ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA CIVIL Y PENAL

ZARAGOZA

Recurso de Casación nº 53/ 2014

S E N T E N C I A NUM. DIEZ

Excmo. Sr. Presidente	**/**
D. Manuel Bellido Aspas	**/**
Ilmos. Sres. Magistrados	**/**
D. Fernando Zubiri de Salinas	**/**
D. Javier Seoane Prado	**/**
Dª. Carmen Samanes Ara	**/**
D. Ignacio Martínez Lasierra	**/**

En Zaragoza, a cuatro de marzo de dos mil quince.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 53/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 28 de octubre de 2014, recaída en el rollo de apelación número 360/2014, dimanante de autos de Divorcio núm. 333/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Jesús M. G., representado por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Guerrero Fernández y dirigido por el Letrado D. Jesús M. G., frente a Dª. Mª José L. C. representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Belén Gabián Usieto y dirigida por la Letrada Dª. Isabel B. M., siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza el Procurador de los Tribunales D. Jorge Guerrero Ferrández, actuando en nombre y representación de D. Jesús Ángel M. G., presentó demanda de Divorcio contra Dª. María José L. C. 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 decrete el divorcio y se acuerden las medidas contenidas en el siguiente pacto de relaciones familiares:

"1º.- La guarda y custodia del hijo menor Alejandro se atribuirá, con carácter compartido a ambos progenitores por periodos semanales alternos que se armonizarán con los horarios del padre, de tal forma que éste permanecerá con el hijo en aquellas semanas en las que trabaje de tardes. Los periodos de custodia alternos se iniciarán cada domingo a las 20,00 horas. La autoridad familiar será en todo momento compartida por ambos progenitores.

En cuanto al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en cada momento y reparto de periodos vacacionales, se llevarán a cabo de la siguiente forma:

-El no custodio tendrá derecho a permanecer con el menor Alejandro los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del menor del colegio o en su defecto las 17,00 horas, hasta el lunes a la entrada de la guardería o colegio o en su defecto las 10 horas. A los fines de semana se unirán los lunes o viernes festivos.

-Una tarde a la semana desde la salida del menor del colegio o guardería o desde las 17,00 horas hasta las 20,00 horas, fijando los progenitores del común acuerdo dicho día, siendo el mismo el miércoles a

falta de tal acuerdo. En cuanto el menor esté escolarizado, dicha estancia alcanzará hasta la entrada del menor en el colegio o guardería al día siguiente.

-Mitad de las vacaciones escolares de Navidad eligiendo periodos el padre los años impares y la madre los años pares, debiendo comunicarse estas elecciones con una antelación mínima de un mes. Las vacaciones escolares comprenderán desde la salida del colegio el último día lectivo hasta el día anterior al de reinicio de las clases. Los periodos serán: 1.- Desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12,00 h del día 31 de diciembre, y 2.- desde las 12,00 h del día 31 de diciembre hasta las 20,00 h del día anterior al de reinicio de las clases.

El progenitor que no tenga al menor la Festividad de Reyes (6 de enero) podrá tenerlo en su compañía desde las 16,30 h hasta las 19,30 h.

-Quincenas alternas durante las vacaciones escolares de verano en los meses de julio y de agosto, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, con preaviso de 1 mes de antelación.

-Las vacaciones escolares de Semana Santa, que comprenderán desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 20,00 del día anterior al de reinicio de las clases se dividirán en dos periodos de igual duración. Por lo que se refiere al presente curso escolar, en el año 2013 dicho periodo de vacaciones se dividirán 1º/ Desde la salida del menor del colegio el último día lectivo hasta las 12,00 h del día 2 de abril y 2º/ Desde las 20,00 h del día 2 de abril hasta las 12,00 h del día anterior al de reinicio de las clases, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, con preaviso de 15 días de antelación.

-Las Fiestas del Pilar (con el fin de semana al que, en su caso, vayan unidas) y el conocido como Puente de la Constitución, se disfrutarán de forma íntegra por los progenitores, eligiendo el padre uno de esos periodos los años impares y la madre los pares.

Ambos progenitores podrán asistir a los actos escolares o sociales en los que participe el menor (competiciones deportivas, fiestas colegiales, etc.). El día del cumpleaños del menor, el progenitor no custodio tendrá derecho a estar con el mismo desde la salida del colegio, en su defecto desde las 17,00 h., hasta las19,00 h.

Salvo los días en los que la recogida del menor sea a la salida del colegio, las restantes entregas y recogidas del menor se realizarán en el domicilio del progenitor custodio en cada momento.

