



Roj: **STSJ AR 9/2013 - ECLI:ES:TSJAR:2013:9**

Id Cendoj: **50297310012013100009**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2013**

Nº de Recurso: **54/2012**

Nº de Resolución: **16/2013**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **EMILIO MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJVM, Zaragoza, núm. 1, 06-03-2011,**  
**SAP Z 2205/2012,**  
**STSJ AR 9/2013**

**T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00016/2013**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**

**SALA CIVIL Y PENAL**

**ZARAGOZA**

**Casación 54/2012**

**S E N T E N C I A NUM. DIECISÉIS**

**Excmo. Sr. Presidente /**

**D. Fernando Zubiri de Salinas /**

**Ilmos. Sres. Magistrados /**

**D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /**

**D. Emilio Molins García Atance /**

**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara /**

**D. Ignacio Martínez Lasierra /**

En Zaragoza, a doce de marzo de dos mil trece.

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 54/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 18 de septiembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 354/2012, dimanante de autos de divorcio número 117/2011, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Uno de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D. Celestino, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Isabel Franco Bella y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Ana Isabel Javierre Lardiés, como recurrida D<sup>a</sup> Eufrasia, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> José Ferrando Hernández y dirigida por el Letrado D. Fernando Valladares Rodríguez, y el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García Atance.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 23 de marzo de 2011 la Procuradora Sra. Ferrando Hernández, en representación de D<sup>a</sup>. Eufrasia , presentó ante el Juzgado Decano de los de Zaragoza demanda de divorcio contencioso frente a D. Celestino que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta Ciudad. Después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: "Que teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo, teniéndome por parte en la representación acreditada y por interpuesta demanda de divorcio matrimonial de los cónyuges Dña. Eufrasia y D. Celestino , y que se dicte en su día sentencia decretando el divorcio con los efectos que le son propios, y con las siguientes medidas definitivas condenando al demandado si se opusiere a ello a la imposición de costas: 1º. Guarda y custodia del hijo menor.- La guarda y custodia del hijo menor, Ezequias , se otorgará a la madre, atendida la actual situación del padre, ingresado en prisión, lo que evidentemente, le imposibilita para ejercer la misma, al margen de las circunstancias concurrentes en el presente caso, en el que el padre fue condenado por un delito de violencia en el ámbito familiar ejercido contra el hijo, según se ha acreditado, al margen de todo ello de la opinión del propio hijo, de 15 años de edad, que reiteradamente ha manifestado su oposición a convivir con su padre, aún más desde el incidente por el que fue condenado el ahora demandado. 2.- Atribución de la vivienda y del ajuar familiar. Dado que los cónyuges, como se ha señalado, hace años que ya no conviven, teniendo su domicilio cada uno de ellos en los señalados en el encabezamiento de este escrito y no teniendo ningún bien en común, no se hace atribución alguna a este respecto. 3.- Régimen de visitas. Dada la actual situación del Sr. Celestino , ingresado en prisión, y la existencia de una condena por un delito de violencia en el ámbito familiar cometido por el demandado contra el menor, habiendo tenido prohibido aproximarse a él durante un año y seis meses, no procede adoptar ningún régimen de visitas en su favor, habiéndose expresado el propio menor reiteradamente en este sentido. 4.- Gastos de asistencia al hijo. El Sr. Celestino contribuirá al abono de los gastos ordinarios del menor con la cantidad de 200 € mensuales que ingresará los primeros cinco días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre designe. Dicha cantidad se actualizará anualmente en enero con el IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya. Los gastos extraordinarios necesarios del menor serán sufragados por los progenitores en un 50% por cada uno. 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. 5.- Régimen de relación con otros parientes.- Dado que la relación del menor con el resto de parientes no presenta incidencia alguna y se realiza con total normalidad no se establece régimen al respecto. 6.- Desequilibrio económico.- El divorcio no produce desequilibrio económico en ninguno de los cónyuges. Otrosí digo: Que interesa a esta parte el recibimiento a prueba del presente procedimiento, solicitando la práctica anticipada de la siguiente prueba: Documental.-1. Que se dirija atento oficio al Juzgado de lo Penal número 1 de Zaragoza para que, con destino a los presentes autos, se aporte testimonio de los autos de Juicio Rápido tramitados en dicho Juzgado con el número 262/09, especialmente de la sentencia nº 224/09 dictada en dichos autos el 14 de julio de 2009 . 2.- Que se dirija atento oficio al Centro Penitenciario de Zuera, Carretera Zaragoza-Huesca, Km 539 a fin de que, con destino a los presentes autos, se remita certificación comprensiva de la pena que el ahora demandado Celestino está cumpliendo y grado en el que se encuentra el mismo. Segundo otrosí digo que conforme a lo prevenido en la Disposición Adicional Segunda 3 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo , de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres se acompaña al presente escrito plan de relaciones familiares.

