida contra el esposo, por denuncia de agresión formulada por la esposa. Esta circunstancia, en el momento presente ha dejado de existir, puesto que el día 5 de diciembre de 2013 fue dictada sentencia por el Juzgado de lo Penal número 9 de Zaragoza que puso fin al procedimiento penal, tal y como queda acreditado en el trámite del recurso de casación, por aportación probatoria documental que procede admitir y considerar, conforme a los artículos 271.2 y 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En concreto, resulta que el día 9 de octubre de 2012 la esposa formuló denuncia por agresión contra el esposo, cuya instrucción correspondió al Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Zaragoza.

El día 22 de noviembre de 2012 fue presentada la demanda de divorcio rectora de este procedimiento, en el que fue dictada sentencia por el Juzgado antes citado el día 8 de abril de 2013. Apelada tal resolución, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza señaló el día 17 de diciembre de 2013 para votación y fallo. Precisamente este mismo día fue cuando el demandado conoció el contenido de la sentencia condenatoria antes mencionada y dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Zaragoza el día 5 de diciembre de 2013.

SEGUNDO.- El motivo de recurso de casación que ha sido admitido a trámite fundamenta su petición en la consideración de que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 80.6 del CDFP y doctrina de esta Sala dictada en su interpretación (sentencia 28/2013, de 2 de julio) y, en consecuencia, solicita el establecimiento del régimen de

custodia compartida que la sentencia impugnada denegó por observancia del precepto indicado.

En contra de lo que expone el recurrente, lo cierto es que tal norma fue debidamente aplicada, ya que, en el momento de dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial, debió estarse a la imposibilidad de atribución de custodia del menor al padre recogida en el artículo 80.6 del CDFA, porque estaba incurso en un procedimiento penal por delito contra la madre.

La circunstancia sobrevenida al dictado de la resolución ahora impugnada, de haberse puesto fin a la causa penal, no convierte en incorrecta la sentencia recurrida, ya que, en atención a las circunstancias que debieron valorarse, en el momento de su deliberación, votación y fallo, fue plenamente ajustada a derecho.

La consecuencia del dictado de sentencia por el Juzgado de lo Penal, poniendo fin al procedimiento penal, no es, por tanto, la pretendida por el recurrente de que deba darse lugar, por su incorrección, a la casación de la sentencia impugnada y, consiguientemente, entrar a resolver ahora sobre el tipo de custodia a establecer. El efecto producido por la posterior sentencia penal es haber dado lugar a un cambio sustancial de los hechos que pudieron ser tenidos en cuenta al tiempo del dictado de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial. Modificación esencial de la realidad fáctica a resolver que, al producirse después del término de la instancia, no puede ser valorada ahora, en sede del recurso de casación, limitado, conforme al artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la valoración de la corrección o no del derecho observado en la resolución recurrida.

No cabe obviar, además, que caso de darse lugar a la pretensión del recurrente, de entrar a conocer esta Sala de Casación sobre las nuevas cuestiones de hecho que las sentencias de la instancia no pudieron tener en cuenta, se daría lugar a una valoración ex novo de los datos fácticos presentes, lo que, además de suponer la asunción por esta Sala de funciones que legalmente no tiene encomendadas, implicaría sobre todo, privar a las

partes de su derecho a los recursos de apelación y casación que sobre la decisión judicial inicial pueden interponer.

TERCERO.- La conclusión que conllevan las anteriores consideraciones es, por tanto, y siguiendo la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo en casos semejantes (así sentencia 258/2011, de 25 de abril y a la citada en ella, de 14 de abril de 2011) la de desestimar el recurso presentado. Lo que tiene lugar sin perjuicio de la facultad reconocida a las partes de poder solicitar la modificación de las medidas reguladores de su divorcio ante las nuevas circunstancias presentes, si así conviene a su derecho.

CUARTO.- La desestimación del recurso presentado no debe suponer en ese caso la imposición de costas al impugnante, habida cuenta de que su interposición no obedece tanto a incorrección de la sentencia recurrida, sino a la existencia de un nuevo hecho que, por circunstancias ajenas al recurrente, ha sobrevenido al dictado de la sentencia combatida, convirtiendo así en cuestión novedosa la realidad fáctica y el derecho de aplicación, lo que generó dudas de hecho y derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos A.D.S. contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 20 de diciembre de 2013 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, sin hacer expresa imposición del pago de las costas causadas en el presente recurso.

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

Dese su destino legal al depósito constituido y librese 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.