ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA CIVIL Y PENAL

ZARAGOZA

Recurso de Casación e Infracción Procesal número 24/2017

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

Excmo. Sr. Presidente	**/**
D. Manuel Bellido Aspas	**/**
Ilmos. Sres. Magistrados	**/**
D. Fernando Zubiri de Salinas	**/**
D. Javier Seoane Prado	**/**
D. Luís Ignacio Pastor Eixarch	**/**
D. Ignacio Martínez Lasierra	**/**

En Zaragoza, a veintidós de septiembre de dos mil diecisiete.

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 e infracción procesal número 24/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 28 de marzo de 2017, recaída en el rollo de apelación número 699/2016, dimanante de autos de divorcio núm. 1004/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. J. I. C. D., representado

por la Procuradora de los Tribunales Dª. Isabel Artazos Herce y dirigido por la Letrada Dª. Mª Concepción Guelbenzu Lapresta, frente Dª. R. V. A., representada por la procuradora Dª. Pilar Baigorri Cornago y dirigida por la Letrada Dª Mª Pilar Español Bardají, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, la Procuradora de los Tribunales Dña. Isabel Artazos Herce, actuando en nombre y representación de D. J. I. C. D., presentó demanda de divorcio contra Dª. R. M. V. A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que:

"1º.- **Se declare disuelto por causa de divorcio el matrimonio de D. J. I. C. D. y Dª. R. M. V. A.,** con todos los efectos inherentes a dicho pronunciamiento.

2º.- Se acuerde el siguiente **PLAN DE RELACIONES FAMILIARES,** que se propone a tenor del artículo 77 del Código de Derecho Foral de Aragón:

1) El hijo común, J. I. C. V. quedará bajo **la custodia compartida de ambos progenitores**. La autoridad familiar se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores.

2) Periodos de semanas alternas con cada progenitor. 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 17:00 horas en el domicilio de aquel con quien hubiere permanecido dicha semana. Se excluyen las vacaciones de Navidad, de verano y de Semana Santa.

3) En cuanto a las **visitas**, regirá en primer lugar el acuerdo que alcancen los progenitores y en su defecto:

.-Una tarde entre semana, que a falta de acuerdo de los padres, será los jueves, desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas.

.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero abarca desde el día de las vacaciones escolares hasta las 20,30 horas del día 30 de diciembre; y el segundo, hasta las 20,30 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estarán con la madre en el primer período; y con el padre en el segundo. En los años impares, a la inversa.

Además, dado que la Nochebuena y la Navidad se encuadran en el mismo periodo y con el fin de que ambos padres puedan disfrutar de días tan señalados en compañía de su hijo, se establece que independientemente de los periodos que correspondan a cada progenitor, el día de Nochebuena el menor permanecerá con el padre desde la 20 horas del día 24 de diciembre hasta las 11 horas del día 25 de diciembre y el día de Navidad, el menor permanecerá con la madre desde las 11 horas hasta las 20,30 horas en los años pares y a la inversa en los impares.

.-Las vacaciones de verano se considerarán únicamente los meses de julio y Agosto y se disfrutarán en quincenas alternas. Se dividirán en los siguientes periodos: 10 de la mañana del día 1 de julio a 20 horas del día 15 de julio; 20 horas del día 15 de julio a 20 horas del día 31 de julio; 20 horas del día 31 de julio a 20 horas del día 15 de agosto, 20 horas del día 15 de agosto a 20 horas del día 31 de agosto. Los días vacacionales de junio y septiembre se unirán a la quincena más cercana a los mismos. En años pares elegirá el padre y en años impares elegirá la madre. La elección se llevará a cabo antes del día 1 de mayo.

.- Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre y la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

Las entregas del menor, con excepción de las que coincidan con la finalización del horario escolar, se efectuarán en el domicilio del progenitor custodio.

Todos los periodos vacacionales descritos interrumpirán la alternancia de los periodos de custodia. Finalizados cualquiera de estos periodos vacacionales, la custodia corresponderá al progenitor que no disfrutó de los días previos a las vacaciones.

4) **Se atribuye a D. J. I. C. D. el uso y disfrute de la vivienda familiar** sita en la Calle ....., junto el mobiliario y el ajuar doméstico de la misma, sin perjuicio de que Dª R. V. retire los muebles y enseres que sean de su propiedad.

5) Respecto a los **gastos de asistencia de los hijos:**

1.- Cada progenitor se hará cargo de la manutención integral de los hijos (vivienda, alimentación y ropa y calzado) en los periodos en que éstos vivan con cada uno de ellos.

