

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación nº 20/ 2015

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

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspás /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Javier Seoane Prado /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a cinco de octubre 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 20/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 11 de marzo de 2015, recaída en el rollo de apelación número 37/2015, dimanante de autos de Divorcio núm. 186/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. M. M.T. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Magro Gay y dirigido por la Letrada D^a. Xenia Cabello Cánovas, frente a D^a. I. G. G. representada por la Procuradora de los

Tribunales D^a. Ruth Herrera Royo y dirigida por el Letrado D. Víctor Serrano Entío, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Yolanda Martínez Chamorro, actuando en nombre y representación de D. M. M. T., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, demanda de divorcio contencioso frente a D^a. I. G. G. 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 “en la que se acuerde la disolución por divorcio del matrimonio compuesto por D. M. M. T. y D^{ña}. I. G. G., y se apruebe el siguiente plan de relaciones familiares que a continuación se transcribe, como medidas definitivas de este divorcio.

PLAN DE RELACIONES FAMILIARES

PRIMERA.- Autoridad familiar y Guarda y custodia del hijo.

Tanto la autoridad familiar como la guardia y custodia del hijo menor, M., será otorgada de forma compartida a ambos progenitores, D. M. M. T. y D^{ña}. I. G.G.

SEGUNDA.- Régimen de convivencia y vacaciones.

Para la efectividad de la custodia compartida que se solicita, se establece la siguiente distribución del tiempo de permanencia de cada progenitor con el hijo menor:

1.- El reparto del tiempo se efectuará por semanas. M. permanecerá con cada progenitor por semanas alternas. El intercambio se realizará los lunes en el centro escolar, donde lo llevará por la mañana el progenitor que lo tenga consigo y lo recogerá a la salida, el que inicie el nuevo periodo semanal.

Si el lunes fuera festivo o no lectivo, el progenitor que corresponda recogerá al menor a las 10´00 horas en el domicilio de aquel con quien hubiere permanecido dicha semana.

2.- Se señala una visita semanal con el progenitor que no lo tenga bajo su cuidado, el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20´30 horas, en que deberá retornarlo al domicilio del progenitor con quien esté conviviendo.

3.- Las vacaciones de verano, teniendo tal consideración las que se fijen conforme al calendario escolar del Gobierno de Aragón, se distribuirán entre ambos progenitores por mitad, disfrutándose por quincenas los periodos de Julio y Agosto, y por periodos completos los días no lectivos de Junio y los días no lectivos de Septiembre (correspondiendo uno de estos periodos de Junio o Septiembre, anualmente, a cada progenitor).

En cuanto a las Vacaciones de Navidad se disfrutarán por mitad, dividiéndolas en dos periodos, el primero desde el día de inicio de vacaciones a la salida del colegio hasta el 30 de diciembre a las 20 horas y, el segundo desde el 30 de diciembre a las 20 horas hasta el día anterior al comienzo del curso, a las 20h.

La madre elegirá los periodos los años pares y el padre los años impares. Las recogidas y entregas se realizarán en el domicilio donde el menor se encuentre.

Vacaciones de Semana Santa y Fiestas del Pilar, serán disfrutadas de forma alternativa y completa por cada uno de los progenitores. Así los años impares el padre disfrutará de la totalidad de la Semana Santa, correspondiendo a la madre el disfrute de las Fiestas del Pilar y los años pares al contrario.

Durante los periodos de vacaciones quedan interrumpidas las visitas semanales.

TERCERA.- Gastos de asistencia del hijo.

D. M. M. ingresará mensualmente la cantidad de 125 euros y Dña. I. G. G. ingresará mensualmente la cantidad de 75 euros en una cuenta abierta a

tal efecto a nombre de padres e hijo y donde se domiciliará el pago del comedor escolar, actividades extraescolares y libros y material de inicio de curso.

Asimismo cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de vestido y manutención del hijo en los periodos que lo tenga bajo su guarda.

Respecto a los gastos extraordinarios, todos los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social (entre ellos el seguro médico privado de ADESLAS) serán abonados al cincuenta por ciento, mediante el ingreso en la cuenta antes referida. En el mismo porcentaje serán abonados todos aquellos gastos extraordinarios que de mutuo acuerdo y de forma fehaciente acuerden ambos progenitores. En caso de desacuerdo el gasto será asumido por quien lo hubiere decidido o en su caso será sometido a la aprobación judicial.

CUARTA.- Atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico.

Se atribuye el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico a la madre hasta el día 31 de Marzo de 2015, momento en que deberá dejarla libre y expedita, para proceder de forma inmediata a su venta a terceros o adjudicación de la misma a cualquiera de los cónyuges.

