



Roj: SAP Z 1403/2012
Id Cendoj: 50297370022012100239
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Zaragoza
Sección: 2
Nº de Recurso: 603/2011
Nº de Resolución: 305/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00305/2012

SENTENCIA NUMERO: 305/2012

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 cinco de junio de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de DIVORCIO CONTENCIOSO 1304/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION (LECN) 603/2011, en los que aparece como parte apelante **D. Luis Manuel**, representado por el Procurador de los tribunales D. EMILIO PRADILLA CARRERAS y asistido por el Letrado D. ANTONIO JORGE TORRUS RUIZ, y como parte apelada **D^a Eulalia**, representada por el Procurador de los tribunales D. JOSE ANDRES ISIEGAS GERNER y asistida por la Letrada D^a PILAR SANCHEZ VILLUENDAS, ha sido parte el **MINISTERIO FISCAL**, en cuyos autos, con fecha 14 de julio de 2011, recayó Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Estimo la petición de divorcio formulada por D. Luis Manuel contra D^{ña}. Eulalia. Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos: 1.- Atribuyo a D^{ña}. Eulalia la guarda y custodia de la hija común, PAULA, con ejercicio compartido de la autoridad **familiar** en lo que exceda de su ámbito ordinario.- 2.- En cuanto a régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores.- 2.1.- No existirán mientras esté ingresado en prisión el padre. La madre facilitará el contacto de la menor con los abuelos y familia extensa paterna.- 2.2.- Cuando comience a salir, si no se ponen de acuerdo los progenitores, se decidirá en ejecución.- 2.3.- Cuando cumpla la condena D. Luis Manuel, en defecto de acuerdo, podrá relacionarse con la hija en fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes (17 horas en su caso) y hasta las 20,30 horas del domingo.- Para ambos progenitores: si a algún fin de semana puede unirse un puente vacacional, se ampliará el fin de semana desde las 18 horas del día de salida de colegio que inicie el puente de que se trate o, en su caso, hasta las 20,30 horas del día de finalización del mismo.- Asimismo, dos días entre semana (martes y jueves en defecto de acuerdo), desde la salida del colegio y hasta las 20 horas.-

Durante el curso escolar, las festividades entre semana, salvo los que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día anterior al festivo.- Las vacaciones de Semana Santa y fiestas del Pilar 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; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.- Las vacaciones de verano se dividirán de la siguiente forma: el primer periodo, desde las 11 horas del día siguiente a la finalización de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de junio, así como desde el 31 de julio a las 20 horas al 31 de agosto a las 20 horas. El segundo periodo comprenderá desde las 20 horas, así como desde el 31 de agosto a las 20 horas al día previo a la iniciación de las clases, a las 11 horas. El padre elegirá las vacaciones en años pares, la madre en los impares.- Los periodos vacacionales mencionados interrumpen la alternancia de los fines de semana.- Las entregas de la menor, con excepción de las que coinciden con la finalización del horario escolar, se llevarán a cabo en el domicilio materno.- 3.- En concepto de pensión alimenticia a favor de la hija común, D. Luis Manuel deberá abonar mensualmente el 25% de las percepciones líquidas que tenga. Deberá remitir, para su comprobación, la nómina a la demandada (acreditar, en su caso, la falta de ingresos).- 3.3.- La pensión se hará efectiva en los tres días naturales siguientes a la percepción de la nómina, prestación o subsidio.- 4.- Los gastos extraordinarios, derivados del cuidado y necesidades de la hija, corresponderán por mitad a cada progenitor.- No hago especial pronunciamiento sobre costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, la parte actora 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 demandada, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

TERCERO.- Habiéndose aportado nuevos documentos por la parte apelada, y solicitado prueba por la parte apelante, se acordó por Auto de esta Sala, de fecha 12 de diciembre de 2011, admitir los documentos aportado, quedando unidos a las actuaciones, y denegar la práctica de la prueba interesada por la parte apelante. No considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación el día 29 de mayo de 2012.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia recaída en el presente procedimiento sobre divorcio (artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es objeto de recurso por la representación del actor (Sr. Luis Manuel) que en su apelación (artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) considera que debe acordarse el establecimiento de un sistema de custodia compartida dado que la situación personal del apelante ha cambiado y que en todo caso procede fijar una pensión alimenticia reducida y no en la proporción establecida en la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- En cuanto a la guarda y custodia compartida 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. 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".

Igualmente debe indicarse que como indica el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencias 8/2011 de 13 de julio y 10/2011 de 30 de septiembre , el legislador aragonés ha modificado de manera sustancial el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, estableciendo como preferente el sistema de guarda y custodia compartida (artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón) con todo el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido salvo en un mandato que dirige al Juez: el superior interés del menor (artículo 76.2 del Código de Derecho Foral de Aragón) igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sentencia de 21 de julio de 2011) ha indicado para la aplicación del artículo 92,9 del Código Civil que en la apreciación de los elementos que van a permitir al Juez adoptar las medidas de guarda y custodia compartida, cuando no existe acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el juez pueda pedir. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, igualmente en esta línea las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009 y 11 de marzo y 8 de octubre de 2010 y 7 de abril de 2011 .

En esta instancia se ha practicado prueba psico-social, ésta indica que Paula vive con su madre en Zaragoza, mantiene la relación con su progenitor según lo establecido judicialmente, de manera regular y

ausencia de problemas, en fines de semana alternos y dos tardes entre semana. A nivel **familiar**, mantiene un estrecho vínculo afectivo con cada uno de sus progenitores, valorando la educación que ambos le ofrecen de manera similar y conservando una imagen positiva de los mismos. Hay que señalar que el proceso de adaptación de Paula a sus circunstancias **familiares** se está desarrollando de manera favorable. Por otra parte, los lazos afectivos establecidos con la pareja del Sr. Luis Manuel y la hija de ésta se han estrechado, disfrutando la menor de los momentos que comparten y extrayendo experiencias positivas de los mismos.

El Sr. Luis Manuel reside en Cuarte de Huerva (Zaragoza). Desde Septiembre de 2011 trabaja como técnico de calidad en horario de 6 a 14 horas, de lunes a viernes.

La Sra. Eulalia reside en Zaragoza, con su hija y trabaja como administrativa en horario de 8:30 a 13:30 horas, de lunes a viernes.

No se considera necesaria una modificación sustancial de las condiciones cotidianas de la vida de la menor.

La Sra. Eulalia ha sido el principal referente para la menor, estando implicada en sus atenciones, teniendo disponibilidad y buena disposición para cubrir de manera satisfactoria sus distintas necesidades.

El sistema de relaciones actual se está llevando a cabo sin dificultades, permitiendo a la menor una relación continuada y de calidad con su padre, así como la adaptación progresiva a sus circunstancias **familiares**. Paula está desarrollando recursos propios que le permiten afrontar de manera paulatina y favorable los distintos cambios que han acontecido en su vida en el último año, no obstante considero necesario un espacio temporal que de un respiro a la menor y le ofrezca estabilidad emocional.

Finalmente se recomienda que se mantengan las medidas establecidas en el Auto de 2 de noviembre de 2010.

Igualmente según se publica en el B.O.E. de 30 de marzo de 2012, le ha sido indultada la pena privativa de libertad que tenía pendiente de cumplimiento el apelante, ello conlleva a que cumplida la condición de la Sentencia apelada en el caso de que hubiera finalizado el cumplimiento de la condena como así ha sucedido parece adecuado el mantenimiento de dicho pronunciamiento, coincidente con las recomendaciones del informe psico-social, tal como ha venido desarrollándose hasta la fecha sin problema alguno, procede en conclusión confirmar la Sentencia en este apartado.

TERCERO.- En cuanto a la pensión alimenticia debe indicarse que el art.65 del Código del Derecho Foral de Aragón, establece para quienes ejercen la autoridad **familiar** la obligación entre otras de proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica de acuerdo con sus posibilidades, así como de educarlos y procurarles una formación integral. Igualmente el art. 82.1 del mismo texto legal de Aragón establece que tras la ruptura, ambos progenitores contribuirán proporcionadamente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos/as, a su vez el punto 3 del mencionado artículo 82 indica que el Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos/as teniendo en cuenta el régimen de custodia y si es necesario fijar un pago periódico de los mismos.

El apelante combate la decisión del Juzgador de instancia pero ni siquiera ofrece una cantidad ajustada a las necesidades de la menor y a sus posibilidades por lo que no constando cuales son sus ingresos en la actualidad, parece adecuado acudir a un porcentaje en relación a los mismos, considerándose razonable el 25% que fija la Sentencia apelada.

Se desestima el recurso en su total integridad.

CUARTO.- No procede hacer especial declaración sobre las costas del recurso, dada la naturaleza de tema debatido (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Manuel, frente a la Sentencia dictada el 14 de julio de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Zaragoza, en autos de divorcio número 1304/10, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido.



Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recurso Casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que se interpondrá en el plazo de veinte días ante este Tribunal, debiendo el recurrente al presentar el escrito de recurso acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (4899) en la sucursal 2005 de Banesto en la calle Torrenueva 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no será admitido 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 fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