2.- Respecto a los gastos ordinarios fijos mensuales, que comprenden actualmente comedor, actividad de 6ª hora y cuota del APA del colegio, seguro privado, libros, equitación deportiva del colegio y material escolar serán sufragados por ambos progenitores al 50% cada uno de ellos, o subsidiariamente en los porcentajes que correspondan en proporción a los recursos económicos de cada uno de los progenitores, que se acrediten en el presente procedimiento. Dichos gastos fijos, se domiciliarán en una cuenta que se abrirá al efecto por ambos progenitores, en la que cada uno de ellos deberá ingresar los primeros cinco días de cada mes las cantidades correspondientes a los porcentajes precitados para cubrir la totalidad de los mismos y que en la actualidad ascienden aproximadamente a 240 euros mensuales. Las cantidades que deben satisfacer ambos progenitores se

incrementarán en la misma media en que se incrementen los gastos totales, manteniéndose siempre los mismos porcentajes de contribución.

3.- Respecto a los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por ambos progenitores al 50% cada uno de ellos, o subsidiariamente en los porcentajes que correspondan en proporción a los recursos económicos de cada uno de los progenitores, que se acrediten en el presente procedimiento. 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."

Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en autos en tiempo y forma, lo que hicieron dentro de plazo, oponiéndose la parte recurrida al presentado de contrario, en base a los hechos y fundamento que expresó en ella, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia acordando el divorcio, con los siguientes efectos y "MEDIDAS DEFINITIVAS:

A) Que la **guarda y custodia** del hijo, debe ser otorgado a la madre, doña R. M. V. A., siendo la autoridad familiar compartida entre ambos progenitores, debiendo ser consultado el Sr. C. en todas aquellas decisiones de especial trascendencia en la vida del menor.

Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por los progenitores, el Art. 77 del CDFA, señala que éstos han de actuar según lo que lícitamente hayan pactado en documento público, y en defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. En los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo

fin. Es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero del hijo menor de edad, para las decisiones de adoctrinamiento del hijo menor en una confesión religiosa o similar, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio del hijo menor de edad y posterior traslado, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entiende prestado éste tácitamente, si en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquel, no lo rechaza. En caso de discrepancia, será necesaria la previa autorización judicial para poder llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a su hijo, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de su hijo ya que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

B).- Que el **uso del domicilio conyugal**, sito en ....., sea atribuido a doña R. M. V. A. por el plazo de TRES AÑOS, debiendo asumir todos los gastos que afectan al uso, y siendo a cargo del Sr. C. los gastos que afectan a la propiedad del inmueble (IBI, derramas extras e hipoteca).

C).- Que se fije un **régimen de visitas** para que el padre pueda estar en compañía de su hijo consistente en:

-Fines de semana alternos desde el viernes a las salida del colegio hasta el domingo a las 20,30 horas.

-El miércoles, la semana que el corresponde al padre el derecho de visita de fin de semana, desde la salida del colegio, o actividad extraescolar hasta las 20,30 horas.

-El martes y jueves, la semana que no corresponde al padre el derecho de visita de fin de semana, desde la salida del colegio, o actividad extraescolar hasta las 20,30 horas.

D).-Periodos de vacaciones.-

Conforme íntegramente con la petición articulada en el escrito de demanda en relación al reparto de las vacaciones de Navidad, verano y Semana Santa.

E).-Gastos de asistencia y pensión de alimentos.- En concepto de pensión de alimentos Don J. I. C. abonará directamente, como ha hecho hasta la fecha todos los gastos de educación del menor en el más amplio sentido: cuota escolar, APA, comedor, actividad deportiva, la 6ª horas, tenis, ropa de colegio y equitación, material escolar, libros, seguro médico, viaje de colegio y todas las actividades ordinarias y extraordinarias relacionadas con su actividad académica.

Los gastos extraordinarios necesarios del hijo serán sufragados por el Sr. Cabrera relativo a los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, así como la póliza de seguro privado, y medicación no cubierta por el sistema público de salud.

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.

F).- Que el **uso del inmueble que tienen en copropiedad** sea otorgado por meses alternos entre los litigantes. Mi mandante disfrutará los meses pares y el demandante los meses impares, debiendo asumir los gastos de uso al 50%."

Por otrosí formuló demanda reconvencional en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se decretara como otro efecto del divorcio la siguiente medida:

"Que, como **pensión compensatoria**, don J. I. C. D. abone a su esposa el importe anual de DOCE MIL EUROS (12.000 EUROS), abonados en cuotas mensuales de MIL EUROS (1000 EUROS), abonada por anticipado durante los cinco primeros días de cada mes y se revalorizará al alza cada 1 de enero conforme al aumento del Índice de precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo que pudiera en su día sustituirle. Dicha pensión se abonará durante el periodo de CINCO AÑOS."

Solicitó además la práctica de prueba anticipada.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza, por Decreto de fecha 14 de enero de 2016, tuvo por contestada la demanda y por formulada demanda reconvencional, de la que se dio traslado a las demás partes.

El Ministerio Fiscal contestó a demanda no negando ni admitiendo los hechos de la misma, debiendo estarse al resultado de la prueba a practicar.

Por su parte, el recurrente, se opuso a la misma, interesando su desestimación.

