

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 10 de 2014

S E N T E N C I A N U M . D I E C I S I E T E

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 quince de mayo 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 10/2014 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 506/2013, dimanante de autos de Divorcio 71/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dos de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), en el que son partes, como recurrente, D. José Isidro G. S., representado por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Gascón Marco y dirigido por el Letrado D. Joaquín Guerrero Peyrona, y como parte recurrida D^a. Ana Irama

Z. R., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio Bericat Nogue y dirigida por la Letrada D^a. Gloria Labarta Bertol, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Gascón Marco, actuando en nombre y representación de D. José Isidro G. S., presentó demanda de divorcio contra D^a. Ana-Irama Z. R. 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 establezca el divorcio y las siguientes medidas:

“1. La guarda y custodia de los hijos será compartida. Ambos progenitores estarán con los hijos en años alternos, o en la forma que aconseje el equipo psico-social del Juzgado, pudiendo el progenitor que no se encuentre con los hijos, estar con los hijos durante el curso lectivo fines de semana alternos desde la salida del colegio del viernes hasta la entrada del colegio del lunes, así como un día entre semana, los miércoles, desde la salida del colegio hasta la entrada al colegio del día siguiente; en relación a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, los hijos estarán con cada uno de los progenitores la mitad de los periodos vacacionales escolares, pudiendo elegir el padre en los años pares y la madre en los años impares. Durante los llamados puentes estarán con el progenitor en que le corresponda estar el fin de semana que forme parte del puente. El progenitor, en los periodos en que no se encuentre con los hijos podrá comunicar con ellos todos los días de 20 a 21 horas debiendo el otro progenitor facilitar la respuesta a tales llamadas. Asimismo cada progenitor podrá estar con los hijos el día de su cumpleaños y la mitad del día de reyes (mañana tarde, eligiendo el padre en los años pares y la madre en los impares).

2. El uso del domicilio familiar no se atribuye a ninguno de los consortes y, en cuanto a la utilización y hasta que se produzca la división o la

venta de la casa proindiviso en que se encuentra el domicilio familiar, se establezca que uno de los pisos que componen la casa se use por la esposa y otro por el esposo. Pudiéndose a partir de la fecha de la sentencia procederse a instar el procedimiento de cese del proindiviso, y si fuera indivisible su venta, en cuyo momento cada consorte deberá desalojar el piso que ocupara y que no le hubiera correspondido. Hasta en tanto se proceda al cese del proindiviso o la venta, durante dos meses lo usará el padre y durante dos meses lo usará la madre, permaneciendo los hijos en tal domicilio.

3. El progenitor no custodio, entregará durante el periodo lectivo al progenitor custodio la cantidad de 300 € mensuales (150 € por cada hijo) pagaderos entre los días 1 y 5 de cada mes en la cuenta corriente que el progenitor custodio designe. Tal cantidad se incrementará anualmente en el mismo porcentaje que aumente el coste de vida según dije el Instituto nacional de Estadística u Organismo que le sustituya. Para los gastos médicos no comprendidos en la Seguridad Social o sistema de previsión de uno de los progenitores y que sean de extrema urgencia, ambos progenitores deberán ponerse previamente de acuerdo. Cualquier gasto extraordinario que se efectúe sin el previo consentimiento del otro o sin autorización judicial será abonado por el progenitor que lo haya decidido.

Y se le impongan las costas a la esposa si se opusiera a la presente demanda.”

Por otrosi solicitó la adopción de diversas medidas provisionales y la práctica de prueba.

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 demanda.

Dentro de plazo concedido, el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio Bericat Nogué compareció en autos en nombre y representación de la demandada, D^a. Ana Irama Z. R., contestando la demanda, oponiéndose a la misma, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se acordase el divorcio y las siguientes medidas definitivas:

“1. La guarda y custodia de los hijos la ostentará la madre Doña Ana Irama Z. R.

En cuanto al régimen de visitas, a la vista del rechazo de los hijos a pernoctar con el padre, deberá ser la psicóloga del Juzgado quien proponga un régimen progresivo de estancia de los hijos con el padre hasta llegar al régimen siguiente:

-Fines de semana alternos, desde la salida de las actividades extraescolares del viernes a las 19,15 horas, hasta el domingo a las 20 horas. Los denominados puentes festivos de la localidad (no los escolares) se unirán al fin de semana del progenitor que le corresponda.

-Una tarde entre semana, los miércoles, desde la salida del colegio a las 16,30 horas, hasta las 20 horas. Estas tardes se establecerán según la disponibilidad laboral del padre, y en el caso de no disponer de ellas por razones de trabajo deberá de comunicarlo fehacientemente con cinco días de antelación.

-La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y dos quincenas en verano (una en julio y otra en agosto), eligiendo periodo la madre en los años pares y el padre en los impares.

2. El uso del que hasta ahora ha constituido el domicilio conyugal, y de todos los bienes y enseres que constituyen el ajuar doméstico, sito en Ejea de los Caballeros, C/ se otorgará a la esposa Doña Ana Z. R. y a sus dos hijos.

3. En concepto de gastos de asistencia para los hijos comunes, el Sr. G. S. deberá abonar a mi representada la cantidad de 700€ mensuales, 350 por cada hijo, cantidad que deberá ser ingresada en la cuanta corriente de Banca Civica (antigua Caja de ahorros de Navarra) nº 2054 0341 91 9164281393 a Doña ana Irama Z. por mensualidades anticipadas y dentro de los 5 primeros días de cada mes, y que será revalorizada el 1 de enero de cada año conforme al IPC fijado por el INE para cada año, u organismo que le sustituya en el futuro.

4. Los gastos extraordinarios de los hijos necesarios para la salud de los mismos deberán ser satisfechos por mitad e iguales partes entre los progenitores, sin necesidad de acuerdo entre ellos. Asimismo deberán ser satisfechos por mitad entre ambos progenitores los gastos de enseñanza reglada (bachiller, universidad o formación profesional) cuando se produzca, y material escolar. Igual proporción del 50% será satisfecho para las actividades extraescolares o de formación tales como campamentos, viajes de

intercambio, viajes de estudio y cualquier otro que sea conveniente para la educación previo acuerdo entre ambos progenitores o decisión judicial si no hay acuerdo.

e) La cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda y el seguro del préstamo hipotecario deberá ser abonada por mitad e iguales ente los cónyuges.

f) Que el Impuesto de Bienes Inmuebles, impuestos municipales y el seguro de la casa sean abonados en la proporción de la propiedad de la casa, dos terceras partes por Don José Isidro G. S. y una tercera parte por doña Ana Irama Z. R.”

TERCERO.- Practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Ejea de los Caballeros se dictó sentencia en fecha 24 de mayo de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por José Isidro G. S. frente a Ana Irama Z. R., y en consecuencia declaro disuelto por divorcio el matrimonio de ambos, y la extinción del derecho expectante de viudedad, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas acordando las siguiente medidas definitivas en la situación que se constituye:

a) Se atribuye a Ana Irama Z. la guarda y custodia de los hijos Javier y Nuria, siendo la autoridad familiar ejercida y compartida por ambos progenitores.

b) En defecto de acuerdo entre los padre, José Isidro G. tendrá en su compañía a sus hijos Javier y Nuria los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio y hasta el lunes a la entrada, así como los miércoles por la tarde desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas y los martes en las semanas en que los hijos hayan estado con el padre el fin de semana anterior y los lunes en las semanas en las que el fin de semana anterior hayan estado con la madre igualmente desde la salida del colegio y hasta las 20,00.

En los periodos escolares de jornada continuada, en los que no hay clase por la tarde, el padre estará con los hijos desde la salida del colegio, o en caso

de que en estos periodos sigan quedándose al comedor, desde que termine el servicio de comedor.

Los días no lectivos escolares distintos de las vacaciones, en caso de que estén unidos al fin de semana, el padre también tendrá a los hijos en su compañía si ese fin de semana le correspondía pasarlo con ellos.

c) En defecto de acuerdo entre los padres, los hijos pasarán con el padre la mitad de las vacaciones de navidad, semana santa y verano, entendiéndose por vacaciones las escolares. La madre elegirá en los años impares y el padre en los pares.

En vacaciones de navidad los hijos pasarán con el padre la mitad de las vacaciones y con la madre la otra mitad, elegirá el padre los años pares y la madre los impares, y a estos efectos el periodo de vacaciones de navidad comprenderá desde el final de las clases hasta el día 31 de diciembre por la mañana (una mitad) y desde el 31 de diciembre por la mañana y hasta el inicio de las clases (otra mitad).

En vacaciones de semana santa los hijos pasarán la mitad de las vacaciones con su padre y la mitad con su madre. Si el primer día no lectivo es lunes santo, el fin de semana anterior son vacaciones de semana santa a estos efectos y si las vacaciones escolares son desde miércoles santo por la tarde y durante toda la semana siguiente, ese segundo fin de semana también forma parte de las vacaciones.

En vacaciones de verano, se tomará también como referencia el calendario escolar, y por tanto los días de junio tras el fin de las clases y los de septiembre antes del inicio, eligiendo periodo de entre estos dos la madre en años impares y el padre en años pares. Durante los meses de julio y agosto, los hijos pasarán con el padre una quincena de julio y otra quincena de agosto, y lo mismo con la madre. Elegirá la madre los años impares y el padre los pares.

d) José Isidro G. S. abonará mensualmente para los gastos ordinarios de sus hijos la cantidad de 650€ mensuales, en la cuenta corriente en la que hasta el momento viene ingresando la cantidad fijada en medidas provisionales. Esta cantidad se actualizará anualmente en la misma proporción en la que haya variado el IPC de los meses anterior. La primera actualización será en junio de 2014. Forman parte de los gastos ordinarios

las actividades extraescolares que los hijos realizan, y también el importe del material escolar, libros de texto y similares.

e) El importe de los gastos extraordinarios necesarios será asumido por ambos al 50%, los no necesarios según lo que se acuerde y a falta de acuerdo por el progenitor que lo haya decidido.

f) Se atribuye a José Isidro G. S. el uso de la vivienda familiar sita en calle ... de Ejea de los Caballero durante dos años desde la fecha de esta resolución.

g) Deberá procederse a la venta de la vivienda familiar. Hasta la venta Irama Z. y José Isidro G. abonarán al 50% las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda. Los gastos por tributos, seguros o conceptos similares relacionados con la propiedad de la vivienda serán abonados en 2/3 por José Isidro y 1/3 por Ana Irama.

Firme que sea esta resolución, remítase al Registro Civil de Ejea certificación del pronunciamiento de divorcio que en la misma se acuerda, para su inscripción al margen del matrimonio entre las partes obrante en dicho Registro Civil.”

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales Sr. Gascón Marco, en nombre y representación de D. José Isidro G. S., presentó recurso de apelación contra la sentencia confiriendo traslado a la otra parte y al Ministerio Fiscal, contestando e impugnando la parte recurrida, y previos los trámites legales, se emplazó a las partes para ante la Audiencia Provincial.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes, y practicada la prueba propuesta que fue admitida, en fecha 20 de diciembre de 2013, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. José Isidro G. S. y estimando en parte el interpuesto por D^a. Ana Irama Z. R., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Ejea de los Caballeros, el 24 de mayo de 2013, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de mantener a favor del actor el uso de la vivienda familiar, manteniéndose la venta de la misma, como

señala dicha Sentencia, debiendo abonar el Sr. G. la íntegra cuota hipotecaria que la grava mientras disfrute de dicho uso, pagando el seguro e IBI de la finca en sus 2/3 parte, siendo la 1/3 parte restante abonada por la Sra. Z.

Se fija la pensión alimenticia de los hijos a cargo del padre en la suma de 600€ mensuales, 300€ por hijo, quedando excluidos de tal importe los gastos de libros, material escolar y actividades extraescolares, que por su carácter extraordinario, se abonarán por mitad por los progenitores.

Se mantienen los restantes pronunciamientos de la Sentencia que no se opongan a los antes expresados.

No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido por D^a. Ana Irama Z. R. y se decreta la pérdida del constituido por D. José Isidro G. S., al que se dará el destino legal procedente.”

QUINTO.- La representación legal de D. José Isidro G. S., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

“1º.- La infracción e interpretación errónea, del art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón puesto en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución Española. Se ha infringido la necesidad de adoptar de modo preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, y que en este caso no sucede.

2º.- Inaplicación del artículo 76.2 de CDFA, antes art. 2.2 de la Ley 2/2010, en relación con el art. 11.2, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecta a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos, y explicando que en caso de autos ambas instancias han conculcado el principio de bonum filii.”

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 27 de febrero 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 sus escritos, tanto la parte recurrida, que se opuso al recurso planteado de contrario, como el Ministerio Fiscal que formuló su apoyo al recurso, manifestado que debía ser casada la sentencia recurrida y estimar la custodia compartida de los dos hijos menores.

Por providencia de 9 de abril, se señaló para votación y fallo el día 7 de mayo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación se funda en dos motivos. Primero, por infracción del artículo 80 del CDFA, y segundo, por inaplicación del artículo 76.2 del mismo cuerpo legal. Ambos motivos pueden examinarse conjuntamente dado que lo que en definitiva se sostiene tanto en uno como en el otro es que la sentencia recurrida debía haber optado, en interés de los niños, por la aplicación del criterio legal preferente de la custodia compartida, sirviendo la argumentación dedicada al segundo de los motivos, de refuerzo de lo expresado previamente.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia, de acuerdo con lo postulado por la representante del Ministerio Fiscal, atribuyó a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes. Fundamentó esta decisión, pese a expresar que el padre también presenta capacidad para el ejercicio de una custodia compartida, en la opinión manifestada por los menores (de 7 y 9 años) a través de los dos informes periciales obrantes en el procedimiento. Indicó que la custodia individual (recomendada en dichos informes) no se acuerda porque los hijos así lo quieran, sino porque consideró que en el caso así lo exige el interés de los hijos, que tienen mucha más vinculación con la

madre adquirida durante el tiempo en el que el padre permanecía mucho tiempo fuera de casa por motivos laborales, y señaló que los niños han aceptado el régimen de visitas pero que inicialmente, sobre todo Nuria, eran renuentes a pasar el fin de semana con él o quedarse a dormir.