Los gastos ordinarios de mantenimiento de la misma serán de cargo de la Sra. M., en cuanto a los inherentes a la propiedad (Préstamo Hipotecario, IBI, seguro, derramas extraordinarias) serán abonados por mitad e iguales partes. Respecto al seguro de vida obligatorio concertado como consecuencia del préstamo hipotecario será de cargo exclusivo de su titular.

QUINTA.- Otras Cargas Familiares.

Se abonarán por mitad e iguales partes:

1.-Cada uno de los dos préstamos personales concertados por los cónyuges, uno de ellos en Bantierra y el otro en CAJA 3, y referidos en el hecho séptimo apartados 2 y 3, hasta su total cancelación.

2.-Los gastos inherentes a la propiedad del trastero y plaza de garaje.

Dña. I. G. seguirá utilizando el vehículo marca P., modelo , matrícula 6-D, así como el trastero.

D. M. M. seguirá utilizando el vehículo marca B., modelo , matrícula 1-G, así como la plaza de garaje.

Todo ello, con expresa imposición a la demandada de las costas de este juicio, si se apreciare temeridad y mala fe.”

Por otrosí se solicitó la práctica de prueba.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de esta ciudad, admitida a trámite la demanda, acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para su contestación. Dentro de plazo contestaron el Ministerio Fiscal y la parte demandada, y ésta terminó suplicando que se dicte “Sentencia por la que se decrete el divorcio del matrimonio formado por ambas partes y, asimismo, se decreten como medidas reguladoras del divorcio las acompañadas en el Plan de Relaciones Familiares propuesto por esta parte y que se acompaña con la presente.”

Solicitó por otrosí la práctica de prueba, así como medidas provisionales.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, previos los trámites legales, incluida la práctica de las pruebas propuestas que fueron admitidas, dictó sentencia con fecha 28 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo.- Que estimo la demanda de divorcio interpuesta Procuradora D^a Yolanda Martínez Chamarro en la representación acreditada de D. M. M. T. contra D^a I. G. G. y en su virtud, debo declarar y declaro el divorcio y, por ende, la disolución del matrimonio formado por los cónyuges D. M. M. T. y D^a I. G. G. al existir causa legal para ello, que se regirá por las siguientes medidas:

1) En lo que respecta a la guardia y custodia del hijo menor del matrimonio M. M. G. se establece una custodia compartida de los progenitores D. M. M. T. y D^a I. G. Ésta se desarrollará por semanas, siendo la hora de entrega y recogida del menor el lunes en el centro escolar donde lo llevará por la mañana el progenitor que lo tenga consigo y lo recogerá a la

salida el que inicie el nuevo periodo semanal. Si el lunes fuere festivo o no lectivo el progenitor a quien corresponda recogerá al menor a las 10:00 en el domicilio de aquel con quien hubiere permanecido la semana.

Se señala una visita semanal con el progenitor que no lo tenga bajo su cuidado, los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas en que se retornará al domicilio del progenitor con el que conviva esa semana (de ser festivo el miércoles este régimen se verificará el jueves).

En cuanto a los periodos vacacionales solo se estima necesario fijar un régimen en las de verano y Navidad operando en las restantes el régimen ordinario (durante los mismos se suspenden las visitas semanales).

En cuanto a las vacaciones de verano se dividirán en periodos que comprenderán desde el final del curso escolar hasta el 30 de junio, meses de agosto y julio divididos por quincenas y 1 de septiembre hasta la reanudación del curso escolar. Estos periodos se agruparán en dos grupos: 1) final de junio, segunda quincena de julio y segunda de agosto, 2) primera quincena de julio y de agosto e inicio de septiembre. De estos grupos la madre elegirá uno de los dos (el 1 o el 2) en los años pares y el padre en los impares.

En cuanto a las vacaciones de Navidad se distribuirán en dos partes que cubrirán desde los días 24 desde las 10:00 horas a 31 de diciembre a las 10:00 horas y 31 de diciembre a las 10:00 horas a 6 de enero hasta las 20:00 horas, alternándose los progenitores en ellos cada año de forma que un año sea el padre quien tenga al hijo menor el primer periodo y otro año la madre. En las Navidades que se inicien en año par elegirá el periodo el padre y en las que lo sean en año impar la madre.

En los casos de eventos muy especiales (bodas, bautizos y comuniones de familiares muy próximos –hasta el 4º grado de parentesco del menor) el día del evento el menor podrá pasarlo entre las 10:00 y las 20:00 con el progenitor vinculado con el evento, debiéndose avisar de ello al otro progenitor con al menos quince días de antelación.

2) Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en la C. H. E. nº de Zaragoza y su ajuar a Dª I. G. G., por un periodo que comprenderá hasta el 31.07.2015 debiendo el esposo (si no lo ha hecho) retirar de la misma sus propios enseres y ropas personales. Tras esta fecha se procederá a su venta a terceros o a la adjudicación a alguno de los cónyuges.

Durante ese tiempo la Sra G. deberá asumir los gastos derivados del uso (suministros y derramas ordinarias de la propiedad) mientras que ambos cónyuges deberán asumir por mitad los costes vinculados a la propiedad (IBI, cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios, préstamo hipotecario o seguros del inmueble y de vida vinculados a la hipoteca). A partir del 31.07.2015 y hasta la venta o adjudicación, todos los gastos se asumirán por mitad.

3) Como contribución a los gastos y alimentos del hijo cada progenitor asumirá los de manutención y vestido en el periodo en que lo tenga bajo su guarda.

De cara a los restantes gastos ordinarios, los progenitores ingresarán mensualmente 150 € en una cuenta a nombre de los dos progenitores y del hijo, aportando el Sr M. 100€/mes y la Sra G. 50 €/mes. Con cargo a esta cuenta se abonarán los gastos de comedor escolar, actividades extraescolares, libros y material a principio de curso así como otros gastos ordinarios distintos de la manutención y vestido. La cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC aprobado por el INE, sin necesidad de requerimiento alguno, el 1 de enero de cada año. La suma mensual se ingresará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente común.

En lo que respecta a los gastos extraordinarios necesarios del hijo serán sufragados por los progenitores en un porcentaje de 2/3 el Sr M. y 1/3 la Sra. G. 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.

4) En cuanto a los demás bienes y gastos, los dos préstamos adicionales contraídos por los cónyuges deberán ser abonados por ellos por mitad al igual que todos los gastos derivados de la propiedad de los otros inmuebles de los que son titulares (trastero y plaza de garaje).

En cuanto al uso de los vehículos el Sr M. tendrán el del matrícula y la Sra G. el del Pt matrícula , abonando cada uno de ellos en cuanto al vehículo adjudicado los gastos derivados del uso (suministros, reparaciones y mantenimiento y seguro).

En lo relativo al uso de la plaza de aparcamiento y trastero se asignan al Sr. M. quien deberá asumir los gastos derivados del uso (suministros y derramas ordinarias de la propiedad) mientras que ambos cónyuges deberán asumir por mitad los costes vinculados a la propiedad (IBI, cuotas extraordinarias de la comunidad o préstamo).

5) Se declara la disolución del consorcio conyugal debiéndose proceder a su liquidación.

Todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes.”

Por la representación procesal de D^a. I. G. G. se presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose la representación procesal de D. M. M. T. al recurso, y adhiriéndose parcialmente el Ministerio Fiscal al mismo, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 11 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“FALLAMOS.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **D.^a. I. G. G. y el MINISTERIO FISCAL**, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a. Instancia n^o. 6 de Zaragoza el 28 de Julio de 2014, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, otorgando a la madre la custodia individual del hijo menor del matrimonio, estableciéndose las medidas consignadas en los Fundamentos Jurídicos SEGUNDO y TERCERO de la presente resolución, que se dan aquí por reproducidos, y, todo ello, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.”*

QUINTO.- La Procuradora de los Tribunales Sr. Magro Gay, en nombre y representación de D. M. M. T. , interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de Casación que basó en el siguiente motivo único:

“Por infracción del artículo 76.2 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón en relación con el artículo 39.2 y 4 de la Constitución.”

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 3 de junio pasado la Sala acordó admitir el motivo del recurso de casación, confiriéndose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por 20 días para oposición. Dentro de plazo, presentaron sus escritos, tanto la parte recurrida, que se opuso, como el Ministerio Fiscal, quién consideró “que se debiera estimar el recurso de casación foral, casar la sentencia de la AP Zaragoza 101/2015, 11 marzo, declarando la custodia compartida del hijo menor, M. (hoy de casi 9 años, nacido el 29 de marzo de 2006).”

Por providencia de 27 de julio, se señaló para votación y fallo el día 16 de septiembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 28 de julio de 2014 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio celebrado por los litigantes el día 30 de junio de 2001 y en el que habían tenido un hijo, M. M. G. , nacido el 29 de Mayo de 2006.

Establecidas en la sentencia las medidas reguladoras de los efectos de divorcio, la madre presentó recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza por la sentencia objeto del presente recurso de casación, dictada el día 11 de Marzo de 2015, que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y, entre otros pronunciamientos que no son de relevancia a efectos de este recurso, denegó la procedencia de establecer el régimen de custodia compartida y acordó que el hijo menor quedaría bajo custodia de la madre, con establecimiento de régimen de visitas a favor del padre.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por el padre el presente recurso de casación. El único motivo del

recurso de casación puede dividirse, a efectos de su tratamiento en esta sentencia, en dos partes claramente diferenciadas: en la primera de ellas (folios 6 a 13), el escrito de recurso funda la impugnación en la consideración de la parte recurrente de que la resolución impugnada ha incurrido en la infracción de los artículos 76.2 y 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), al no exponer la existencia de los factores legalmente previstos para valorar la posibilidad de excluir el régimen preferente de custodia compartida previsto en la norma aragonesa. La segunda parte del único motivo de recurso (folios 13 a 35) expone las conclusiones que, a juicio del recurrente, deberían extraerse de la prueba practicada respecto de los factores legales a considerar.

TERCERO.- En concreto, en el primer apartado de su impugnación, el recurrente señala que la sentencia recurrida no recoge de modo expreso referencia a los factores indicados como de necesaria ponderación conforme al artículo 80 del CDFA, ni cuáles son los mismos en el caso de autos, ni la valoración que de ellos se hace, afirmando, incluso, que resulta ayuna la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida sobre la imprescindible mención a los parámetros legales establecidos sobre los que debe pivotar la conveniencia del establecimiento o no de una custodia compartida.

Los factores de referencia son los indicados en el apartado 2 del apartado 80 del CDFA, que literalmente recoge:

“2. 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 que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos-
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”

Pues bien, la lectura de la sentencia recurrida evidencia que en tal resolución sí han sido sopesados los parámetros legales que en el caso de autos se han presentado como relevantes de entre los citados en el apartado 2 antes expuesto. Así, se observa, primero, que la sentencia valora que no ha sido presentado por el ahora recurrente un plan detallado de la organización precisa para solventar los horarios escolares y de ocio del niño. Junto a ello, la sentencia recoge el estudio de factores tales como la edad del hijo menor, el arraigo social y apoyo familiar de uno y otro de los progenitores, la posibilidad de conciliación de la vida laboral y personal y familiar de cada uno de ellos y, en fin, otras circunstancias de indudable relevancia, tales como la adaptación del menor a la nueva situación o la posibilidad previsible de acomodo del padre al sistema de custodia compartida.

Junto a la consideración de los factores indicados, la resolución recoge también la valoración correspondiente del informe psicosocial obrante en las actuaciones y, dentro de él, especialmente, lo referente a la implicación del padre en la toma de decisiones respecto del hijo menor.

En definitiva, por tanto, no cabe aceptar las afirmaciones contenidas en el recurso sobre falta de toma en consideración en la sentencia impugnada de las distintas circunstancias concurrentes en el caso que debían servir de base para excluir la custodia compartida, según la prevención legal del antes citado artículo 80.2. Por el contrario, consta que los factores a considerar han sido tratados en el marco de la apreciación probatoria que corresponde a los tribunales de instancia.

CUARTO.- La segunda parte del único motivo de recurso de casación tiene como presupuesto la previa afirmación, rechazable por lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, de que la sentencia impugnada no había valorado los factores legalmente previstos para acordar la posible

implantación de la custodia individual. Dado que el presupuesto previo de esta razón de impugnación no ha sido admitido, irremisiblemente resulta también rechazable la segunda parte de la impugnación.

Sobre ello cabe, además, añadir que esta segunda parte de la impugnación pretende que esta Sala de Casación realice una nueva valoración de la prueba practicada, ya que el recurso de casación incluye casi literalmente los folios 15 a 35 del escrito de oposición al recurso de apelación que en su momento presentó la parte ahora recurrente, dirigidos a desgranar los resultados que, según la subjetiva interpretación del impugnante, debían derivarse de las pruebas practicadas. Esta repetición de pretensiones probatorias ante este Tribunal de lo interesado respecto de prueba ante la Sala de instancia no puede ser objeto de pronunciamiento, por exceder del objeto legalmente previsto para el recurso de casación por el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no lo configura como una tercera instancia, como reiteradamente recuerda la Sala 1ª del Tribunal Supremo (por ejemplo, en sentencia de 16 de julio de 2015).

QUINTO.- Desestimando el recurso de casación, conforme al citado artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas corresponde efectuarlo al recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, corresponde ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso y de casación interpuesto por la representación procesal de D. M. M.

T. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 11 de marzo de 2015.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación.

Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

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

Líbrese 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.