El progenitor no custodio en cada momento tendrá derecho a hablar por teléfono con el menor al menos 10 minutos diarios entre las 20,00 h y las 20,30 h.

El progenitor custodio deberá informar al otro de cualquier incidencia de especial relevancia que afecte a la salud del menor, así como prescripción de medicamentos, etc., que el no custodio deba suministrar al hijo cuando lo tenga en su compañía.

2º.- Ambos progenitores se harán cargo de los gastos de manutención básica diaria del menor (comida, luz, vivienda, etc.) cuando este se encuentre en su compañía.

En cuanto al resto de los gastos ordinarios (guardería, colegio, ropa, libros de texto, uniforme escolar en su caso, material escolar de inicio del curso, etc.), ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta o libreta bancaria a nombre de los dos y del menor en la que domiciliar tales gastos, y en la que deberán ingresar cada uno 150 € por anticipado en los cinco primeros días de cada mes, hallándose la citada cantidad sujeta a las variaciones que al alza o a la baja experimente el 1 de enero de cada año el Índice de Precios al Consumo que anualmente haga público el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Para el supuesto de que antes de finalizar el mes el saldo de la cuenta sea inferior a 50 €, cada progenitor ingresará 50 €.

Ambos progenitores sufragarán al 50% los gastos extraordinarios necesarios del hijo menor tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, actividades extraescolares de clases particulares de refuerzo, y deportivas o similares, entre otras. Los gastos extraordinarios no necesarios tales como colonias de verano y otros periodos vacacionales etc., se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

3º- Se atribuirá a la Sra. L. el uso y disfrute del domicilio y ajuar familiares sitos en … de Zaragoza, hasta que se proceda a la venta de la vivienda por el precio que de común acuerdo fijen ambas partes o en defecto de acuerdo por el precio medio calculado sobre la base de dos peritaciones realizadas por sendos peritos agentes de la propiedad inmobiliaria designados por cada uno de ellos, repartiéndose la ganancia obtenida por mitad una vez descontado el saldo deudor del préstamo hipotecario y los gastos de cancelación. En todo caso, la atribución de dicho uso no podrá ser superior a 1 año desde la sentencia, de manera tal que si antes de dicha fecha no se ha procedido a la venta de la vivienda, iniciará su uso por igual periodo máximo de 1 año el Sr. M. debiendo abandonar la misma la Sra. L., y así sucesivamente por años alternos hasta la venta.

Las cuotas del préstamo hipotecario que gravan la vivienda, el IBI, seguro de hogar y derramas extraordinarias de la vivienda serán abonadas por mitad por cada uno de los cónyuges. Los gastos de suministros y cuotas ordinarias serán abonadas por mitad por cada uno de los cónyuges. Los gastos de suministros y cuotas ordinarias serán abonadas por quien haga uso de la vivienda.

4º.- Respecto del turismo Renault Megane, matrícula … su uso se atribuye a la Sra. L., y el del vehículo Opel Astra … al Sr. M. Los gastos de

mantenimiento, combustible, impuestos, seguro, etc serán a cargo de a quien se le atribuye el uso de cada vehículo."

Por otrosi solicitó medidas provisionales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se dictara sentencia decretando la disolución del matrimonio formado por los litigantes, desestimando el resto de los pedimentos y acordando los siguientes efectos, con imposición de costas a la parte adversa:

"1. La autoridad familiar sobre el hijo será compartida entre ambos progenitores.

2.- La guarda y custodia del menor se atribuirá a la madre, con un derecho de visitas a favor del padre, diferenciado en dos periodos de tiempo, produciéndose todas las entregas y devoluciones en el portal del domicilio materno:

a) hasta que el niño cumpla tres años de edad, que consistirá en sábados y domingos de fines de semana alternos, desde las 10,30 a las 20 horas de cada uno de los días. Las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, se repartirán por mitades e iguales partes entre ambos progenitores, así como los meses de julio y agosto, correspondiendo la primera mitad a la madre en años impares y la segunda en años pares, y con el padre viceversa. El horario en cada uno de los días de los periodos vacaciones será de 10,30 a 20 horas.

b) a partir de que el hijo cumpla tres años de edad, el niño estará con el padre en fines de semana alternos, desde las 18 h del viernes hasta las 20 h del domingo. A los fines de semana se unirán los denominados puentes escolares, de modo que si un fin de semana que le corresponda pasar al hijo con el padre lleva unido algún día festivo escolar del menor, se adelantará la recogida al último día lectivo previo al puente, a la misma hora que los viernes y se retrasará la devolución hasta la víspera del primer día lectivo tras el puente a la hora fijada para los domingo. Las vacaciones escolares de

Navidad y Semana Santa se dividirán por mitades e iguales partes entre ambos progenitores, así como los meses de julio y agosto, correspondiendo la primera mitad a la madre en años impares y la segunda en años pares, y con el padre viceversa.

