



Roj: SAP Z 3201/2011
Id Cendoj: 50297370022011100474
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Zaragoza
Sección: 2
Nº de Recurso: 573/2011
Nº de Resolución: 682/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00682/2011

SENTENCIA NUMERO:682-2011

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Ilmos. Señores:

Presidente

D. JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS

Magistrados

D. FRANCISCO ACIN GAROS

D^a MARIA ELIA MATA ALBERT

En Zaragoza, a veintisiete de diciembre de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de DIVORCIO CONTENCIOSO 0000468 /2011, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº 573/2011, en los que aparece **como parte apelante, Delfina**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA BELEN GABIAN USIETO, asistido por el Letrado D. MARIA PILAR ESPAÑOL BARDAJI, y **como parte apelada, Emilio**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ANA REVILLA FERNÁNDEZ, asistido por el Letrado D. MERCEDES URRACA LAGUNA, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en cuyos autos en fecha 28 de julio de 2011 recayó sentencia que estimaba la demanda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por Emilio contra Delfina y decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio indicado con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes:

1.- Los cónyuges pueden vivir separados, cesando la presunción

De convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2.- La guarda y custodia del hijo/a/os/as menor/es de edad, entendida como atribución de la compañía de los hijo/a/os/as menor/es de edad, se otorga a Emilio y a Delfina de forma compartida al tiempo que a la vez comparten ambos progenitores la autoridad **familiar**. La custodia entendida como compañía física de los menores la ejercerá la madre desde este mismo momento al 31 de diciembre de 2011 en que pasara a ejercerla el padre por un semestre completo y luego la madre el semestre siguiente y así por semestre alternos

sucesivos la ostentará cada una de las partes. Sobre el ejercicio de la autoridad **familiar** por los progenitores, el *Art. 68 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre*, 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 de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado se acuerda que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es, para las decisiones de adoctrinamiento de los hijos menores 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/a/os/as menor/es de edad y posteriores traslados, 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. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. 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 sus hijos, 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 sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información obre los hijos, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes del hijo/a/os/as menor/es, y como receptor de toda la información educativa y de otro tipo del hijo/a/os/as menor/es, está en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. Así, el custodio debe informar al otro progenitor inmediatamente que tenga lugar algún hecho relevante en el cuidado del hijo/a/os/as menor/es y de su patrimonio, que sólo el conozca. Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefónicas se establece que no es necesario que la resolución judicial establezca una forma concreta de comunicación para que ésta pueda exigirse de la parte si se estima razonable y comprendida en el marco propio de las relaciones entre progenitor no custodio e hijo/a/os/as menor/es. Entendida la guarda y custodia del hijo/a/os/as menor/es de edad, como atribución de la compañía de los hijo/a/os/as menor/es de edad, es evidente que el progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, de los hijo/a/os/as menor/es, durante los periodos de visitas. Si cualquiera de las partes por motivos laborales no pudiera atender las visitas lo preavisara de forma fehaciente con al menos siete días de antelación.

3.- En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que el hijo/a/os/as menor/es pueda/n estar en compañía del progenitor no custodio, consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, a las 21 horas del domingo y en periodo escolar hasta el lunes por la mañana en que el progenitor que la tenga de visitas tal fin de semana la llevará directamente al colegio el lunes por la mañana, y una tarde entre semana que, a falta de acuerdo entre las partes, lo será la de los miércoles desde la salida del colegio por la tarde, ya lo sea a las 13, a las 17, o a otra hora de la tarde, donde la recogerá el progenitor no custodio, hasta las 20 horas en que la retornará al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y un mes en verano. Las vacaciones escolares de verano que correspondan un mes a cada progenitor se dividen en dos periodos, el primero desde el 30 de junio por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de agosto por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración, corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre y los años impares corresponden la Semana Santa al padre y las Fiestas del Pilar a la madre. Fuera de los casos ya fijados de Semana Santa y Fiestas del Pilar, en caso de falta de acuerdo, la madre elegirá periodo en los años pares y el padre en los impares. Siempre que exista un derecho de opción, deberá mediar comunicación fehaciente del mismo a la otra parte con al menos 30 días de antelación a la fecha elegida, bajo sanción de pérdida

del derecho de opción en otro caso. La entrega y recogida del hijo/a/os/as menor/es de edad se realizara en el domicilio del progenitor custodio. Durante los periodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. Así, tras cada periodo de vacaciones las visitas se han de reanudar en la forma en que quedaron antes del comienzo del último periodo de vacaciones y el progenitor que disfrutó del último fin de semana antes de las vacaciones no disfrutara del primer fin de semana tras las vacaciones. Los llamados "puentes escolares" se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a s hijo/a/os/as menor/es durante la totalidad de dicho "puente".

4.- Se atribuye al esposo el uso de la vivienda **familiar** sita en PASEO000 NUM000 , NUM001 de Zaragoza privativa de él y que por lo tanto correrá con sus gastos y cargas y ello, junto con el ajuar doméstico y anexos, pudiendo la parte contraria retirar las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si así se interesa, tanto de lo que extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo caso de no haberlo efectuado ya.

5.- el uso de la plaza de garaje consorcial sita en la CALLE000 número NUM002 del sótano -1 gravado con una hipoteca se otorga por semestres alternos a ambas partes, empezando el primer semestre desde la fecha de esta sentencia a favor del esposo y luego ya de forma alterna y siendo las cargas que gravan su propiedad abonadas por las partes al 50% al asumir su titularidad consorcial y sin perjuicio de reintegros que procedan en su caso al liquidar el consorcio.

6.- Los gastos extraordinarios necesarios de la hija serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. 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 gastos. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. Los gastos extraordinarios no necesarios son, en principio aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que, hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque ciertamente no incluyen los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión.

7.- Las partes domiciliarán todos los gastos ordinarios educativos de todo tipo de la hija menor en una cuenta que abrirán de forma conjunta y en la que atenderán con ingresos al 50% los gastos que se produzcan. Fuera de lo ahora señalado, cada progenitor custodio atenderá las restantes necesidades de la menor durante los periodos de custodia compartida. Los gastos de cuidadores que cada parte contrate durante su periodo de custodia son a cargo de la parte que los contrate en cada caso.

8.- El uso del vehículo matrícula TZS lo es para la esposa que correrá con todos los gastos que genere el mismo.

No procede adoptar ninguna otra medida de las solicitadas por las partes.

No procede imposición de costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia la parte demandada presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento, escrito de interposición del recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte demandante, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Por el Mº Fiscal se opone al recurso interpuesto y solicita la confirmación de la resolución recurrida. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

TERCERO.- No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni considerándose necesaria la celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 20 de Diciembre de 2011.

CUARTO.- Que en la tramitación de la apelación se han observado las prescripciones legales.

Ha sido ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Magistrado D. JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida en el 1ª Instancia en el presente procedimiento sobre divorcio (*Art. 770 LEC*) es objeto de recurso por la representación de la parte demandada (Sra. Delfina) considera que procede le sea concedida la guarda y custodia de la hija común, manteniéndose el régimen de visitas y fijando una pensión alimenticia de 250 €/mensuales.

SEGUNDO.- En cuanto a la guarda y custodia debe indicarse

que esta Sala tiene declarado que el Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por *Decreto legislativo 1/2011 de 22 de Marzo del Gobierno de Aragón en su subsección 4ª* (Art. 79 y ss) al regular las relaciones **familiares** tras la ruptura de la convivencia de los padres, a falta de pacto de relación **familiar**, establece una serie de normas entre las cuales ha establecido como preferencia legal la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse por uno de los progenitores la custodia individual deberá realizarse el necesario estudio de los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico o fundamental e inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad, tal como indica el *art. 76.2 del Código del Derecho Foral* en línea con lo proclamado igualmente por el *art. 39 CE. L.O 1/1996 de 15 de enero* sobre protección jurídica del menor, Convención de los Derechos del niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Parlamento de Europa, Ley Aragonesa de la Adolescencia e Infancia y STC 114/1992 , 143/1990 y 141/2000 entre otras.

Igualmente en la Sentencia del T.S.J.A. de 13/7/2011 se indica expresamente que el legislador aragonés, al promulgar la *Ley 2/2010, de 26 de mayo* , ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la *Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos* hoy contenidos en los *arts. 75.2 y 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón* (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el "El pacto de relaciones **familiares**", inspirado en el respecto a la libertad de pacto del Derecho Foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad de la regulación de las relaciones **familiares** a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, **mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, "un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura"**.

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: *art. 80.2 del CFA* , según el cual, El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea mas conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones **familiares** de 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 14 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.

Antes de adoptar su decisión, el Juez, podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad **familiar** y del régimen de custodia de los personas menores.

Por otra parte, para la adopción de la custodia compartida el Juez ha de tener en cuenta el plan de relaciones **familiares**. Conforme al *art. 80.2* , el Juez adoptara 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. Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones **familiares** a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el Juez.

En cuanto a la decisión a adoptar, el Preámbulo de la *Ley 2/2010* recuerda que "el juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones **familiares** y los factores a los que se refiere la ley, como la edad de los hijos, el arraigo social y **familiar** de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad

de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida **familiar** y laboral".

TERCERO.- En el presente supuesto se trata de un menor de 3 años y medio de edad. El informe del gabinete psicosocial adscrito al Juzgado expresamente aconseja que permanezca con cada progenitor en periodos trimestrales o semestrales alternos.

Así mismo, se recomienda un sistema de visitas con el progenitor con el que no conviva consistente en fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y un día entre semana con pernocta. Mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y verano.

Es igualmente necesario indicar que en este tipo de procedimientos tiene relevancia el informe pericial recabado por el juez así lo indican las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13/7 y 30/9/2011 y STS de 21/7/2011 y 7/4/2011 .

También es de destacar, así lo indica el juzgador de instancia, el apoyo de la familia externa en ambos progenitores para la adecuada conciliación laboral con la forma de custodia fijada en la sentencia apelada. No existiendo ningún impedimento en el actor que le impida ejercitar de manera adecuada la custodia con su hija, ni siendo la edad de esta (mayor de tres años) factor exclusivo para la denegación de la guarda y custodia compartida. Por lo expuesto en el presente supuesto la custodia compartida es más beneficiosa para el interés de la menor por lo que se desestima el recurso de la demandada en su petición principal, así como en cuanto al resto de peticiones condicionadas a la concesión a su favor de la guarda y custodia.

CUARTO.- No procede, dada la naturaleza del litigio, hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso (*Art. 398 LEC*)

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Delfina contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 6 de Zaragoza, el día 28 de de julio de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por D^a Delfina al que se le dará el destino legal procedencia.

MODO IMPUGNACION.- Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que se interpondrán en plazo de veinte días ante este Tribunal, debiendo el recurrente al presentar el recurso acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, esta Sala Segunda, en el mismo día de su fecha, doy de.