Suplico al juzgado tenga por presentado el Plan de Relaciones Familiares a que hace referencia la Disposición Adicional Segunda 3 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres."

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado a la parte demandada y por auto de 5 de septiembre se resolvió la inhibición del conocimiento del procedimiento al Juzgado de Violencia sobre la Mujer quien aceptó la mencionada inhibición realizada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 en los autos de Divorcio contencioso núm. 299/2011. El demandado fue declarado en rebeldía y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "*FALLO : Debo decretar y decreto la disolución por divorcio del matrimonio formado por Eufrasia y Celestino celebrado el día 27 de diciembre de 1995 en Zaragoza, y se fijan las siguientes medidas con relación a Ezequias nacido en Zaragoza el NUM000 de 1995. 1) Atribuir la guarda y custodia del mismo, a la madre, Eufrasia sin que proceda régimen de visitas tasado y predeterminado, dejando a la voluntad del menor el modo y manera de relacionarse con su padre. 2) Fijar como pensión de alimentos a favor del menor, la suma de 100 euros al mes, pagaderos por mensualidades anticipadas. Dicha suma se devengará los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la madre y se actualizará anualmente, a primeros de mes de enero, conforme al último IPC publicado a la fecha de la actualización y sin necesidad de previo requerimiento. Los gastos extraordinarios necesarios serán satisfechos por mitad entre*



ambos progenitores. 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. 3) Se decreta la disolución del régimen económico matrimonial."

**TERCERO.-** Interpuesto en tiempo y forma por la representación del demandado recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Uno de Zaragoza, se tuvo por preparado y se emplazó y se dio traslado del escrito de interposición a las partes contrarias, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, esta dictó sentencia de fecha 18 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva dice así: " **FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Celestino contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Zaragoza, el día 6 de marzo de dos mil doce, en autos de Divorcio nº 117/11, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada".

**CUARTO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Isabel Franco Bella, actuando en nombre y representación de D. Celestino, presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de casación contra dicha sentencia que basó en los siguientes motivos: " 1º.- *Vulneración del art. 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2º.- *Vulneración del art. 60, 79 y 80 del Código Foral de Aragón*. 3º.- *Vulneración del art. 82 del Código Foral de Aragón*".

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó providencia de fecha 15 de noviembre por la que se acordó dar traslado a las partes para alegaciones sobre posibles causas de inadmisión: "En los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación de D. Celestino contra la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2012, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, se observan las siguientes posibles causas de admisión: "El motivo primero de casación -en la enumeración de la parte- se fundamenta en la vulneración del artículo 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referente a la exigencia de motivación de las sentencias. Conviene precisar que se trata, en rigor, no de un motivo de casación, sino de infracción procesal. En cuanto a su planteamiento, la parte no desarrolla el razonamiento de la falta de motivación con la que encabeza el motivo, sino más bien su disconformidad con el sentido de la resolución impugnada. Por ello puede concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo tercero del recurso se fundamenta en la vulneración del art. 82 CDFA, y en él la parte reitera su pretensión, ya deducida en el recurso de apelación, de que se le rebaje temporalmente la pensión de alimentos de 100 a 80 euros mensuales, así como el abono de dicho importe en los 15 primeros días de cada mes, con indicación de una cuenta corriente para efectuar el pago. El Tribunal Supremo sostiene, sin embargo, que la precisa técnica casacional exige el planteamiento de una cuestión jurídica al margen de los hechos, es decir, impone el examen de la aplicación al caso de la norma sustantiva en sí misma, sin que pueda transformarse el recurso de casación en una suerte de tercera instancia, dada su naturaleza extraordinaria. Por tanto, puede concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 477.1, en relación con el artículo 483.2.2º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, procede dar el trámite previsto en el artículo 483.3 de la ley procesal, poniendo de manifiesto a las partes la referida circunstancia a fin de que en el plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen procedentes".

Evacuado el trámite, las partes presentaron las alegaciones en apoyo a sus pretensiones y por auto de fecha 17 de diciembre de 2012 la Sala acordó declarar la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación interpuesto y no admitir los motivos primero y tercero del recurso de casación formulado y admitir el segundo dando el traslado a las otras partes para formalizar el escrito de oposición.

Presentado escrito de oposición únicamente por el Ministerio Fiscal y dentro de plazo, por providencia de 7 de febrero se señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2013.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

Doña Eufrasia y don Celestino tuvieron un hijo no matrimonial, Ezequias, el NUM000 de 1995.

