



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 9 de 2015

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

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspás /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
D. Javier Seoane Prado /
D^a. Carmen Samanes Ara /

En Zaragoza, a ocho de mayo 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 9/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 19 de diciembre de 2014 y su auto aclaratorio de 5 de enero de 2015, en el rollo de apelación número 520/2014, dimanante de autos de reclamación e impugnación de paternidad núm. 816/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Trece de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D. Gonzalo L. A., representado por el Procurador de los Tribunales D. José Alfonso Lozano Vélez de Mendizábal y dirigido por la Letrada D^a. Beatriz Diago Flores, y como parte recurrida D^a. Ana Esperanza V. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Bonet Perdignes y dirigida por el Letrado D. Juan Carlos Jiménez Jiménez, en el que ha sido 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. José Alfonso Lozano Vélez de Mendizábal en nombre y representación de D. Gonzalo L. A. presentó demanda sobre reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado, con impugnación de filiación contradictoria frente a D^a Ana Esperanza V. G. y otro, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites que procedentes, se dictase sentencia por la que “se declare que D. Gonzalo L. A., mayor de edad, con NIF ... es el padre extramatrimonial del menor Eduardo (inscrito a la fecha como Eduardo L. V.), procediéndose a remitir los oficios oportunos para practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil, previa declaración de nulidad de la inscripción de paternidad del menor respecto de D. José Esteban L. E., mayor de edad, con NIF ..., ordenándose la cancelación de la misma, con expresa imposición de las costas a la parte demandada.”

Por otrosi solicitó la adopción de medidas cautelares y la práctica de prueba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido a la parte demandada, ésta compareció en autos contestando la demanda planteada de contrario, oponiéndose a la misma, y suplicando se dictase sentencia “por la que se absuelva a mis representados a todos los pedimentos deducidos de contrario, con imposición de costas a la contraparte.”

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera

Instancia núm. Trece se dictó sentencia en fecha 1 de julio de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo: Estimando íntegramente la demanda promovida por la representación procesal de D. Gonzalo L. A. procede realizar los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Declaro que D. Gonzalo L. A. es el padre biológico del menor de edad D. Eduardo L. V., no correspondiendo, por consiguiente, la paternidad del mismo al otro codemandado, D. José Esteban L. E., procediendo la rectificación del Registro Civil en tal sentido, para lo que se librará, una vez firme la presente resolución, el oportuno exhorto al Registro Civil donde está inscrito su nacimiento al objeto de la inscripción de la presente sentencia, en concreto, en el de Zaragoza, justo el día 7 de noviembre de 2.011, en inscrito en el Registro de esa Capital,- Segundo.- Dispongo que queda sin efecto el reconocimiento como hijo matrimonial efectuado por Dña. Ana Esperanza V. G. y D. José Esteban L. E. respecto a D. Eduardo L. V., manifestado en el expediente correspondiente y que consta inscrito en el Registro Civil de Zaragoza.- Tercero.- Dispongo que a partir de la firmeza de la presente sentencia D. Eduardo L. V. constará como hijo extramatrimonial de Dña. Ana Esperanza V. G. y de D. Gonzalo L. A., gozando pues de todos los efectos que en derecho proceda, entre otros, el concerniente al cambio de apellidos y la concesión de un régimen de visitas al hijo, de ahí que se acuerde expresamente:

1) A partir de la firmeza de la presente sentencia hasta ahora el menor de edad Eduardo L. V. constará como hijo de D. Gonzalo L. A. y Dña. Ana Esperanza V. G., cuyos apellidos quedaran modificados, de manera que fueran los del padre, primero, y, luego, los de la madre, es decir, se llamará y así constará en el Registro Civil como D. Eduardo L. V.

2) En cuanto al régimen de visitas y estancia del menor para con el progenitor no custodio, el Sr. L., a partir de la primera semana del mes de agosto de 2.014, se verificarán tales comunicaciones en las horas prefijadas, de 17 a 20 horas, durante tres tardes a la semana, miércoles, sábados y domingos, con la más estricta puntualidad y esa jornada asignada, justamente en la sede del “Punto de Encuentro”, ubicado en la calle Blasón Aragonés núm. 6, 1ª puerta u otra sede que se designara al efecto de esta

Capital, donde previamente deberá concertar tales reuniones con la dirección de ese u otro establecimiento, a tal fin el traslado del menor se llevará a cabo por la madre u otro familiar. Durante dichas estancias, por parte del personal de ese organismo asistencial se llevará a cabo un estrecho seguimiento del mismo, tanto de los horarios, como de los comportamientos de los intervinientes y de cualquier otra circunstancia que se estime relevantes; A tal fin, llegado el caso, de observarse alguna anomalía se informaría a este Juzgado de ello.- Cuarto.- Se condena únicamente a la codemandada Dña. Ana Esperanza V. G. al pago íntegro de todas las costas procesales causadas en esta instancia.”

A petición de la parte demandada, se dicta Auto aclaratorio en fecha 3 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es la siguiente:

“D. Armando Barreda Hernández, Itmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Zaragoza; Dice: Primero.- Siendo que se desestima totalmente la pretensión formulada por la representación procesal Dña. Ana Esperanza V. G., en consecuencia, debo denegar y deniego la complementación, aclaración o subsanación del régimen de visitas a favor del menor de edad D. Eduardo L. V. acordado cautelarmente en la sentencia núm. 264/2.014, de fecha uno de julio, que se ratifica íntegramente.- segundo.- En cuanto las costas procesales de este incidente, se condena a la codemandada recurrente, Dña. Ana Esperanza V. G., a todas las causadas en este incidente.”

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Bonet Perdigonés, en nombre y representación de D^a. Ana Esperanza V. G., presentó recurso de apelación contra la sentencia y auto aclaratorio. Se confirió traslado a las otras partes, que contestaron y se opusieron.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, en fecha 19 de diciembre de 2014 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a. Ana-Esperanza V. G. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a

Instancia nº 13 de Zaragoza el 1 de Julio de 2014, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de establecer entre el padre y el hijo menor, Eduardo, los miércoles de las semanas alternas en Punto de encuentro de Alcañiz de 18 a 19,30 h., y sábados alternos en Punto de encuentro de Zaragoza de 11 a 13,30 h. Una semana se ejercitarán las visitas el miércoles y la siguiente el sábado y así sucesiva y alternativamente. Se mantienen sus restantes pronunciamientos, salvo el referente a las costas del Auto Aclaratorio de 3 de septiembre de 2014 que se deja sin efecto, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.”

A petición de la representación procesal de D. Gonzalo L. A., se dictó auto aclaratorio con fecha 5 de enero del corriente año, en el que se acordó: “desestimar el recurso de aclaración formulado por D. Gonzalo L. A., respecto de la Sentencia dictada por esta Sala el 19 de diciembre de 2014, la que se mantiene en su integridad.”

QUINTO.- La representación legal de D. Gonzalo L. A., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

Primero: Inaplicación de los artículos 59, b), 60.1 y 76.3 a) del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación el artículo 39 de la Constitución Española y Segundo: Por interpretación errónea y consecuente inaplicación, los artículos 59, 76.3 B) y 80.1 del Código de Derecho Foral de Aragón.

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, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver. Por auto de 18 de febrero 2015 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición. Dentro de plazo, presentaron su oposición al recurso planteado de contrario, tanto la parte demandada como el Ministerio Fiscal.

Por providencia de 18 de marzo de 2015, se señaló para votación y fallo el día 22 de abril de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que estimó la demanda de reclamación de paternidad e impugnación de filiación matrimonial acordó, entre otros extremos, el establecimiento de un régimen de visitas a favor del actor -y ahora recurrente en casación- en virtud del cual éste podría comunicarse con su hijo en la sede del Punto de Encuentro ubicado en la calle Blasón Aragonés nº 6 de Zaragoza los miércoles, sábados y domingos, de 17 a 20 horas. Este régimen horario era el que se había pedido en el suplico de la demanda.

La codemandada Sra. V. apeló la sentencia en lo concerniente al régimen de visitas alegando que, habiendo trasladado su residencia y por tanto la del niño a Valderrobres (Teruel), lo dispuesto en la sentencia resultaba gravoso para el menor, dada la distancia entre dicha localidad y Zaragoza.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación, para lo que razonó así:

“En el caso de autos es claro que el viaje impuesto a un niño de tres años, durante tres días todas las semanas, de 140 Kms. ida, y otros tantos de vuelta, uno de los días recién salido del colegio, altera de forma sustancial sus rutinas, hábitos y su vida cotidiana, sometiéndolo a un cansancio y alteración indeseables, impidiéndole incluso, disfrutar de un solo fin de semana tranquilo en su domicilio con su madre, y culminar su horario escolar.

En estas condiciones, debe aceptarse, dada la revisión de oficio que admite la materia que nos ocupa, trasladar el lugar de cumplimiento de las visitas al Punto de Encuentro de Alcañiz los miércoles alternos, en horario de 18 a 19,30 h, y establecer los sábados alternos en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza de 11 a 13,30 h, de forma que una semana se ejercerán las visitas los miércoles y la siguiente el sábado en la forma referida”.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de casación se invocan como infringidos los artículos 59 b), 60.1 y 76.3 a) del CDFA, y en el segundo los artículos 59, 76.3 b) y 80.1 del mismo cuerpo legal. Pese a esta cita plural de preceptos en cada uno de los motivos, la lectura del escrito de recurso revela que lo que la parte sostiene es que la modificación –que hace la sentencia de segunda instancia- del régimen de visitas conculca el derecho del menor a un contacto regular con su padre (artículo 76.3 a) y asimismo el del progenitor recurrente a un régimen de visitas que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1). De ahí que el recurrente interese, en uno y en otro motivo, el análisis conjunto de la pretendida infracción de preceptos que en cada uno de ellos se invocan.

TERCERO.- La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el artículo 76.3 a), pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado.

Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso atendiendo al superior interés del menor, tal como impone la regla del apartado segundo del precepto citado. En efecto, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta ese interés superior, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFA, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye "un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional" (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un "criterio básico y preferente" en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que "debe inspirar la actuación jurisdiccional" (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso "ex officio" sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer "incluso por encima del de sus progenitores" (STS Sala 1ª de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

CUARTO.- En el supuesto presente, y como señala el representante del Ministerio Fiscal, la modificación del régimen operada por dicha sentencia se justifica por una serie de circunstancias de hecho, según ha quedado recogido arriba: la edad del niño, sus horarios y, sobre todo, la distancia entre Valderrobres y Zaragoza. No es cierto, frente a lo que afirma el recurrente, que el régimen inicialmente establecido se haya restringido sin motivo ni causa, ni que se prive innecesariamente al niño de un contacto fluido con el padre. Mantener el sistema acordado en la primera instancia hubiera comportado imponer al niño hacer un recorrido de 280 Km (entre ida y vuelta) tres veces por semana, lo que resulta sin duda muy gravoso para él. Es indudable, por tanto, que la modificación se ha hecho en su beneficio.

Ciertamente, la solución adoptada por la Audiencia es opinable, y cabría haber fijado un régimen más amplio de estancias del padre con el hijo. Ahora bien, no pasa inadvertido a esta Sala el dato de que el padre, en su oposición al recurso de apelación, interesó con carácter principal la

confirmación íntegra de la sentencia apelada, y subsidiariamente, un régimen modificado pero *desarrollándose en todo caso en Zaragoza*. Esta falta de disposición del padre a llevar a cabo desplazamientos para estar con su hijo, que no se concilia bien con su manifestado deseo de intensificar su relación con él, explica también el régimen finalmente acordado. En consecuencia, debe concluirse que no sólo no se ha producido vulneración legal sino que la solución dada al problema no es arbitraria sino razonable.

Por tanto, el motivo se desestima.

QUINTO.- Debe examinarse a continuación el segundo motivo de recurso, para determinar si lo acordado vulnera el artículo 80.1 del CDFA en cuanto dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Realmente, la parte no concreta ni razona por qué el régimen instaurado impide ese ejercicio, sino que se limita a afirmar que “no se precisan grandes esfuerzos intelectuales para advertir que dicho ejercicio se ve menoscabado si las visitas se reducen a tan solo hora y media semanal”.

Tales funciones vienen relacionadas en el artículo 65 del CDFA. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. Debe considerarse también que, en casos como el que se nos plantea, donde no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con el padre biológico, razones de prudencia indican la conveniencia de –al menos en una etapa inicial- no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. No se trata, como sugiere el recurrente, de “premiar” lo que reputa comportamiento irracional de la madre del niño, sino de adoptar, en una situación de conflicto, la solución que más beneficie el interés de aquel. A este interés, como acabamos de recordar, debe subordinarse cualquier medida que se adopte. Y en este caso no puede prescindirse de las circunstancias de lejanía geográfica y demás concurrentes, que han

determinado la decisión recurrida. Por otro lado, y como señala el TS en su sentencia de 26 de octubre de 2012: " Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor...". Pues bien, en lo que hace a esta importante manifestación de las funciones propias de la autoridad familiar, no parece tampoco que vaya a verse dificultada por la restricción del régimen de visitas.

Es consecuencia de lo anterior, la desestimación de este segundo motivo.

SEXTO.- Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gonzalo L. A. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 19 de diciembre de 2014 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Contra esta sentencia no cabe 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.