Convocadas las partes y el Ministerio Fiscal a la celebración de la preceptiva comparecencia, la misma tuvo lugar con la presencia de ambas y del Ministerio Fiscal, quienes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda, contestación y reconvención, concretando la demandada sus pretensiones solicitando el recibimiento del pleito a prueba, lo que se acordó, y practicada la prueba propuesta que fue admitida, el Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Zaragoza dictó sentencia de fecha 18 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Artazos Herce, en nombre y representación de D. J. I. C. D. y desestimando la demanda reconvencional interpuesta por la Procuradora Sra. Baigorri Cornago en nombre y representación de DÑA. R. Mª V. A. ***DEBO DECLARAR Y DECLARO*** *disuelto por razón de divorcio el matrimonio hasta la fecha existente entre los expresados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y acordando como efectos del mismo:*

1º) *Los cónyuges podrán vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiera otorgado al otro, revocación que se entiende definitiva. Salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.*

2º) *La guarda y custodia del hijo menor J. I. y la autoridad familiar sobre el mismo se atribuyen con carácter compartido a ambos progenitores, ejerciéndose la primera por semanas alternas de lunes a lunes, de manera tal que el progenitor que inicie la semana de custodia recogerá al menor a la salida del colegio, o en su defecto de no ser lectivo a las 17'00 h en el domicilio del progenitor custodio en ese momento, hasta el lunes siguiente a la entrada del colegio por la mañana donde lo acompañará, o de no ser lectivo hasta las 9'00 h en que lo acompañará al domicilio del progenitor que inicie la semanas de custodia,* ***iniciándose la alternancia el 23 de mayo por la Sra. V. A..***

Ambos progenitores permitirán y facilitarán que el menor pueda disfrutar de fechas y eventos de especial significación que afecten a cada uno de sus progenitores o sus familias extensas, tales como, a modo de ejemplo, cumpleaños, bodas, bautizos, comuniones, aniversarios de boda, días del padre o de la madre, o cualquier otro tipo de celebraciones similares. La participación del menor en dichas fechas y eventos de especial significación se permitirá y facilitará por ambos progenitores con total independencia de a cuál de ellos corresponda la custodia ese día. Cuando sea el progenitor no custodio al que le afecte la fecha o evento de especial significación deberá comunicarlo

al progenitor custodio con al menos 48 horas de antelación, desarrollándose la estancia desde la 10'00 h hasta las 20'00 h en días no lectivos y desde la salida del centro escolar hasta las 20'30 h en días lectivos.

La semana que no le corresponda a la Sra. V. la custodia del menor, podrá tenerlo consigo los martes y jueves, desde la salida del colegio, o en su defecto desde las 17'00 h en periodos no lectivos con recogida en el domicilio del progenitor custodio en ese momento, hasta las 20'30 h.

La semana que no le corresponda al Sr. C. la custodia del menor, podrá tenerlo consigo los miércoles desde la salida del colegio, o en su defecto a las 17'00 h en periodos no lectivos con recogida en el domicilio del progenitor custodio en ese momento, hasta las 20'30 h y los viernes desde la salida del colegio, o en su defecto a las 17'00 h en periodos no lectivos con recogida en el *domicilio del progenitor custodio en ese momento, hasta la finalización de la actividad extraescolar de tenis, o en defecto de esta hasta las 19'00 h.*

Respecto de los periodos vacacionales, se establece:

**Las vacaciones de verano se dividirán de la siguiente forma:*
- Desde las 20'00 h. del día 30 de junio hasta las 20'00 h del 15 de julio
- Desde el 15 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 31 de julio
- Desde el 31 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 16 de agosto
- Desde el 16 de agosto a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 31 de agosto

Elegirá periodos la madre en los años pares y acabados en 0 y al padre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones antes del 1 de junio con pérdida de derecho de elección en caso contrario.

**En las Navidades se establecen los siguientes periodos: 1º/ Desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12'00 h del día 31 de diciembre, y 2º/ Desde las 12'00 h del día 31 de diciembre hasta las 20'00 h del último día festivo.*

Elegirá periodos la madre los años pares y acabados en 0 y el padre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones antes del 1 de diciembre con pérdida del derecho de elección en caso contrario.

El día 6 de enero, el progenitor al que no corresponda el segundo periodo de vacaciones podrá tener al menor consigo desde las 17'00 h hasta las 20'00 h.

**Las vacaciones escolares de Semana Santa que comprenderán desde la salida del colegio el último día lectivo 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 12'00 h del día intermedio, eligiendo periodos la madre los años pares y acabados en 0 y el padre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones con un mes de antelación del inicio de las vacaciones escolares con pérdida del derecho de elección en caso contrario.*

Las entregas y recogidas del menor en estos periodos de vacaciones las realizará el progenitor que no lo tenga en ese momento en su compañía e inicio periodo vacacional en el domicilio del progenitor que lo tenga en su compañía y finalice su periodo vacacional.

Durante los periodos de vacaciones se suspende el régimen de visitas intersemanal y la alternancia de los periodos de custodia. Finalizadas, la semana natural siguiente, completa o incompleta, corresponderá al progenitor que no disfrutó de los días previos a las vacaciones.