Los progenitores contrajeron matrimonio el 27 de diciembre de 1995.

Por sentencia firme de 14 de julio de 2009, dictada en el procedimiento oral nº 262/2009 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Zaragoza, se condenó a don Celestino, como responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.2 del Código Penal, a la pena de seis meses de prisión, y prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de su hijo Ezequias y de comunicarse con él por cualquier medio, por tiempo de un año y seis meses.



Doña Eufrasia presentó demanda de divorcio el 23 de marzo de 2011 que se admitió a trámite por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza, bajo el número 299 de 2011. Durante la sustanciación de la causa el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza acordó, por auto de 18 de julio de 2011, una orden de protección por la que se impuso a don Celestino la prohibición de aproximarse a doña Eufrasia en un radio de 300 metros, así como la de comunicarse con ella por cualquier medio; y en el orden civil se atribuyó a la madre la guarda y custodia del hijo menor, sin fijar régimen de visitas, pero pudiendo el menor visitar libremente a su padre si esa fuese su voluntad; y asimismo se estableció una pensión de alimentos a cargo del padre y a favor del hijo de 150 euros mensuales. Las medidas civiles se acordaron con una vigencia de 30 días.

La Sra. Eufrasia solicitó la inhibición del Juzgado de Primera Instancia nº 16 a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y la misma fue acordada por auto de 5 de septiembre de 2011.

El procedimiento se tramitó con el demandado en rebeldía -aunque asistió al acto del juicio sin asistencia letrada-, y por sentencia de 6 de marzo de 2012 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer se resolvió decretar el divorcio de los cónyuges, con atribución de la guarda y custodia del menor a la madre, y sin que procediera un régimen de visitas tasado y predeterminado, dejando a la voluntad del menor el modo y manera de relacionarse con su padre. Igualmente, se fijó una pensión de alimentos a favor del menor y a cargo del padre de 100 euros mensuales, con asunción por mitad de los gastos extraordinarios necesarios por parte de ambos progenitores. Con cita del art. 79 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), y respecto al régimen de visitas del padre, se argumentó en dicha resolución que no procedía establecer un régimen tasado y predeterminado, atendida la edad del menor -16 años en ese momento- y la condena del progenitor por un acto de maltrato al hijo.

El Sr. Celestino recurrió en apelación la sentencia manifestando, en lo que ahora interesa, que ya había cumplido la condena de privación de libertad que le había sido impuesta, y solicitó que se estableciera que el padre podría comunicarse con el menor mediante el número de teléfono de este último, que habría de serle facilitado al Juzgado.

El recurso fue desestimado por sentencia de 18 de septiembre de 2012 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que respecto a la petición de que se facilitara al apelante la comunicación con el menor, se razonó que "carece de contenido la pretensión, dada la edad del menor 17 años y la condena del recurrente por un hecho de maltrato al menor (S. 14/7/2009) se considera adecuado dejar en libertad al hijo que se relacione con su padre en la forma que estime pertinente".

**SEGUNDO** -Don Celestino ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia.

El segundo motivo del recurso, único admitido a trámite, se fundamenta en la vulneración de los artículos 60, 79.2 y 80 del CDFA. La parte alega que conforme al artículo 79.2 los Jueces han de dictar las medidas necesarias para garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de los progenitores, y en el caso del recurrente se está vulnerando la posibilidad de mantener la relación del hijo con su padre, así como el ejercicio de la autoridad familiar, al no propiciarse mecanismo alguno de contacto con su hijo.

Solo el Ministerio Fiscal ha formalizado oposición al recurso, interesando la desestimación del motivo por entender, conforme a los hechos declarados probados y a la argumentación contenida en la sentencia recurrida, que no se ha producido infracción alguna de los preceptos citados por el recurrente como vulnerados, porque los mecanismos de contacto entre padre e hijo no se impiden o prohíben, sino que se someten a la voluntad del menor por los motivos tomados en consideración en las instancias, esto es, la condena del padre por un acto de maltrato del hijo, y la edad de este, 17 años en la actualidad.

**TERCERO**.- El primero de los artículos que se mencionan como infringidos es el 60 del CDFA. Dicho precepto, situado en el capítulo que regula los efectos de la filiación, dispone en su primer apartado, bajo el epígrafe " *La relación personal del hijo menor*", que " *El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja*".

El segundo de los artículos citados es el 79 del mismo texto legal, que se encuentra dentro de la sección referente a los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo; y en su apartado segundo establece el deber del Juez de dictar, en defecto de pacto entre los padres, las medidas necesarias para garantizar, subapartado a), " *la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, [...]*".