A partir de que el niño hable, se establece una banda horaria preferente, de 20 a 20,30 horas, en la que cada progenitor podrá telefonear al niño y hablar con él 10 minutos cuando esté con el otro.

3.- El esposo abonará una pensión alimenticia para su hijo, de ochocientos euros (800.-€) mensuales, en la cuenta bancaria que la esposa designe, actualizables con carácter anual con arreglo a la evolución que experimente el IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística o sistema similar que pudiera sustituirle, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la esposa, abonando los gastos extraordinarios del hijo en un 70% el esposo y un 30% la esposa, incluyendo entre los mismos las prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, actividades extraescolares de clases particulares de refuerzo, y deportivas o similares, entre otras, como la contraparte solicita en la demanda, pero también los gastos de inicio de curso, material escolar, matriculas y uniformes si los hubiere, así como aquellos otros gastos pudiesen acordar los progenitores o en defecto de acuerdo señalase el Juzgado.

4.- El uso de la vivienda conyugal no se atribuirá a ninguno de los dos cónyuges, procediéndose a su venta, de mutuo acuerdo, o en su defecto por el Juzgado. Hasta que se materialice la venta, las cuotas del préstamo hipotecario, el IBI, el seguro de hogar y derramas extraordinarias de la vivienda serán abonada por mitad por cada uno de los cónyuges, y también las cuotas ordinarias de Comunidad de Propietarios, a no ser que le fuese atribuido al esposo el uso durante las gestiones de venta, lo que únicamente planteamos a efectos dialécticos, en cuyo caso dichas cuotas ordinarias y los gastos de suministros sería de su cuenta íntegra."

Formuló demanda reconvencional en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en el escrito, para terminar suplicando "dicte

sentencia en la que además de decretarse el Divorcio en los términos antes indicados, se acuerde:

1.- Que se establezca una pensión o asignación compensatoria por desequilibrio a favor de la esposa y a cargo del esposo, por importe de doscientos cincuenta euros (250 €) mensuales, durante cuatro años, que se actualizará con carácter anual con arreglo a la evolución que experimente el IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar que pudiera sustituirle, a abonar dentro los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la beneficiaria designe."

Por el Procurador Sr. Guerrero Fernández, en nombre y representación de D. Jesús Ángel M. G. como parte demandante, presentó dentro del plazo legal escrito de contestación a la demanda reconvencional y terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime dicha demanda, con expresa condena en costas a la parte reconviniente.

Por otrosi solicitó la práctica de prueba y medidas definitivas ante el cambio de circunstancias "(decisión unilateral de la Sra. L. de cambio de residencia del menor a Almería)".

Admitida la contestación a la demanda reconvencional y previos los trámites legales oportunos, el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 4 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Fallo.- Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador sr. Guerrero Fernández, en nombre y representación de D. Jesús Ángel M. G. frente a Dña. Mª José L. C. debo declarar y declaro disuelto por razón de divorcio el matrimonio hasta la fecha existente entre los expresados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y acordando como efectos del mismo:

1º) Se atribuye a la Sra. L. C. la guarda y custodia del hijo menor Alejandro con autoridad familiar compartida con el padre, Sr. M. G., quien deberá ser consultado en aquellas cuestiones de especial relevancia que

afecte a la vida del menor, pudiendo este relacionarse con el mismo conforme al siguiente régimen de visitas:

A) Hasta que Alejandro comience educación infantil en el mes de septiembre de 2015:

* Una semana al mes a elección del Sr. M. quien deberá comunicar tal elección con 1 mes de antelación. La semana se iniciará el viernes a las 12,30 h en que lo recogerá el padre de la guardería o del domicilio materno y finalizará el domingo de la semana siguiente a las 12,30 h en que lo recogerá la madre del domicilio paterno.

Esta estancia no tendrá lugar el mes de diciembre o de enero en que el padre tenga consigo al menor con motivo de las fiestas de Navidad, tal y como se señalará mas adelante.

*Si algún otro fin de semana al mes el padre puede desplazarse a Almería, podrá estar con el menor el sábado y domingo sin pernocta desde las 10,00 h hasta las 19,00 h, debiendo preavisar a la madre con 1 semana de antelación, y sin que dicha visita pueda exceder de 1 fin de semana al mes.

* Mitad de las fiestas de Navidad eligiendo periodos el padre los años impares y la madre los años pares, debiendo comunicarse estas elecciones con un mes de antelación. Las vacaciones escolares comprenderán desde las 12,00 h del día 22 de diciembre hasta las 12,00 h del día 6 de enero. Los periodos serán: 1.- Desde las 12,00 h del día 22 de diciembre hasta las 12,00 h del día 30 de diciembre, y 2.- desde las 12,00 h del día 30 de diciembre hasta las 12,00 h del día 6 de enero. El progenitor que vaya a iniciar periodo recogerá al menor del domicilio en el que se encuentre. Cuando el padre le corresponda el segundo periodo, la madre lo recogerá en el domicilio paterno a las 12,00 h del último día festivo.

* 2 quincenas alternas en los meses de julio y agosto, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, con preaviso de 1 mes de antelación y procurando coincidir en al menos una de las quincenas con las vacaciones laborales del progenitor que vaya a tener al menor en su

compañía. El progenitor que vaya a iniciar quincena recogerá al menor del domicilio en el que se encuentre.

-Las quincenas se dividirán de la siguiente forma:

. Desde las 20,00 h del día 30 de junio hasta las 10,00 h del 15 de julio

. Desde el 15 de julio a las 20,00 h hasta las 20,00 h del 31 de julio

. Desde el 31 de julio a las 20,00 h hasta las 20,00 h del 15 de agosto

. Desde el 15 de agosto a las 20,00 h hasta las 20,00 h del 31 de agosto.

Cuando al padre le corresponda el segundo periodo, la madre lo recogerá en el domicilio paterno a las 12,00 h del último día festivo.

* Las vacaciones de Semana Santa que comprenderán los días festivos exclusivamente desde las 12,00 h del primer día hasta las 12,00 del último corresponderán íntegras los años pares al padre y los impares a la madre. Cuando correspondan al padre este recogerá al menor del domicilio materno, recogiéndolo la madre del paterno al finalizar la estancia.

B) Desde que Alejandro comience educación infantil en el mes de septiembre de 2015:

* Un fin de semana al mes a elección del Sr. M. quin deberá comunicar tal elección con 1 mes de antelación. El fin de semana se iniciará el viernes a la salida del colegio donde lo recogerá hasta las 20,00 h en que lo restituirá al domicilio materno, o hasta la entrada del colegio el lunes para el supuesto de que al Sr. M. le sea posible. A los fines de semana se le unirán los puentes los cuales corresponderán en su totalidad al Sr. M.

Si algún otro fin de semana al mes el padre puede desplazarse a Almería, podrá estar con el menor en el mismo horario indicado, debiendo preavisar a la madre con 15 días de antelación, y sin que dicha visita “extra” pueda exceder de 1 fin de semana al mes.

* Mitad de las fiestas de Navidad eligiendo periodos el padre los años impares y la madre los años pares, debiendo comunicarse estas elecciones con un mes de antelación al día de inicio de las vacaciones escolares con

pérdida de derechos en caso contrario. Las vacaciones escolares comprenderán desde la salida del colegio del menor el último día lectivo hasta las 12,00 h del día 6 de enero. Los periodos serán: 1.- Desde la salida del colegio del menor el último día lectivo hasta las 12,00 h del día 30 de diciembre, y 2.- Desde las 12,00 h del día 30 de diciembre hasta las 20,00 h del día anterior al de reinicio de las clases. El progenitor que vaya a iniciar periodo recogerá al menor del domicilio en el que se encuentre. Cuando al padre le corresponda el segundo periodo, la madre lo recogerá en el domicilio paterno a las 12,00 h del último día festivo.

* 2 quincenas alternas en los meses de julio y agosto, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, con preaviso de 1 mes de antelación al día de inicio de las vacaciones escolares con pérdida de derecho en caso contrario y procurando coincidir en al menos una de las quincenas con las vacaciones laborales del progenitor que vaya a tener al menor en su compañía. El progenitor que vaya a iniciar quincena recogerá al menor del domicilio en el que se encuentre.

- Las quincenas se dividirán de la siguiente forma:

. Desde las 20,00 h del día 30 de junio hasta las 20,00 h del 15 de julio

. Desde el 15 de julio a las 20,00 h hasta las 20,00 h del 31 de julio

. Desde el 31 de julio a las 20,00 h hasta las 20,00 h del 15 de agosto

. Desde el 15 de agosto a las 20,00 h hasta las 20,00 h del 31 de agosto.

Corresponderán al Sr. M. íntegros los periodos no lectivos de junio y de septiembre conforme al siguiente calendario y horario:

- Desde la salida del colegio el último día lectivo de junio hasta las 20,00 h del día 30 de junio.

- Desde las 20,00 h del día 31 de agosto hasta las 12,00 h del día anterior al de inicio del curso escolar en que la madre deberá recogerlo en el domicilio paterno.

* Las vacaciones escolares de Semana Santa que comprenderán desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12,00 h del último día

festivo, corresponderán integras al padre los años impares, debiendo la madre recogerlo en el domicilio paterno.

Los años pares, las vacaciones escolares se dividirán en dos periodos: 1º) Desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12,00 h del día intermedio y 2º) Desde las 12,00 del día intermedio hasta las 20,00 h del día anterior al de reinicio de las clases, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, con preaviso de 1 mes de antelación al día de inicio de las vacaciones escolares con pérdida de derecho en caso contrario. El progenitor que vaya a iniciar periodo recogerá al menor del domicilio en el que se encuentre. Cuando al padre le corresponda el segundo periodo, la madre lo recogerá en el domicilio paterno a las 12,00 h del último día festivo.

En todo caso, salvo cuando se realicen en el centro escolar o guardería, las entregas y recogidas del menor se realizarán en el domicilio materno o paterno según corresponda en cada caso conforme a lo acordado. Todo ello sin perjuicio de que las partes articulen de común acuerdo otros lugares y horarios de entrega que consideren mas beneficioso para el menor o menos costoso para ambos, como pueda ser en la ciudad de Albacete.

Ambos progenitores facilitarán la comunicación fluida de la menor con el progenitor que no lo tenga en cada momento vía telefónica, webcam, skype en su caso, etc., en un horario que no interrumpa las actividades escolares ni de descanso del menor y que en defecto de acuerdo será entre las 19,30 h y las 20,30 h.

2º) Se atribuye al Sr. M. G. el uso y disfrute del domicilio familiar y del ajuar doméstico, sitos en c/…, de Zaragoza, hasta que se proceda a la liquidación del consorcio o a la venta del inmueble y, en cualquier caso por un periodo no superior a 3 años, debiendo dejar el Sr. M. libre el inmueble en todo caso antes del 30 de junio de 2017.

Todos los gastos ordinarios derivados del uso de la vivienda tales como suministros y cuotas ordinarias de comunidad de propietarios serán a cargo del Sr. M.

Las cuotas de amortización hipotecaria, el seguro del hogar, IBI y derramas extraordinarias serán abonadas por ambos progenitores al 50%.

3º) El Sr. M. G. abonará en concepto de alimentos para el hijo menor, con efectos de 1 de junio de 2014, la cantidad de 325 € mensuales a ingresar por anticipado en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que al efecto designe la Sra. L. C., hallándose la citada cantidad sujeta a las variaciones que al alza o a la baja experimente el 1 de enero de cada año el Índice de Precios al Consumo que anualmente haga público el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Además el Sr. M. G. deberá sufragar en un 50% los gastos extraordinarios necesarios del hijo tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno y con exclusión expresa como tal del gasto de guardería que se entiende incluido en el importe de la pensión mensual de alimentos. Respecto de los gastos extraordinarios no necesarios (actividades extraescolares, colonias de verano y otros periodos vacacionales etc.) estos se abonarán por mitad si se realizan de común acuerdo, siendo, en caso contrario, a cargo del progenitor que los hubiese decidido realizar.

4º) La disolución del régimen económico matrimonial.

Todo ello sin efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas."

TERCERO.- Interpuesto por el Procurador Sr. Guerrero Fernández en nombre y representación de D. Jesús Ángel M. G., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal oponiéndose ambos al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda y comparecidas las partes, con fecha 28 de octubre de 2014, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús-Ángel M. G. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª

Instancia nº 6 de Zaragoza el 4 de Junio de 2014, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada."

CUARTO.- El Procurador Sr. Guerrero Ferrández en nombre y representación de D. Jesús Ángel M. G., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, por los siguientes motivos: "PRIMERO.- Infracción y vulneración del art. 80.2 del Código de derecho Foral de Aragón en relación a lo dispuesto en el art. 92.8 del Código Civil, así como del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, por incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor. (…) SEGUNDO.- Infracción y vulneración del artículo 65 en relación al 74 del Código de Derecho Foral de Aragón."

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 19 de diciembre pasado se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a las partes recurridas por veinte días para formalizar oposición.

Dentro de plazo, presentaron escrito, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, oponiéndose al recurso.

No habiendo solicitado la celebración de vista y no considerándola necesaria la Sala se señaló para votación y fallo el día 25 de febrero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega el recurrente, como primer motivo de casación, la infracción del art. 80.2 CDFA, en relación con el art. 92.8 CC y art. 3 de la Convención de los derechos del Niño, para terminar peticionando en el suplico del recurso que se acuerde la custodia compartida siempre que la madre regrese con el menor a Zaragoza o, subsidiariamente, si ésta continúa residiendo en Almería, se le atribuya a él la guardia y custodia individual.

Centra la parte recurrente su argumentación en el traslado unilateral del menor a Almería por parte de la madre, afirmando que, de no haberse producido este traslado, la resolución judicial hubiese otorgado la custodia compartida.

Sin embargo, la función de esta Sala -en esta concreta materia- no es valorar el comportamiento de los progenitores, ni efectuar reproches a los mismos, sino determinar si la decisión judicial adoptada, objeto de recurso, vulnera el art. 80.2 CDFA, según el cual "el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente", teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y el resto de factores que el precepto detalla.

Como señala la STS de 31 de enero de 2013 (recurso de casación 2248/2011), *"la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre". La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este"."(...). Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés"*.

Es por ello que debe entrase a conocer si las sentencias dictadas, en particular la recurrida, se ajustaron al precepto legal invocado y ponderaron el interés del menor al resolver sobre la guardia y custodia.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia atribuyó la guarda y custodia a la madre, en aplicación del art. 80.2 CDFA, con expresa referencia a que la decisión judicial no debía *"castigar"* a la madre por *"su actuación al*

margen de las disposiciones legales al cambiar de residencia al menor de forma unilateral". La resolución entra a valorar el interés preponderante del menor, y considera acreditado:

a) Que se mantienen invariables las misma circunstancias de hecho que existían en el momento de dictarse el auto de medidas provisionales que atribuyó la guarda y custodia a la madre.

b) Que el informe pericial emitido por la psicóloga del gabinete adscrito a los Juzgados de Familia *"resalta un perfil de personalidad más adecuado en la Sra. L. para atender y cuidar al menor, que en momento y situación actual lo más conveniente y beneficioso para el menor Alejandro es que permanezca bajo la custodia de la madre, Sra. L., manteniéndose el vigente sistema de visitas establecido en el auto de medidas provisionales, si bien el mismo, como es lógico, deberá adaptarse a la nueva situación del menor cuando éste sea escolarizado en el mes de septiembre de 2015. Considera la psicóloga que el actual sistema de custodia y visitas permite al menor mantener adecuadamente la relación con cada uno de sus padres de una manera adaptada a su edad y a la realidad de la distancia existente entre los domicilios de sus progenitores, proporcionándole estabilidad en sus condiciones básicas de localidad de residencia y domicilio, no introduciendo separaciones excesivamente prolongadas*".

La sentencia de la Audiencia Provincial, objeto del recurso de casación, confirma la de la instancia, haciendo expresa referencia a que la atribución de la guardia y custodia a la madre es la decisión que mejor satisface el interés del menor, por las siguientes razones:

"a) La distancia geográfica existente entre los domicilios de uno y otro progenitor, y la edad del menor, con requerimientos importantes de estabilidad, desaconsejan de forma rotunda la custodia compartida del mismo, al precisar el mantenimiento de hábitos en todos los órdenes de su vida diaria, con evitación de continuos traslados y cambios de entorno y de personas

cuidadoras. Tal medida no favorecería su correcto desarrollo, no resultando beneficiosa para el menor.

b) El niño ha permanecido desde su nacimiento bajo el cuidado de su madre, la que ha sido su principal figura de apego y atención.

c) Los informes periciales practicados en el proceso, en especial el de la psicóloga adscrita a los Juzgados, aconsejan claramente la atribución de la custodia individual del menor a la madre y la progresiva ampliación de los contactos entre el menor y su padre.

Señala que el padre presenta una baja capacidad para empatizar, para establecer vínculos afectivos y para la resolución de los problemas frente a la mayor capacidad de la madre en estas áreas.

d) El menor se encuentra perfectamente adaptado a su actual situación, y la conflictividad entre los progenitores es notable".

La Audiencia concluye que *"no existe motivo o causa algunos que aconsejen el cambio de custodia pretendido por el padre, más allá de sus personales expectativas y pese al traslado de la madre a Almería, provocado, esencialmente, por la ruptura conyugal y dada su procedencia familiar".*

Si bien cabe decir que el ejercicio por el padre de la pretensión para que se le otorgue la custodia compartida no es una mera expectativa personal, sino un verdadero derecho que puede hacer valer el recurrente por vía judicial, su recurso, fuera del reproche a la conducta de la madre, no justifica en modo alguno la infracción del art. 80.2 CDFA. Se limita a reinterpretar el informe pericial psicológico, lo que constituye una valoración de la prueba ajena a la función del recurso de casación, que no es una nueva instancia. Como señala la sentencia de esta misma Sala, de fecha 15 de mayo de 2014 (recurso de casación 10/2014), *"la prosperabilidad del recurso, así planteado, hubiera requerido combatir adecuadamente la valoración de la prueba hecha por el órgano de la segunda instancia, lo que en nuestro sistema procesal se*

condiciona a la articulación del correspondiente motivo de infracción procesal. Conforme a la ya aludida naturaleza de recurso extraordinario del que aquí se formula, no constituye éste una tercera instancia que permita una nueva revisión de toda la prueba practicada; es, por lo demás, criterio jurisprudencial reiterado el que señala que la apreciación de la prueba es función privativa de los órganos de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación sobre el particular del recurrente, a no mostrarse absurdo, ilógico, desorbitado o infractor de singulares preceptos valorativos de prueba".

Por las razones expuestas, procede desestimar este primer motivo del recurso.

TERCERO.- En el segundo motivo de casación se alega la infracción del art. 65.1.a) CDFA en relación al art. 74 CDFA.

Argumenta el recurrente que la actuación de la madre, al trasladar unilateralmente al hijo menor a Almería, es ilegal y quebranta de forma grave los derechos y deberes paterno-filiales del actor, por lo que debió acordarse no haber lugar a atribuir a la madre la facultad de decidir sobre el cambio de residencia, debiendo desautorizar esta Sala dicho cambio.

Se trata de una cuestión nueva, no formulada ni en la demanda inicial, ni en el recurso de apelación, por lo que no puede ser alegada por primera vez en sede casacional, vulnerando lo dispuesto en el art. 477.1 LEC.

Por otra parte, no constituye función del recurso de casación autorizar o desautorizar la actuación de las partes, sino la unificación de la jurisprudencia mediante el control de la aplicación del ordenamiento jurídico sustantivo.

CUARTO.- Entrando a conocer sobre los concretos preceptos cuya infracción se alega en este motivo, el art. 65.1.a) CDFA dispone que "la crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: a) Tenerlos en su compañía. El hijo

no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas".

El precepto, que se recoge dentro de los principios generales del deber de crianza y autoridad familiar, hace referencia a uno de los deberes y derechos que integran el contenido de la autoridad familiar, y se está refiriendo a que la compañía es exigible a los hijos, que no pueden abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que hayan sido confiados. Por tanto, no resulta de aplicación al presente caso y no puede fundar el recurso de casación.

Por lo que se refiere al art. 74 CDFA, éste dispone:

"1. En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo mas favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin.

2. Cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije".

Se trata de una norma de naturaleza procesal y no sustantiva, dirigida a solventar los supuestos de divergencias entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar, que tampoco puede servir de fundamento del recurso de casación.

Por lo expuesto, se rechaza el segundo motivo de casación.

QUINTO.- El recurrente invoca varias sentencias de esta Sala que entiende vulneradas por la recurrida. Concretamente las SSTSJA, Sala Civil y Penal, de 18 de julio de 2013 (recurso de casación 14/2013); 8 de febrero de 2012 (recurso de casación 27/2011); 1 de febrero de 2012 (recurso de

casación 24/2011); 18 de abril de 2012 (recurso de casación 31/2011) y de 30 de septiembre de 2013 (recurso de casación 26/2013).

Pretende justificar con ellas el carácter preferente de la custodia compartida, tal como recoge literalmente el art. 80.2 CDFA. Sin embargo, este carácter preferente al que se refiere la dicción literal del precepto, viene siempre supeditado al superior interés de los hijos menores, de tal manera que podrá acordarse la custodia individual si resulta más favorable para los hijos. En todo caso, la ponderación del interés del hijo menor se debe realizar partiendo de las circunstancias del caso concreto, fijadas en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida.

En el presente caso, la resolución de la Audiencia Provincial detalla pormenorizadamente los hechos probados y los razonamientos que justifican la atribución de la custodia individual a la madre, por ser esta medida más favorable para el menor frente a la custodia compartida.

Así, se hace referencia a la distancia geográfica existente entre los domicilios de uno y otro progenitor, que desaconsejan el cambio de domicilio actual del menor, atendiendo a la necesidad de estabilidad que exige su corta edad. Al respecto cabe indicar, como ya se ha señalado con anterioridad, que el traslado de la madre a Almería, con independencia de las circunstancias que lo motivaron, no puede ser objeto de una valoración que no contemple el interés del menor ante la nueva situación de hecho creada. Por ello hemos de partir de la realidad existente en el momento en que se dicta la resolución judicial, y ponderar si la decisión judicial objeto de recurso se ajusta o no al interés del menor, con independencia de que el traslado realizado por la madre en su día estuviese más o menos justificado. Y este sentido se pronuncia la sentencia recurrida al mantener la custodia individual a favor de la madre, con un amplio régimen de visitas para el padre.

La STS, Sala Primera, de 20 de octubre de 2014 (recurso de casación 2680/2013), en un supuesto de traslado de un menor al extranjero, confirma la sentencia de instancia que autorizaba dicho traslado y establece que: *"El*

cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España".

También recoge la sentencia recurrida que el niño ha permanecido desde su nacimiento bajo el cuidado de su madre, que ha sido su principal figura de apego y atención y hace expresa referencia a los informes periciales obrantes en autos, en particular el de la psicóloga adscrita a los Juzgados, que indica que el padre presenta una baja capacidad para empatizar, para establecer vínculos afectivos y para la resolución de problemas, frente a la favorable evaluación de la madre en estos aspectos. Estos informes son particularmente relevantes para decidir, al amparo del art. 80.3 CDFA.

Por último, la sentencia destaca que el menor se encuentra perfectamente adaptado a su actual situación, y que la conflictividad entre los progenitores es notable.

Todo ello lleva a la Audiencia a mantener la custodia a favor de la madre, así como el régimen de visitas fijado por la sentencia de primera instancia, que permite un contacto regular entre el menor y su padre.

Lo expuesto evidencia que la sentencia recurrida no vulnera el contenido de las sentencias de esta Sala mencionadas en el recurso. Antes bien, se ajusta perfectamente al sentido de las mismas y al contenido del art. 80.2

CDFA, puesto que acuerda mantener la custodia individual a favor de la madre por ser esta decisión la que mejor protege el interés del menor, valorando las circunstancias del caso concreto y los factores previstos en el propio precepto. La decisión se adopta, además, con la suficiente motivación.

SEXTO.- El recurso peticiona, para el caso de que se mantenga la guardia y custodia de la madre, un régimen de visitas a favor del padre similar al que el recurrente fija en el recurso para la madre si le es otorgada a él la custodia del menor.

La petición debe ser rechazada, puesto que no se hace mención alguna en el recurso a la infracción del art. 80.1 CDFA, que regula el régimen de visitas, al disponer que "en los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar". Tampoco se hace referencia a los motivos que justificarían, en interés del menor, un cambio del régimen de visitas fijado, ni se aportan argumentos que justifiquen que dicho régimen de visitas no garantiza al progenitor el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Frente a esta falta de justificación, la sentencia de instancia, confirmada también en este punto por la recurrida, establece un completo régimen de visitas, distinguiendo entre el período anterior al comienzo de la educación infantil del menor, en el mes de septiembre de 2015, y el posterior. Ambos permiten una frecuente relación del padre con el hijo.

Por el expuesto, debe rechazarse la pretensión del recurrente de modificar el régimen de visitas.

SÉPTIMO.- El recurrente interesa que, en caso de otorgarse la custodia individual a alguno de los progenitores, se fije la pensión alimenticia para el hijo en los términos que se recogen en el suplico del recurso de casación. Esto es, que ambos progenitores satisfagan los gastos comunes del menor contribuyendo, cada uno, con 150 euros mensuales en la cuenta común que

se abra a tal efecto, ingresando nuevamente dicha cantidad cuando el saldo sea inferior a 75 euros; además abonen por mitad los gastos extraordinarios necesarios, y los no necesarios cuando sean consensuados.

Como en el caso anterior, la pretensión no puede ser estimada, puesto que no se hace referencia alguna en el recurso a la infracción de precepto sustantivo, concretamente del art. 82 CDFA que regula los gastos de asistencia de los hijos.

La sentencia de instancia fija la aportación del padre como pensión alimenticia en la suma de 325 euros mensuales, más el 50% de los gastos extraordinarios necesarios, abonándose lo no necesarios por mitad si hay acuerdo o por el progenitor que decide su realización si no lo hay. La sentencia recurrida confirma la de instancia en este extremo, justificando la decisión en la superior retribución del padre, que percibe 1.624,27 euros mensuales, frente a los 1.179,15 euros mensuales de la madre. Frente a ello, el recurrente, ni alega la infracción de precepto sustantivo, ni aporta argumento alguno que justifique la pretendida modificación de la regulación de la pensión alimenticia fijada en la sentencia recurrida.

OCTAVO.- Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 53/2014, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Guerrero Fernández en nombre y representa D. Jesús Ángel M. G., contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de fecha 28 de octubre de 2014, condenando en costas a la parte recurrente.

Dese el destino legal al depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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