***3º)** Se atribuye a la Sra. V. el uso y disfrute del domicilio y ajuar familiares sitos en c/…., hasta el 30 de abril de 2017 en que deberá desalojar la misma y dejarla libre, vacua y expedita a disposición del Sr. C., con apercibimiento de lanzamiento en caso de no verificarlo.*

Todos los gastos derivados del uso de la vivienda tales como suministros y cuotas de comunidad serán abonados por la Sra. V..

Los gastos dimanantes de la propiedad de la vivienda tales como IBI, seguro del hogar o amortización de hipoteca, derramas, etc… se abonarán por el Sr. C. D..

Respecto de la segunda residencia sita en ……., cada progenitor hará uso de la misma por meses alternos, correspondiendo a la Sra. V. los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre y noviembre y al Sr. C. los de febrero, abril, junio, agosto, octubre y diciembre. Los gastos de suministros se abonarán cada mes por quien haya hecho uso de la misma y los restantes de comunidad, IBI, seguro y cuotas de amortización del préstamo hipotecario se abonarán al 50%.

4º) *Cada progenitor asumirán durante la semana que tiene consigo al hijo sus gastos ordinarios (alimentación, vivienda, ropa, calzado, etc..).*

Para los restantes gastos ordinarios tales como colegio, comedor escolar, libros de texto, uniforme y ropa deportiva escolar en su caso, material escolar de inicio del curso, actividades extraescolares consensuadas, excursiones escolares o salidas de corta duración, clases de apoyo recomendadas por el tutor o profesor y necesarias, etc…), ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta o libreta bancaria a nombre de los dos y del menor en la que domiciliar tales gastos, y en la que en los cinco primeros días del mes de junio de 2016 el Sr. C. ingresará la suma de 175 € y la Sra. V. la de 125 €, hallándose las citadas sumas sujetas a las variaciones que al alza experimente el 1 de enero de cada año el Índice de Precios al Consumo que anualmente haga público el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Para el supuesto de que en algún momento el saldo de la cuenta sea inferior a 75 €, cada progenitor ingresará las cantidades respectivamente indicadas.

Respecto de los gastos extraordinarios, el Sr. C. abonará el 60% y la Sra. V. el 40% de los gastos extraordinarios necesarios del hijo tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, etc…, entre otras. Los gastos extraordinarios no necesarios como colonias de verano, 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.

5º) *La disolución del régimen económico matrimonial*

Todo ello sin efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas."

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Baigorri Cornado, en nombre y representación de Dª. R. M. V. A. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose el Sr. C. D..

El Ministerio Fiscal impugnó la resolución apelada y se adhirió parcialmente al recurso formulado.

Dado traslado al apelante del escrito de impugnación y verificado el trámite, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda.

Solicitada práctica de prueba por las partes, se practicó la que se estimó pertinente y, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación.

En fecha 28 de marzo de 2017, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"FALLAMOS

Que estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por Dª. R. M. V. A. y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza, el 18 de mayo de 2016, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, en el sentido de otorgar a la madre la custodia individual del hijo menor, con las demás medidas que se recogen en

los Fundamentos Jurídicos 2º y 3º de la presente resolución, que se dan aquí por reproducidas.

No procede hacer declaración de las costas causadas en esta instancia.

Devuélvase a Dª R. M. V. A., el depósito constituido para recurrir."

QUINTO.- La Procuradora Sra. Artazos Herce en nombre y representación de D. J. I. C. D. interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, basándolos en los siguientes **motivos:**

De infracción procesal: Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

De recurso de casación: 1º.- Infracción del artículo 80.2 del CDFA por inaplicación del criterio preferente de la custodia compartida. 2º.- Infracción del artículo 81.3 del CDFA.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 1 de julio pasado, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso de casación e infracción procesal planteado.

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, presentando la primera escrito de oposición dentro de plazo y el segundo interesó la estimación del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

Por providencia de 12 de julio, se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Los actores contrajeron matrimonio en fecha 1 de julio de 2005, fruto del cual nació, el 21 de marzo de 2007, el hijo común J. I..

2. Presentada demanda de divorcio por el esposo, en ella se solicita, por lo que a este recurso interesa, la custodia compartida sobre el menor por semanas alternas, así como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, propiedad privativa suya. La esposa contesta a la demanda solicitando la atribución de la custodia individual sobre el hijo, con régimen de visitas a favor del padre, así como la atribución del uso de la vivienda familiar durante un período de tres años.

3. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 18 de mayo de 2016, estimando parcialmente la demanda, atribuye la custodia compartida sobre el hijo menor a ambos progenitores por semanas alternas de lunes a lunes. Asimismo, concede el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta el 30 de abril de 2017, fecha en que deberá desalojar la misma, dejándola libre, vacua y expedita a disposición del actor.

4. Interpuesto recurso de apelación por la esposa, la sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de marzo de 2017, estima en parte el recurso, revocando la dictada por la primera instancia, en el sentido de otorgar a la madre la custodia individual del hijo menor y ampliar a dos años el período de atribución del uso a la esposa de la vivienda familiar.

5. Para pronunciarse sobre el régimen de custodia aplicable, la sentencia de apelación valora la prueba en los siguientes términos:

a) En lo que se refiere al informe pericial psicológico, señala:

<<El informe pericial psicológico practicado (f. 369 y ss.) aconseja la custodia materna, señalando que el menor se encuentra muy unido a su

madre, la que ha sido la principal figura encargada de su cuidado y atención cotidianos, habiendo mantenido el padre una actitud pasiva y menos atenta a sus necesidades y demandas. Pone de relieve que el niño desea seguir viviendo con su madre, no queriendo cambios en su vida, oponiéndose a la petición del padre, aunque desearía ver más a éste, siendo consciente de la alta tensión existente entre sus padres.

La perito constata una elevada discrepancia en los estilos educativos de los progenitores, siendo más normativo y autoritario el del padre, el que el menor percibe cuando apunta que se enfada con él a menudo, siendo muy estricto y exigente en el ámbito académico, también la ausencia de comunicación entre los padres y pautas muy inadecuadas de resolución de conflictos.

Señala que la petición del padre responde más a sus propias necesidades y a ejercer sus derechos que a proporcionar el bienestar del menor.>>

b) Respecto de la exploración del menor, establece:

<<En esta alzada se ha oído al menor, el que ha manifestado estar más tranquilo, vivir, cuando le corresponde con su padre con su abuela, y que ambos, padre y madre le lleven al colegio.>>

c) En relación a la documental, indica:

<<El padre es socio de varias empresas familiares, y Consejero Delegado Solidario y Secretario de Administración de N., S. L., y Secretario del Consejo de Administración de F. F., S. L., dedicada ésta a la actividad agrícola y ganadera. Se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de esta última de una semana a quince días.>>

6. Partiendo de tal valoración, concluye sobre la custodia:

<<Todo lo expuesto revela, ante la ausencia de un plan concreto determinante de cómo, y en qué condiciones asumiría el padre el cuidado

cotidiano del hijo menor, y sus amplios requerimientos laborales, frente a los de la esposa, que el menor quedaría bajo el cuidado de la abuela paterna cuando a él correspondiese el período de custodia, cuanto tal delegación no se contempla legalmente como real ejercicio de las responsabilidades paterno-filiares.

El menor, hasta ahora, se encontraba plenamente adaptado a su forma de vida, la que no debe quedar alterada por las nuevas expectativas de los progenitores cuando no van encaminadas a procurar su estabilidad y bienestar.

Por ello, en interés del menor, procede otorgar su custodia individual a la madre, por revelarse tal medida más adecuada para preservar su correcto desarrollo (Art. 80 C.D.F.A.).>>

7. Por lo que se refiere al uso del domicilio familiar, la sentencia establece:

<<Finalmente, y por lo que respecta a la vivienda familiar sita en …, es privativa del actor, y en ella ha residido la familia durante 10 años. La demandada solicita: un uso por tres años. Dos años (desde el dictado de la Sentencia de instancia), se considera suficiente para así poder ocupar la vivienda de su propiedad, una vez se extinga el arrendamiento que sobre ella pesa, plazo que finalizará el 30 de abril de 2018.>>

8. Frente a dicha sentencia, el esposo interpone recurso de casación alegando como infringidos los arts. 80.2 y 81.3 CDFA. Alega también tres motivos de infracción procesal, todos ellos al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, al entender que la valoración probatoria recogida en la sentencia recurrida es arbitraria, irracional y manifiestamente errónea.

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal.

9. En el primer motivo, bajo la cobertura del art. 469.1.4º LEC, como se ha indicado, el recurrente afirma que la Audiencia Provincial ha incurrido

en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba de exploración judicial del menor, puesto que en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, como única referencia a la audiencia del menor, se dice textualmente: *"En esta alzada se ha oído al menor, el que ha manifestado estar más tranquilo, vivir, cuando le corresponde con su padre con su abuela, y que ambos, padre y madre le lleven al colegio"*. Sin embargo, en la transcripción mecanográfica del acta de exploración del menor obrante en autos (folio 36), que tuvo lugar el 18 de enero de 2017, se recogen literalmente las siguientes manifestaciones del hijo común: *"Está bien en la situación actual que le gusta más como ahora que como antes, que las Casas de su padre y madre están relativamente cerca, que cuando está con su padre viven en casa de la abuela, que cuando está con su madre le lleva al cole en coche y luego se va a trabajar al hospital, que se padre también le lleva al cole, que las actividades extraescolares las hace igual con uno que con otro, que cuando necesita ayuda con los deberes le ayudan los dos"*.

10. Entiende el recurrente que dicha valoración no refleja con exactitud lo manifestado por el menor, omitiendo datos relevantes, y que, de dicha valoración errónea de la exploración, la Audiencia Provincial extrae dos conclusiones irrazonables: que el menor queda bajo la custodia de la abuela paterna cuando le corresponde la estancia con el padre; y que la custodia compartida supone una alteración de su régimen de vida anterior, puesto que en el mismo fundamento segundo de la sentencia se indica: *"El menor, hasta ahora, se encontraba adaptado a su forma de vida, lo que no debe quedar alterado por las nuevas expectativas de los progenitores…"*

11. Resulta evidente que la valoración de la exploración del menor que se plasma en la sentencia recurrida no se corresponde adecuadamente con lo manifestado por el menor, ni en su contenido literal, ni en su sentido, debiéndose calificar como manifiestamente errónea. Y ello porque de la escueta valoración que se recoge en sentencia parece deducirse, como elemento esencial, algo que no manifestó el menor: que el hijo queda bajo la custodia de la abuela cuando le corresponde residir con su padre, cuando lo

que verdaderamente se recoge en la declaración del menor es que él y su padre residen en casa de su abuela, algo muy distinto.

12. Por otra parte, en la sentencia se hacen unas breves referencias, esquemáticas y carentes de un sentido preciso, sobre la situación del menor y, sin embargo, se omiten otras mucho más relevantes, expresadas en el acta de exploración. Así, la sentencia se limita a indicar que el menor manifiesta estar más tranquilo y que su padre y su madre le llevan al colegio, omitiéndose el verdadero sentido que resulta de las manifestaciones del menor, que no es otro que la buena adaptación de éste al régimen de custodia compartida, puesta de manifiesto al expresar que la situación actual le gusta más que la anterior –la exploración se realiza cuando el menor lleva casi ocho meses en el nuevo régimen- y que ambos progenitores le llevan al colegio y a las actividades extraescolares y le ayudan con sus deberes.

13. De lo expresado cabe concluir que la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial del acta de exploración del menor conculca el art. 24.1 CE, por incurrir en un error palmario, debiéndose estimar el motivo alegado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal.

14. Como en el motivo anterior, al amparo del art. 469.1.4º LEC, el recurrente alega que la Audiencia Provincial ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba al establecer como probado que es Secretario del Consejo de Administración de la mercantil F. F., S. L., cuando en la documental aportada consta aportado un certificado firmado por la presidenta y un vocal de la empresa N. S.L. (folio 302) en el que expresamente se certifica en el apartado Cuarto que el actor, “De las sociedades C. y D. S.L., D., S.L. y F. F. A. S.L. no desempeña cargo, ni tiene titularidad accionarial, ni obtiene remuneración alguna”.

15. En la sentencia de primera instancia no se hace mención alguna a tal hecho y, en la de apelación, se considera acreditado el cargo de Secretario

del Consejo de Administración de la empresa F. F. S.L. sin que conste referencia a medio probatorio alguno. Por su parte, el escrito de alegaciones presentado por la representación de la esposa -parte recurrida en casación- no solo no indica la prueba que justifica la atribución del cargo, sino que parece admitir que el actor no lo ejerce, puesto que señala que "El hecho de que no desempeñe cargo alguno en F. F. A. S.L. es irrelevante, puesto que la empresa principal está ubicada en la zona de B. y es la que impide la presencia física del padre, con carácter permanente en Zaragoza para ostentar el ejercicio de una guarda y custodia compartida".

16. En el recurso se ataca también otro hecho probado que en la sentencia parece deducirse del anterior a modo de conclusión, al considerar acreditado que el esposo se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de la empresa F. F. A. S.L. por períodos que van de una semana a quince días, bien es cierto que sin que se identifique si esos traslados son mensuales o por temporada agrícola, cuestión muy relevante.

Este hecho tampoco viene mencionado en la sentencia de primera instancia, y la de apelación no contiene referencia alguna al medio probatorio que lo acredita.

El recurrente afirma que se trata de una mera alegación de la parte contraria, contenida en el hecho sexto de su contestación a la demanda y, la parte recurrida, en su escrito de alegaciones al recurso de casación, se limita a indicar que no es una manifestación arbitraria, ni injustificada, que toda la prueba documental obrante en las actuaciones indica su lugar de trabajo. Sin embargo, lo cierto es que lo que verdaderamente acredita la prueba documental es que el Sr. C. es secretario del consejo de administración y consejero delegado solidario de la mercantil N. S.L., cuyo domicilio se encuentra en ….. (Zaragoza), como se desprende, entre otros documentos, de las nóminas del Sr. C. (folios 286 y siguientes).

17. Por lo expuesto, resulta palmario que la sentencia incurre en un error manifiesto al declarar acreditado que el recurrente es Secretario del Consejo de Administración de la empresa F. F. A. S.L. La circunstancia de que esta sociedad esté participada exclusivamente por N. S.L., tal como

afirma la representación de la esposa en el escrito de alegaciones al recurso, y reconoce el hoy recurrente, entre otros en su escrito de oposición al recurso de apelación, en nada empece el error valorativo padecido por la sentencia recurrida. Por todo ello, debe estimarse el motivo.

CUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal.

18. Al igual que en los dos motivos anterior, fundándose en el art. 469.1.4º LEC, el recurso entiende que la sentencia recurrida ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba documental, al considerar acreditado en su fundamento de derecho tercero que el arrendamiento de la vivienda propiedad de la esposa finaliza el 30 de abril de 2018, cuando del contrato de arrendamiento, obrante al folio 308, se desprende que finaliza en abril de 2017, puesto que se inició con fecha 1 de abril de 2012, pactándose una duración de un año y, llegada la fecha de vencimiento del contrato, se podría prorrogar cuatro años más, siendo el total, por tanto, de cinco años de duración. En la sentencia de primera instancia expresamente se indica que dicho arrendamiento finaliza en abril de 2017. Precisamente por ello se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar –privativa del esposo- hasta el 30 de abril de 2017, por cuanto a partir de dicha fecha ya puede disponer de la suya.

19. La sentencia de apelación, en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar, establece: “La demandada solicita: un uso por tres años. Dos años (desde el dictado de la Sentencia de instancia), se considera suficiente para así poder ocupar la vivienda de su propiedad, una vez se extinga el arrendamiento que sobre ella pesa, plazo que finalizará el 30 de abril de 2018”.

La redacción del párrafo es imprecisa, puesto que hace dudar si el plazo que finaliza el 30 de abril de 2018 es el del contrato de arrendamiento o, por el contrario, el de atribución del uso de la vivienda a la esposa. Sin embargo, lo cierto es que cabe decantarse por esta última interpretación, puesto que parece la más lógica. En primer lugar, porque el contrato de arrendamiento no finaliza el 30 de abril, dado que se concertó un 1 de abril y,

tratándose de cómputo de plazo anuales debe realizarse de fecha a fecha (art. 5 del Código Civil). En segundo lugar, parece claro que la sentencia de apelación revoca la de primera instancia para incrementar el plazo fijado expresamente en esta última (30 de abril de 2017), de manera que, en concordancia con la que revoca, la interpretación más adecuada es estimar que se refiere al plazo de finalización de la atribución del uso de la vivienda, careciendo de sentido la mención al plazo de duración del arrendamiento. El hecho de que se diga que se conceden dos años -frente a los tres pedidos por la demandada- desde el dictado de la sentencia de instancia, debe entenderse como una simple referencia temporal genérica, que se concreta expresamente a continuación en el 30 de abril de 2018. Explicación perfectamente aceptable dada la escasa diferencia temporal de esta fecha con la resultante del cómputo de los dos años desde el dictado de la sentencia de instancia: 18 de mayo de 2018.

Por tanto, cabe concluir que la sentencia de apelación no ha incurrido en error alguno. Simplemente ha incrementado el plazo de atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa.

QUINTO.- Recurso de casación. Primer motivo.

20. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dictar nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7ª de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

21. El primer motivo de casación se interpone por la vía de la existencia de interés casacional, fundado en la inaplicación del régimen preferente de la custodia compartida, con infracción del art. 80.2 CDFA y oposición a la consolidada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en numerosas sentencias, muestra de la cual es la de 6 de abril de 2015 (recurso de casación 1/2015), mencionada por el recurrente, que establece:

"Así, por ejemplo, en sentencia de 10 de enero de 2014 (Casación 28/2013) se indicó. "(…) *En derecho aragonés, a diferencia del derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, sí ha definido con carácter preferente el criterio a seguir en interés del menor al decidir entre custodia compartida o individual, tal y como reiteradamente ha señalado esta Sala (así, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de 2012 y de 18 de julio de 2013). Tras sentar el artículo 76.2 del CDFA el necesario respeto al interés del menor, al tratar en concreto el artículo 80 la custodia a observar ordena en su apartado segundo que: "El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)". No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.*

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que "la custodia individual sea la 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 (...)".

En Aragón, por tanto, la decisión del órgano judicial debe partir de la concreción legal explícita de que el mejor sistema de custodia para atención del interés del menor se satisface con la custodia compartida. De modo que sólo cuando, tras la valoración de la prueba, quepa concluir indubitadamente la consecuencia de que se dan los presupuestos legales para excepcionar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto (…)".

22. Atendiendo a dicha doctrina, y estimados los motivos de infracción procesal, el tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente, puesto que un examen detenido de las actuaciones pone de manifiesto que no existe óbice alguno para se acuerde el régimen legal preferente de custodia compartida.

Así, las razones que llevan a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia de instancia, sustituyendo la custodia compartida por la individual de la madre son, fundamentalmente: que el menor desea seguir viviendo con su madre, a la que se encuentra muy unido y que no quiere cambios en su vida; que el padre carece de un plan concreto para asumir la custodia de su hijo; y que dados los amplios requerimientos laborales del padre, el menor quedaría bajo el cuidado de la abuela paterna cuando correspondiese al padre

el período de custodia, cuanto tal delegación no se contempla legalmente como real ejercicio de las responsabilidades paterno-filiares.

Sin embargo, los motivos de infracción procesal estimados han permitido acreditar que el hijo menor, tras casi ocho meses de aplicación del régimen de custodia compartida, se ha adaptado perfectamente a él, hasta el punto de preferir dicho régimen al anterior y que los dos progenitores colaboran en las actividades del menor –tal como llevarle al colegio y a las actividades escolares y ayudarle a realizar los deberes-, circunstancias demostrativas de que el padre no carece de un plan concreto para ejercer la custodia. Por otra parte, se ha desvirtuado la afirmación contenida en la sentencia de apelación que atribuye al padre tan grandes requerimientos laborales que obligan a delegar en la abuela. Nada de esto ha quedado acreditado, como tampoco que deba residir en B. durante semanas de manera frecuente.

23. Del informe pericial obrante en autos no se desprenden verdaderas circunstancias de peso que permitan considerar más conveniente para el interés del menor la atribución de la custodia individual a la madre. En este sentido, el informe pericial contiene una afirmación que es más propia de una apreciación que de un dato objetivo, puesto que no explica la psicóloga como llega a tal conclusión. Así se indica que “En cuanto a la solicitud paterna de que José Ignacio permanezca en períodos semanales alternos con cada uno de sus padres responde más a una motivación del Sr. C. centrada en su necesidad y deseo de obtener el ejercicio de sus derechos de igualdad como progenitor que al planteamiento de una alternativa que permita una mayor estabilidad y bienestar en la vida cotidiana del menor o a una alternativa que permita cubrir la existencia de necesidades, carencias afectivas y cuidados en su hijo que se puedan resolver con esta organización”. No deja de resultar revelador que en el párrafo anterior del informe pericial se imputa a ambos progenitores esta defensa de sus propios intereses por encima de los del menor, señalando “Ambos progenitores han mantenido una pauta de resolución de conflictos altamente inadecuada, lo cual ha conllevado el mantenimiento de dicha situación de conflictividad y tensión, en la cual el menor se ha visto inmerso, centrándose más los progenitores en la obtención

de sus derechos y en el propio enfrentamiento, que en las necesidades y en los propios efectos que el mismo podría conllevar para el desarrollo y crecimiento personal de su hijo y para las relaciones paterno y materno-filiales". Por tanto, esa situación de conflictividad y la defensa de los propios intereses resulta predicable, en todo caso, de ambos progenitores y no solo del padre.

Por otra parte, y respecto de la conflictividad existente entre los progenitores, ya hemos señalado en diversas sentencias que el enfrentamiento entre los padres no permite rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que concurran circunstancias excepcionales (entre otras, STSJA de 28 de septiembre de 2012, recurso de casación 14/2012). Es evidente que en el presente caso no concurren, puesto que el propio menor ha manifestado en su exploración ante la Audiencia Provincial, transcurridos casi ocho meses de aplicación del régimen de custodia compartida, que lo prefiere frente a la situación anterior y que los padres colaboran en atender a sus necesidades.

SEXTO.- Segundo motivo de casación.

24. También por la vía del interés casacional, entendiendo infringido el art. 81.3 CDFA, se impugna la decisión de la Audiencia Provincial que incrementa el período de atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar hasta el 30 de abril de 2018, revocando la de primera instancia, que lo concedió hasta el 30 de abril de 2017.

25. Como ya se ha señalado al resolver el motivo de infracción procesal, no hay error en la valoración de la prueba, ya que la sentencia recurrida ha querido ampliar el período de uso de la vivienda familiar a dos años. Plazo que finaliza el 30 de abril de 2018. Por tanto, y como señala el propio recurrente en su recurso de casación, con cita de numerosa doctrina de esta Sala, la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo entre ellos, constituye una decisión discrecional del Juez, valorando las circunstancias concurrentes, sin que corresponda al Tribunal de Casación pronunciarse

sobre tal cuestión, a salvo de apreciar arbitrariedad o razonamiento irracional o ilógico, lo que no ocurre en el presente caso, en que el tribunal de apelación se ha limitado a ampliar en un año la atribución del uso de la vivienda.

SÉPTIMO.- Costas.

26. La estimación del recurso conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas, ni en el recurso de casación, ni en las instancias.

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

FALLO

PRIMERO.- Estimar los dos primeros motivos de infracción procesal formulados por la representación legal de D. J. I. C. D. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 28 de marzo de 2017 recaída en el rollo de apelación número 699/16, que casamos y anulamos.

SEGUNDO.- Dictar nueva sentencia, al estimar el primero de los motivos de casación, lo que se efectúa pronunciando un fallo en los mismos términos que el recaído en primera instancia, con la salvedad contenida en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia, en el sentido de mantener la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de Sra. V. hasta el 30 de abril de 2018.

TERCERO.- No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso.

CUARTO.- Se hará entrega al recurrente del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.