

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación nº 32/ 2015

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

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspás /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a nueve 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 32/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 29 de abril de 2015, recaída en el rollo de apelación número 589/2014, dimanante de autos de medidas paterno-filiares núm. 44/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. David S. D. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Yolanda Martínez Chamarro y dirigido por la Letrada D^a. Eva M^a Parra Ruiz, frente a D^a. Verónica L. L.

representada por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Farlete Borao y dirigida por el Letrado D. Daniel Alejandro Gardner Gonzalo, 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. Maria Pilar Bonet Perdigones, actuando en nombre y representación de D^a. Verónica L. L., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, demanda de solicitud de medidas paterno filiales, alimentos y régimen de visitas frente a D. David S. D. 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 acuerden como MEDIDAS DEFINITIVAS las siguientes:

a) La GUARDA y CUSTODIA se atribuye a la madre, siendo la PATRIA POTESTAD compartida.

b) PENSIÓN DE ALIMENTOS: El padre abonará en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijo la cantidad de 300 € mensuales, en los primeros cinco días de cada mes y con la actualización anual correspondiente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C.

Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad e iguales partes todos los gastos extraordinarios del niño, que tengan origen médico y personal, y que tengan carácter urgente o necesario, siempre que no se encuentren incluidos en los servicios prestados por la Seguridad Social u otros organismos semejantes; entendiéndose como gastos extraordinarios la adquisición de elementos ópticos, acústicos, ortopédicos, ortodoncias....

Cualquier otro gasto extraordinario que tenga el carácter de optativo o voluntario, será preciso por ambos comparecientes muestren su conformidad con respecto al mismo, en cuyo supuesto la participación será la establecida anteriormente, salvo pacto en contrario. Si alguno no prestara su

conformidad y la actividad se desarrollara, el costo será a cargo de quien ordenara la misma.

c) REGIMEN DE VISITAS:

Hasta que el hijo cumpla tres años de edad, el padre podrá estar en compañía de su hijo los sábados y domingos de fines de semana alternos desde las 11.00 horas hasta las 19.30 horas.

Asimismo el padre podrá estar con su hijo 2 tardes a la semana, concretamente los martes y los jueves desde las 17.00 hasta las 19.30 horas.

A partir de que el hijo cumpla tres años de edad, el padre podrá estar en compañía de su hijo fines de semana alternos desde el viernes a las 20:30 horas hasta las 20:30 horas del domingo.

Asimismo el padre podrá estar con su hijo dos días entre semana (martes y jueves) cuando no tenga visitas el fin de semana en horario desde las 17.00 horas o salida del centro escolar hasta las 20.30 horas.

En cuanto a los puentes festivos que supongan prolongación del fin de semana, se unirán a este.

El día del cumpleaños del hijo, independientemente del progenitor que lo tenga consigo, el otro tendrá derecho a estar con el menor desde las 17.00 horas hasta las 19.30 horas.

Ambos progenitores podrán permanecer con el hijo el día de sus respectivos cumpleaños, así como el día del padre y el día de la madre, en el horario comprendido entre las 11.30 horas y las 20.30 horas, bien entendido que se refiere a aquellos casos en que el cumpleaños de los progenitores sea festivo; en el supuesto de que fuera entre semana podrán estar con su hijo desde las 17.00 horas hasta las 19.30 horas.

La recogida y reintegro del menor durante el régimen de visitas se realizará en el domicilio materno.

Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano se dividirán en la mitad e iguales partes, eligiendo la madre los años pares y el padre los años impares.

En cuanto al día de Reyes, el menor pasará la tarde con el progenitor que no le corresponda el segundo periodo de vacaciones, desde las 17.00 hasta las 20.30 horas, debiendo recoger y reintegrar al hijo al domicilio del progenitor que tenga asignado dicho periodo.

Al quedar interrumpido el régimen de visitas durante los periodos vacacionales, se establece que el fin de semana inmediatamente posterior a un periodo vacacional corresponderá al progenitor que no haya disfrutado del fin de semana anterior al mencionado periodo vacacional.

En cuanto a las comunicaciones telefónicas se pacta por ambos progenitores que el progenitor que en cada momento no tenga a su hijo en su compañía podrá comunicarse en él una vez al día telefónicamente o por cualquier medio telemático como vía de comunicación propia y normal de las relaciones entre progenitor no custodio e hijo menor.”

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 última, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinente, terminó suplicando que se dicte “Sentencia por la que con desestimación íntegra de la pretensión de la actora acuerde como régimen el de guardia y custodia compartida conforme se especifica en el cuerpo de nuestro escrito de contestación a la demanda, y en consecuencia no se fije concepto alguno como pensión de alimentos:

A.- El menor permanecerá con cada uno de sus padres periodos quincenales alternos, las recogidas del niño se realizarán a las 20:00 horas de cada domingo en cada uno de los domicilios, debiendo acudir a recoger al niño el progenitor que no lo tenga bajo su guardia y custodia ese periodo quincenal.

Así mismo Aarón estará con el progenitor que no tenga la guardia y custodia ese periodo quincenal el fin de semana correspondiente a la primera semana del periodo quincenal desde la salida del colegio o desde las 17:00 horas del viernes, hasta las 20:00 horas del domingo, y los jueves de cada semana desde la salida del colegio o desde las 17:00 horas, hasta las 20:00 horas, debiendo acudir el progenitor que no tenga bajo su guardia y custodia esa semana al niño a cada uno de los domicilios.

Si el fin de semana coincide con algún puente o festivo, el régimen de visitas y de custodia, se extenderá a todos los días comprendidos en el mismo.

Regulándose los siguientes periodos vacacionales:

1.- VACACIONES DE VERANO: Se dividirán en dos periodos de idéntica y similar duración y Noelia pasará con el padre la mitad y con la madre la otra mitad de dicho periodo.

A) Del 1 al 15 de Julio y del 1 al 16 de Agosto.

B) Del 16 al 31 de Julio y del 17 al 31 de Agosto.

2.- VACACIONES DE NAVIDAD: Aarón permanecerá cada año los días señalados con cada uno de sus padres.

A) Noche Buena y Navidad.

B) Noche Vieja, Año Nuevo y día de Reyes.

3.- VACACIONES DE SEMANA SANTA, Aarón permanecerá cada año con uno de los padres, comprendiendo este periodo única y exclusivamente de jueves santo a domingo santo.

En todos los periodos señalados los años pares elegirá el padre y los impares la madre.

Durante las vacaciones quedará interrumpido el régimen de visitas.

B.- Cada uno de los padres contribuirá al 50% en la alimentación de Aarón y gastos necesarios para su mantenimiento y educación, así como en los gastos extraordinarios.”

Solicitó por otrosí la práctica de prueba pericial.

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 9 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo.- “Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Bonet Perdígones, en nombre y representación de DÑA. VERÓNICA L. L. , frente a D. DAVID S. D., representado por la Procuradora Sra. Martínez Chamarro, DEBO ACORDAR Y ACUERDO las siguientes medidas relativas a la guarda y custodia y alimentos del hijo menor de edad común de ambos Aarón S. L. :

1º/La guarda y custodia del hijo menor Aarón se atribuye a la madre Dña. Verónica L. L. con autoridad familiar compartida con el padre D. David S. D. quien deberá ser consultado en todas las cuestiones de especial relevancia

que afecten a la vida, salud y educación del menor, estableciéndose a favor de este el siguiente régimen de visitas:

-Fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta la entrada en clase el lunes por la mañana. En periodos no lectivos de junio y septiembre la visita se llevará a cabo desde el viernes a las 18'00h hasta el lunes a las 10'00 h. con entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza nº 1 (PEFZ-1).

A los fines de semana se unirán los puentes.

-Una tarde entre semana que será:

a) La semana siguiente al fin de semana que el padre haya tenido consigo al menor, los jueves desde la salida del colegio donde lo recogerá, hasta la entrada del colegio al día siguiente viernes. En periodos no lectivos de junio y septiembre la visita se llevará a cabo desde el jueves a las 18'00 h hasta el viernes a las 10'00 h. con entregas y recogidas en el PEFZ-1.

b) La semana siguiente al fin de semana que el padre no haya tenido consigo al menor, los martes desde la salida del colegio donde lo recogerá, hasta las 20'00 h con devolución en el PEFZ-1. En periodos no lectivos de junio y septiembre la visita se llevará a cabo los martes desde las 17'30 h hasta las 20'00 h. con entregas y recogidas en el PEFZ-1.

-Las vacaciones escolares de Semana Santa que comprenderán desde las 10'00 h del primer día festivo escolar hasta las 20'00 h del día anterior al de reinicio de las clases, se dividirán en dos periodos de igual duración en la medida de lo posible, teniendo lugar el cambio a las 20'00 h del día intermedio, eligiendo el padre periodo los años pares y la madre impares notificándolo al menos con 1 mes de antelación al inicio de las vacaciones escolares, bajo sanción de pérdida del derecho de opción en otro caso. En concreto para el año 2015 el día intermedio será el día 1 de abril.

**Quincenas alternas durante las vacaciones escolares de verano en los meses de julio y agosto, eligiendo el padre periodo los años pares y la madre*

impares notificándolo al menos con 1 mes de antelación al inicio de las vacaciones escolares, bajo sanción de pérdida del derecho de opción en otro caso. La distribución de quincenas será la siguiente:

- Desde las 10'00 h del día 1 de julio hasta las 19'30 h del 16 de julio.*
- Desde el 16 de julio a las 19'30 h hasta las 19'30 h del 31 de julio.*
- Desde el 31 de julio a las 19'30 h hasta las 19'30h del 15 de agosto.*
- Desde el 15 de agosto a las 19'30 h hasta las 19'30 h del 31 de agosto.*

**Mitad de las vacaciones escolares de Navidad eligiendo periodos el padre los años pares y la madre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones con un mes de antelación al inicio de las vacaciones escolares, con pérdida de derecho de elección en caso contrario. Las vacaciones escolares comprenderán desde las 10'00 h del primer día festivo escolar hasta las 20'00 h del día anterior al de reinicio de las clases. Los periodos serán: 1.-Desde las 10'00 h del primer día no lectivo hasta las 20'00 h del día 30 de diciembre, y 2.-desde las 20'00 h. del día 30 de diciembre hasta las 20'00 h del días anterior al de reinicio de las clases.*

**Las fiestas escolares de Ntra. Sra del Pilar y el conocido como Puente de la Inmaculada y Constitución se disfrutarán cada uno íntegramente por un progenitor, eligiendo el padre los años impares y la madre los años pares.*

Los periodos de vacaciones interrumpirán el régimen de visitas de fines de semana e intersemanales, reanudándose las primeras siguiendo la alternancia anterior al inicio de las vacaciones, disfrutando tras las mismas, por tanto, el primer fin de semana quien no haya disfrutado el último al inicio de las mismas.

Cuando las entregas y recogidas no tengan lugar en el colegio, se llevarán a cabo en el P. c/B. A., nº 6, 1ª planta. T. , debiendo ambos progenitores contactar con el Equipo Técnico del mismo en las 48 horas siguientes a la notificación de la presente resolución al objeto de practicar las oportunas entrevistas.

2ª) D. David S. D. abonará mensualmente en concepto de alimentos para el hijo común Aarón, en los cinco primeros días de cada mes y en la cta. cte. que la Sra. L. designe, la suma de 300 €, cantidad actualizable el 1 de enero de cada año conforme a las variaciones del IPC que establezca el INE u organismo que, en su caso le sustituya.

Además, el Sr. S. D. 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, 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.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.”

Por la representación procesal de D. David S. D. 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, impugnándolo la representación procesal de D. Verónica L. L. , y que solicitó la desestimación del recurso el Ministerio Fiscal, 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 29 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **DON DAVID S. D.** contra **DOÑA VERÓNICA L. L.** y la Sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 9 octubre 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer expresa declaración sobre las costas del recurso.”*

QUINTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Chamarro, en nombre y representación de D. David S. D., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación que basó en la infracción del artículo 80.2 y 4 del Código del Derecho Foral de Aragón.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por D^a. Verónica L. L., el Procurador de los Tribunales D. Jorge Farlete Borao, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver.

Por auto de 26 de junio pasado la Sala acordó admitir el 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, que consideró “que se debiera estimar el recurso de casación foral, casar la sentencia de la AP de Zaragoza 200/2015, 29 abril, declarando la custodia compartida del hijo menor, Aarón (hoy de casi 4 años, nacido el 25 de septiembre 2011) por periodos de 15 días.”

Por providencia de 4 de septiembre pasado, se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Presentada demanda de divorcio por la parte ahora recurrida, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 9 de octubre de 2014, en la que, entre otros acuerdos que no son ahora de relevancia, estimó la petición de la parte actora de que fuera la custodia individual a cargo de la madre la que rigiera las relaciones paterno filiales de los litigantes respecto de su hijo menor, Aarón, nacido el día 25 de septiembre de 2011.

El padre, y demandado, apeló la decisión tomada por el Juzgado e interesó ante la Audiencia Provincial la revocación de la sentencia dictada, especialmente respecto del régimen de custodia establecido, pues solicitó que se estableciera el sistema de custodia compartida por parte de ambos progenitores, con alternancia por periodos quincenales.

La sentencia de la Audiencia Provincial dictada el día 29 de abril de 2015, y ahora recurrida en vía casacional, desestimó el recurso de apelación presentado, y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado, de modo que el régimen de custodia ordenado es el de la custodia individual atribuida a la madre.

SEGUNDO.- En el recurso de casación presentado son dos, formalmente, los motivos por los que la parte indica que es interpuesto el recurso pero, comprobado el contenido de ambas razones de impugnación, se observa que el segundo de los motivos se dirige únicamente a la exposición parcial del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2013 para fundamentar lo recogido a lo largo del primer motivo de recurso. En consecuencia con tal contenido real de los que se exteriorizan como dos motivos de recurso, el estudio de la cuestión se hará mediante el tratamiento conjunto de lo que en uno y otro alega el recurrente.

TERCERO.- En lo expuesto en la impugnación basada en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), la parte demandada y ahora recurrente hace constante referencia de los hechos y circunstancias que conforman la realidad del presente caso. Así, con reproducción parcial de lo ya indicado en su escrito de interposición del recurso de apelación, contiene cita de datos referentes al apoyo familiar con que cuenta, a la posibilidad que tiene de compatibilizar su trabajo con la atención del niño, o a su deseo de estar más con el menor. En lo que respecta a la madre del niño, y demandante ahora recurrida, resalta la conducta que ha observado y tiene respecto de la crianza del niño o su falta de respeto al régimen de visitas, su desocupación laboral, o su falta de apoyo familiar. En

lo que afecta al niño, cita especialmente las consideraciones que recoge el informe psicosocial verificado en la instancia.

Con lo anterior, tras cita de la Jurisprudencia que considera avala sus pretensiones, el recurrente concluye, a modo de resumen de la razón esencial de su recurso, que “De todo lo expuesto no consta acreditado que la custodia individual sea la más beneficiosa (...)”.

CUARTO.- Como se deduce de lo recogido antes, la esencia del recurso no se sustenta realmente en la posible infracción de norma sustantiva en que la sentencia haya podido incurrir. En concreto, no se articula razonamiento alguno del que pudiera llegar a concluirse que la resolución impugnada pudiera haber omitido la observancia de las prevenciones contenidas en el artículo 80.2. CDFA. Por el contrario, según se colige ya del propio recurso formulado, los distintos hechos que el escrito de impugnación recoge sí han sido valorados en la sentencia recurrida. Y, efectivamente, la resolución dictada por la Audiencia Provincial pondera todos los datos expuestos por el recurrente, pues valora la actitud y aptitud de uno y otro de los progenitores, estudia y analiza el resultado del informe psicosocial psicológico practicado, tiene en cuenta la edad y situación actual del niño, sopesa el apoyo de la familia extensa de ambos litigantes y, en fin, deduce cuál es el verdadero interés y real actitud del apelante respecto de que sea fijada o no la custodia compartida.

Al concluirse, por tanto, que la sentencia impugnada ponderó los factores que ordena tener en cuenta el artículo 80.2 CDFA al valorar la posible fijación de la custodia individual, no cabe entender que pueda haber infracción de tal norma.

Lo que se deduce de lo expuesto en el recurso es que con lo que el impugnante muestra su desacuerdo es con el resultado al que la sentencia recurrida ha llegado tras el estudio de la prueba practicada respecto de cada una de las circunstancias concurrentes en el caso y de la relevancia que cada una de ellas deba merecer al resolver sobre la custodia. A este respecto

parece oportuno recordar, como hace la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015, que el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, lo que impide revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida.

QUINTO.- Excluida la posible infracción del artículo 80.2 CDFA y afirmándose, en cambio, la inobservancia por el recurrente del alcance y contenido que al recurso de casación otorga el número 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede desestimar el recurso de casación presentado, lo que conlleva la imposición al recurrente de las costas causadas, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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. David S. D. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 29 de abril 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.