La sentencia recurrida, de acuerdo asimismo con lo postulado por el representante del Ministerio Fiscal al evacuar el traslado relativo al recurso de apelación, confirmó dicho pronunciamiento. Razonó así:

“Las pruebas periciales, psicológica y social, practicadas en el proceso (...) revelan que los menores han sido cuidados y atendidos desde su nacimiento principalmente por la madre, dado el amplio horario laboral del padre, con frecuentes viajes y salidas fuera de su residencia, y que desean seguir viviendo habitualmente con su madre, señalando que esos deseos surgen de sus propias vivencias, sin revelar influencias tendenciosas de terceros.

La psicóloga pone de manifiesto que las peticiones del padre no se dirigen a solventar las necesidades concretas de los hijos sino a imponer sus deseos y forma de reparto de los períodos de estancia de los niños con los adultos, que estima más adecuado, recomendando al padre la necesidad de que flexibilice su postura y actitud y que adopte los cambios necesarios para lograr un adecuado acercamiento con sus hijos, en especial con Nuria, que es la que más está acusando la situación de cambio familiar, presentando cierto rechazo a acudir con su padre.

(...)

En este caso, el interés de los menores aconseja mantener la atribución de su custodia individual a favor de la madre (artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón), dado que el deseo por ello expresado es acorde a su actual y correcta estabilidad que no debe alterarse, conforme concluye la Sra. Psicóloga.

Por otro lado, se desconoce el concreto y exacto horario laboral del padre y si, efectivamente, ha dejado de realizar transportes, dado el imposible análisis de la prueba aportada y las vaguedades expresadas al respecto por él en su interrogatorio, ignorando el mismo, según se desprende de sus manifestaciones, las actividades extraescolares y horarios de sus hijos, incluso el período de tiempo a distribuir entre los padres de estancia con los menores,

señalando que indicó a los peritos aconsejasen el sistema de reparto más adecuado, pese a lo que rechaza las propuestas emitidas en los informes.

No existe, en definitiva, una planificación detallada y responsable del ejercicio por el padre de sus obligaciones parentales en el cuidado cotidiano de sus hijos, lo que avala la corrección del pronunciamiento combatido...”.

TERCERO.- La parte recurrente, tras exponer el fundamento del precepto del artículo 80 del CDFA y las bondades del régimen de custodia compartida, así como la doctrina de esta Sala sobre la cuestión, refiere que cabe plantearse si la Audiencia Provincial ha respetado o no el criterio legal de la aplicación de aquél con carácter preferente. A continuación, articula su argumentación reexaminando la prueba practicada en el procedimiento y la valoración que de la misma ha hecho la sentencia impugnada, para concluir que ésta no ha tenido en cuenta el resultado de la practicada sobre los factores a considerar o ha tergiversado su sentido.

Con ello, hace supuesto de la cuestión, lo que, como tantas veces hemos repetido, no cabe en este recurso extraordinario. 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.

A partir del resultado probatorio cuya valoración, insistimos, ha de respetarse ahora, la sentencia recurrida confirma lo establecido en la de primera instancia que resuelve que, en el caso, lo más conveniente al interés de los menores es atribuir su custodia a la madre, con lo que se ajusta a la previsión del artículo 80.2: “salvo que la custodia individual sea más conveniente”. Y tal apreciación, que la norma deja en manos del juzgador de

instancia, debe respetarse en casación salvo que aparezca como manifiestamente desafortunada o arbitraria, lo que aquí no sucede.

En consecuencia, no cabe apreciar infracción de dicho precepto, ni tampoco, por las mismas razones expuestas, del 76.2 cuyo contenido no ha sido desconocido por la sentencia impugnada. Procede, por tanto, la desestimación del recurso.

CUARTO.- 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. 10/2014, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Gascón Marco en nombre y representa D. José Isidro G. S., contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de fecha 20 de diciembre de 2013, condenando en costas a la parte recurrente.

Dese el destino legal al depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvase 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.