Finalmente, el artículo 80, en su número primero, párrafo tercero, dispone que en los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

De los tres preceptos citados, que debemos completar con la previsión contenida en el artículo 59 (en el que se establece el derecho y la obligación de los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar, o no vivan con el hijo menor, de "*visitarlo y relacionarse con él*" -apartado b-), se desprende, en la posición que ostenta el recurrente, que el padre tiene el derecho -un derecho-deber, en realidad- a relacionarse con el hijo.

Y para la efectividad del mismo el artículo 80.2 mencionado por la parte contempla, en los casos de concesión de la custodia individual a favor de uno de los progenitores, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro que le garantice -señala la norma- el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa la sentencia recurrida valora la concurrencia de dos circunstancias relevantes al resolver -y denegar- el establecimiento de una concreta forma -poder disponer del número de teléfono del menor- para la efectividad de la relación y comunicación entre ambos; por un lado la edad del joven, que contaba a la sazón 17 años, y por otro la condena del recurrente por maltrato a su hijo. En atención a las mismas se ha considerado -en las dos instancias- que era el menor quien debía decidir el modo de relacionarse con su padre, y que no convenía imponer para ello, judicialmente, un régimen preestablecido y tasado como el solicitado por el recurrente.

Esta decisión, como señala el Ministerio Fiscal, no infringe en modo alguno los preceptos ya mencionados porque tanto la edad del hijo, próximo a alcanzar la mayoría de edad, como la condena penal antes detallada, justifican que sea el joven quien libremente decida la forma de hacer efectivo lo que constituye para ambos, no solo para el padre, el derecho-deber de relación entre padre e hijo.

La situación de un menor de más de doce años de edad -con la relevancia que a ello otorga el art. 6 CDFA-, e incluso mayor de catorce años, es bien distinta de la de un menor de corta edad que no tiene capacidad suficiente para organizar y decidir por sí solo la forma de comunicarse, visitar y relacionarse con sus progenitores.

En efecto, en este último caso puede ser preciso concretar los cauces para facilitar el contacto paterno-filial, aunque no necesariamente convendrá establecer, en todos los supuestos, un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas -así se entendió por esta Sala en sentencia de 13 de julio de 2012, en la que se consideró que del texto del art. 79.2.a) CDFA *no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y frecuencia con la que han de verificarse las llamadas*; en el caso allí enjuiciado se alegaba por el padre que la madre no atendía las llamadas que realizaba el padre desde el extranjero e impedía la comunicación de este con sus hijos, y aunque se entendió que esa circunstancia no había quedado acreditada, no se accedió a una determinación del modo y frecuencia con que habían de verificarse las llamadas-.

Sin embargo, la valoración es diferente si nos hallamos ante un mayor de catorce años. Así, en la sentencia de este Tribunal de 16 de octubre de 2012, en un supuesto en el que se había acordado que el régimen de visitas del padre con sus hijas -gemelas de quince años de edad- fuese el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos, se razonó que no debía imponerse un sistema rígido de visitas en contra de la voluntad de unas menores que contaban ya quince años, y que este acuerdo adoptado en la instancia no infringía los artículos 59 y 60 CDFA.

El recurrente alude a la necesidad de ejercer las funciones propias de la autoridad familiar, pero no expresa en qué aspectos se ha visto privado del concreto ejercicio de la misma. Y la realidad es que no consta que la toma de decisiones se haya visto obstaculizada por el hecho de no haberse fijado a su favor un determinado régimen de visitas o comunicación, lo que, en este caso, se halla además plenamente justificado por las circunstancias tomadas en consideración en la sentencia recurrida.

Y junto a ello, con no inferior relevancia, se encuentra el hecho de la condena penal por maltrato al hijo, por la que el padre llegó a cumplir pena de prisión. El menor, en fin, tiene edad suficiente para determinar por sí solo, después de la difícil experiencia sufrida, cómo desea relacionarse con su padre, sin que resulte aconsejable imponer judicialmente la forma de hacerlo; será el hijo quien libremente lo decida, de la manera que estime conveniente. Así se ha acordado en la sentencia de instancia, sin privar al recurrente de la comunicación con su hijo, y esta decisión, como se ha razonado, no infringe los artículos 60, 79.2 y 80 CDFA en que se funda el recurso de casación.

Por lo expuesto, procede la desestimación del motivo y, en consecuencia, la del recurso interpuesto.



**CUARTO.-** La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien se plantean dudas de derecho que aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

#### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Celestino contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de septiembre de 2012 , que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

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

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJDOU