ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 55 de 2012

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

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

En Zaragoza, a trece de marzo de 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 número 55/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 18 de octubre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 113/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 589/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, Dª. Luisa, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Laura Tomás Sabio y dirigida por el Letrado D. José Luis

Moreno Puchol, y como parte recurrida D. Gonzalo, representado por el Procurador de los Tribunales D. Oscar Echarte Buil y dirigido por el letrado D. Alfonso Martín Herrero, ambos designados en turno de oficio, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. Dª. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Luis Barona Sanchis, actuando en nombre y representación de D. Gonzalo, presentó demanda de modificación de medidas matrimoniales definitivas contra Dª. Luisa 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 modifiquen las estipulaciones tercera y quinta del convenio regulador de fecha 18 de febrero de 2009, aprobado judicialmente, dejándolas sin contenido y sustituyéndolas por las siguientes: TERCERA.- Régimen de guarda y custodia y visitas de la hija menor.- La hija menor quedará bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, de forma compartida.- Así estará bajo la guarda y custodia de cada progenitor durante cuatro meses consecutivos, pasando cumplido dicho plazo a la guarda y custodia del otro progenitor, según los acuerdos a los que ambos progenitores lleguen. A falta de acuerdo se aplicará el siguiente régimen.- De dichos períodos se excluyen las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y navidad, en que la menor estará la mitad de las mismas con cada uno de los progenitores que, a falta de acuerdo, elegirá la madre los años pares y el padre los años impares. Los meses de vacaciones escolares, julio y agosto, no se tendrán en cuenta para el cómputo de los cuatro meses que la menor ha de estar bajo la custodia de los progenitores, de tal modo que, si un progenitor ha comenzado su turno de custodia en el mes de mayo, por ejemplo, se computan mayo y junio, interrumpiéndose julio y agosto, y se continuaría su turno con los meses de septiembre y octubre, pasando entonces al otro progenitor la custodia.- Durante los meses que un progenitor

no tenga la guarda y custodia de la hija, como régimen de visitas, podrá tenerla consigo siempre y cuando así lo acuerden ambos progenitores y, a falta de acuerdo, los fines de semana alternos desde las 10 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo. Los fines de semana con festivo añadido (puentes), los pasará completos con el progenitor que corresponda ese fin de semana.- QUINTA.- Pensión de alimentos a favor de la hija menor.- Cada progenitor se hará cargo de la manutención, alimentación y compra de objetos, enseres o artículos de consumo inmediato de la hija en los períodos que le corresponde tener la guarda y custodia de la misma.- Respecto a los gastos de ropa, zapatos, material escolar, objetos y enseres o cualesquiera otros de una mayor duración que sean necesarios y de no consumo inmediato, los progenitores harán frente a los mismos al cincuenta por ciento, previo acuerdo y comunicación entre ellos. A falta de acuerdo por el precio de alguno de ellos, se adquirirá uno de precio intermedio entre los propuestos por los progenitores.- En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios, serán satisfechos por ambos progenitores al cincuenta por ciento."

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 dentro de plazo, contestaron a la demanda solicitando la demandada "por opuesto a la modificación de medidas interesada, para que en su día y previo los trámites legales oportunos y celebración de vista se acuerde la desestimación de la demanda y el mantenimiento de las medidas acordadas en el convenio regulador aprobado en sentencia de divorcio." Por otrosi, manifestó que el día de la vista presentaría a la menor para la exploración judicial.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de Teruel, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 24 de abril de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que debo declarar y declaro que los efectos de la ruptura de la convivencia de D. Gonzalo y Dª. Luisa, regulados en la sentencia de este Juzgado 147/2009, de 26/03, pronunciada en autos de divorcio de mutuo acuerdo 547/2008, pasan

a regirse, en beneficio de su hija Emily-Daniela, por los siguientes pronunciamientos: 1. Corresponde la autoridad familiar sobre Emily-Daniela Q. G., mientras dure su minoría de edad y no emancipación, conjuntamente a sus padres D. Gonzalo y Dª. Luisa, siendo el ejercicio de su custodia compartida por ambos, con quienes convivirá alternativamente por semanas naturales desde la finalización de su jornada escolar los viernes o, subsidiariamente, desde las 21,00 horas. El sistema comenzará a regir el viernes 04/05/2012 pasando a estar en ese momento en compañía de su padre.- Se atribuye al progenitor no custodio la comunicación, estancia y visitas con su hija los miércoles desde la salida del colegio o, en su defecto, desde las 17:00 horas y hasta las 21:00 horas.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, el primero desde la finalización del último día lectivo hasta las 21:00 horas del 30 de diciembre y el segundo desde ese momento hasta la reincorporación al periodo lectivo. Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos periodos, el primero desde la finalización del último día lectivo hasta las 21:00 horas del jueves Santo y el segundo desde ese momento hasta la reincorporación al periodo lectivo. Las vacaciones de verano se dividirán en dos periodos coincidentes con los meses de julio y agosto. Principiando cada uno de ellos a las 10:00 horas del primer día y concluyendo a las 21:00 horas del último. Corresponde a la madre la custodia de la hija los primeros periodos indicados en años pares y los segundos en los impares. Corresponde al padre la custodia de la hija los primeros periodos indicados en años impares y los segundos en los pares. Durante los periodos vacacionales indicados no regirá el régimen de custodia, comunicación, estancia y visitas establecido en los párrafos precedentes.- Todas las entregas y recogidas de la menor se efectuarán en el domicilio que le corresponda ocupar en cada momento.- 2.- Los gastos ordinarios de asistencia a la hija serán de cargo y sufragados por el progenitor que en cada momento la tenga en su compañía. Los gastos extraordinarios necesarios serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. 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 la realización del gasto.- No ha lugar a condenar a ninguna parte al pago de las costas

procesales de la otra, de modo que cada parte pagará las suyas y las comunes por mitad."

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Cortel Vicente en nombre y representación de Dª. Melvy-Luisa G. T., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte contraria, y al Ministerio Fiscal, que impugna el recurso interpuesto, oponiéndose al mismo la otra parte.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas la partes, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: "Fallamos: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Pilar Cortel Vicente en representación de doña Luisa, contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2012 dictada en los autos civiles núm. 589/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, se confirma la misma.- Sin hacer especial imposición de las costas causadas en primera instancia ni en esta alzada."

QUINTO.- La representación legal de Dª. Luisa interpuso ante la Audiencia Provincial de Teruel recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos: 1º Infracción de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las Relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.- 2º Interés casacional fundado en la ausencia de doctrina Jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, respecto de la Norma Jurídica: Disposición Transitoria Sexta de la Ley 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las Relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, hoy incluido en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, previa la designación en turno de oficio del Procurador Sr. Echarte Buil para

representar al recurrido, D. Gonzalo, en fecha 26 de diciembre de 2012 la Sala dictó Auto en el que acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, y admitir a trámite el recurso. Conferido traslado a las otras partes, el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones "interesando la desestimación del recurso de casación interpuesto ya que no se aprecia la infracción legal pretendida por el recurrente", y la otra parte en apoyo de sus pretensiones.

En fecha 6 de febrero pasado, la Sala señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada, residentes en Bronchales (Teruel) obtuvieron sentencia de divorcio en fecha 26 de marzo de 2009. Dicha sentencia aprobó el convenio regulador en el que se establecía que la hija menor del matrimonio, Daniela, quedaba bajo la guarda y custodia de la madre.

La demanda, en la que se solicitaba la custodia compartida, se presentó el día 29 de diciembre de 2011. En ella expresaba el actor que la hija cumplía 14 años el día 2 de enero de 2012, y que el cambio legislativo que supuso la entrada en vigor del Código Foral le había llevado al actor a plantear su pretensión, ante la negativa de la madre a acceder a ello. La demandada se opuso alegando extemporaneidad en la pretensión y que la custodia compartida no se solicitaba en interés de la menor sino en el interés del padre en ahorrarse el pago de la pensión.

La sentencia de primera instancia declara (entre otros hechos) probado que ninguno de los progenitores está afectado por causa alguna que le impida el pleno desempeño de sus funciones parentales, y que desde la solicitud del padre a la madre para modificar el régimen de custodia aquél encuentra mayores dificultades para comunicarse con su hija, poniéndose fin a las estancias cotidianas de la menor con él, incluyendo las pernoctas que

anteriormente se desarrollaban con toda normalidad. Y tras exponer la regulación aplicable y jurisprudencia de esta Sala que la interpreta, razona:

…la superación del plazo establecido en la disposición transitoria 6ª del Código de derecho Foral de Aragón para que el padre solicitase la custodia compartida de la menor, y que la demandada entiende bastante para desestimar la demanda, no puede convertirse en obstáculo para la fijación del régimen de guarda (…) en el presente caso, el paso de la menor de la infancia a la adolescencia –contando 10 años en el momento de romper sus padres y 14 años actualmente-, evitar una disputa económica instrumentalizando a la menor y el aconsejable reforzamiento del doble vínculo parental en un momento de descubrimiento de la propia personalidad e independencia por parte de la hija común, llevarán a optar por la custodia compartida como la mejor opción posible para el mejor desarrollo de Emily-Daniela (...) mantiene sólidos lazos afectivos con los dos y desea pasar el mayor tiempo posible con cada uno (…) es extraordinariamente relevante la residencia de toda la familia en una pequeña localidad, de modo que la menor está en su casa con el hecho de estar en ella; así configurada su vida, la convivencia por igual con sus dos progenitores, no puede traerle sino pluralidad de miras y modelos en este momento trascendental de su desarrollo, evitándole cualquier incomodidad derivada de desplazamientos o entornos distintos.

Recurrida dicha sentencia en apelación, fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Teruel.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación interpuesto por la parte demandada se funda en la alegada infracción de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 2/2010 al haberse presentado la demanda en fecha 28 (en realidad, 29) de diciembre de 2011, fuera del plazo de un año a contar desde el día 8 de septiembre de 2010. La recurrente, que interpuso el recurso por ser el objeto de cuantía inestimable y por concurrir interés casacional, alega nuevamente este último como motivo segundo. Como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en ocasiones anteriores, el interés casacional no es, en realidad, motivo alguno que pueda fundar un recurso de casación sino un presupuesto habilitante de la recurribilidad de

la sentencia. Dispone el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Por lo que hace a la casación aragonesa, tanto si la cuantía excede de 3000 euros o es inestimable, como si concurre interés casacional, la sentencia será recurrible, pero no cabe que éste se invoque como *motivo* de recurso, de modo que no se entrará en su examen.

TERCERO.- En la sentencia de 18 de abril de 2012 de esta Sala se expresó:

…Contrasta esta regulación con la aragonesa de la Ley 2/2010, que establece como preferente la custodia compartida, y señalábamos en la referida sentencia (de 9 de abril de 2012)*: " Ante la innovación que introdujo en Aragón la ley citada respecto del régimen preferencial del Código Civil antes aplicable también en Aragón, la propia norma aragonesa, en la Disposición Transitoria Primera, otorgó a la petición de aplicación de su régimen el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas respecto de la guarda y custodia, y ordenó que las revisiones que se hicieran de los convenios reguladores o de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se sujetaran a las disposiciones contenidas en ella."*

La posibilidad ofrecida por la Disposición transitoria primera se configura así como un cauce de revisión que, evidentemente, no supone una causa de revisión automática y obligatoria, como también reconoce el recurrente, pero permitía solicitarla en el plazo de un año para todas las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. El legislador aragonés parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permitía que fueran sometidas a revisión aquellas medidas con sujeción, naturalmente, a la adecuada valoración de las circunstancias por parte de los tribunales.

De lo expuesto se deriva que, pasado el año de vigencia de la nueva regulación, deja de ser causa de revisión de las medidas acordadas la mera solicitud de custodia compartida: a dicha revisión, como a la de cualquier otra medida, le es de aplicación el precepto del art. 79.5 del CDFA.

Por tanto, la norma contenida en la Disposición Transitoria no establece un plazo preclusivo para ejercitar la pretensión de custodia compartida, como parece entender la recurrente cuando afirma que la pretensión es extemporánea, sino que opera en el único sentido de excluir, en ese período de tiempo, la exigencia de que se acredite un cambio relevante de circunstancias.

CUARTO.- Lo anterior conduce a la conclusión de que no podría en modo alguno accederse a lo que la demandada pide finalmente: *que se declare que la pretensión está formulada fuera de plazo y que se acuerde revocar la sentencia por la falta de aplicación de la norma*. Porque el acogimiento de la pretensión habiéndose rebasado ese plazo no comporta infracción de la norma que se invoca como vulnerada. Podría ocurrir que la sentencia hubiera infringido, no la Disposición Transitoria de continua referencia, sino el artículo 79.5 del Código Foral, si se hubiera otorgado la custodia compartida sin haber cambiado las circunstancias. Pero, en primer lugar, no se alega infracción de dicho precepto. En segundo lugar, y tal como apunta el Ministerio Fiscal, es patente el cambio, pues la menor ha pasado de niña (10 años) a adolescente (14 ha cumplido) como se pone de relieve en la fundamentación de la sentencia de primera instancia después confirmada.

Cierto es, también, que la recurrente afirma en su escrito que ***la sentencia de la Audiencia Provincial incumple esta norma porque desestima el recurso que denuncia la extemporaneidad, sin pronunciarse sobre dicha norma que no aplica***. Con ello, en realidad, lo que el recurso parece poner de manifiesto es una infracción procesal (incongruencia por omisión de pronunciamiento). Sin embargo, no denuncia (ni podría apreciarse) que ello hubiera podido producirle indefensión.

En consecuencia, el recurso se desestima.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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

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

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación nº 55/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª. Laura Tomás Sabio en nombre y representación de Dª. Luisa, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha 18 de octubre de 2012, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

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

Dese al depósito constituido el destino legal.

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.