



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 47 de 2012

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

Excmo. Sr. Presidente /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D. Emilio Molins García-Atance /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a veintisiete de febrero 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 47/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de julio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 116/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 164/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Óscar, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Marina Sabadell Ara y dirigido por la Letrada D^a. Eva Zaro Becas y como parte recurrida D^a. Olga, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Carmen Ibáñez Gómez y dirigida por el letrado D. Eduardo Corujo Quintero, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Marina Sabadell Ara, actuando en nombre y representación de D. Óscar, presentó demanda de Modificación de Medidas contra D^a. Olga en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución por la que se acuerde “la modificación de los efectos derivados del divorcio, fijados en sentencias de divorcio en primera y segunda instancia, y concretamente, de las cláusulas tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, relativas al régimen de guarda y custodia, comunicaciones y visitas, a la pensión alimenticia de las hijas comunes, gastos de éstas y al uso de la vivienda familiar, acordándose la propuesta de pacto de relaciones familiares recogida en el hecho quinto de la presente demanda”. Solicitando por otrosí la práctica de prueba y medidas cautelares.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, acordándose también la formación de la pieza de medidas cautelares, compareciendo dentro de plazo, contestando a la demanda solicitando la demandada se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta, y por otrosí la práctica de prueba.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “*FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Óscar contra D^a. Olga. sobre modificación de medidas definitivas acordadas en la precedente Sentencia de fecha 4 de mayo de 2009, dictada en procedimiento de divorcio*”

contencioso Autos núm. 71/2009-B, seguidos en este Juzgado, declaro haber lugar a adicionar un nuevo párrafo en la medida tercera y a modificar las medidas cuarta, sexta y séptima del Fallo de la precitada sentencia, que quedan redactadas en los siguientes términos, permaneciendo invariable el resto de las medidas:

“3ª) La guarda y custodia de las dos hijas comunes menores de edad, Claudia y Julia, se atribuye a la madre, D^ª. Olga, compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar.

En el ejercicio de la autoridad familiar se precisará el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto autorización judicial, si no prefieren ambos acudir a la Junta de parientes, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentales de la vida, salud, educación y formación de las menores, en particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, a título meramente ejemplificativo, la decisiones relativas a fijación del lugar de residencia de las menores, y los posteriores traslados de domicilio que aparten a éstos de su entorno habitual; las referidas a salidas del territorio español; a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, de fe o de culto propios de una confesión religiosa de los menores de 14 años; y el sometimiento a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, así como de terapias psicológicas o psiquiátricas, esté o no cubierto por la Seguridad Social, salvo supuestos de urgencia que requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por el medio más rápido posible. Ambos progenitores tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijas, y a que se les facilite a los dos 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 ambos progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijas menores y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

“4ª) En defecto de acuerdo entre los progenitores, se establece el siguiente régimen mínimo de visitas, comunicación y estancias para que las hijas comunes puedan estar en compañía del progenitor no custodio:

a.- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17:30 horas hasta el lunes a la entrada del colegio. En el caso de poder unirse el fin de semana de visitas a un “puente escolar” las visitas se iniciarán a la salida del colegio del día de inicio del puente y finalizarán el día de inicio del colegio.

b.- Dos tardes entre semana, martes y jueves, desde la salida del colegio o, en su defecto a las 17:30 horas, hasta las 20:30 horas, que deberá retornarlas al domicilio materno.

c.- Mitad de los períodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, este último por quincenas alternas, eligiendo la madre en los años impares.

6ª) Cada progenitor contribuirá a sufragar el 50% del importe de los gastos extraordinarios necesarios y no necesarios, que la crianza y educación de las menores conlleva. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden los gastos médicos, ópticos, prótesis dentales, farmacéuticos o cualesquiera otros gastos no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de las hijas menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la asignación periódica. Por gastos extraordinarios no necesarios se entienden, a título ejemplificativo, los relativos a actividades extraescolares, música, deporte y/o idiomas, viajes o actividades de verano relacionadas con su educación y/o formación, gastos de matrícula Universitaria, en su caso. La realización del gasto extraordinario del tipo que sea requerirá el previo consentimiento de ambos progenitores expresado por escrito, o, en su defecto, deberá recabarse previa declaración judicial sobre su procedencia, salvo los urgentes o inaplazables. En defecto de uno y otro serán abonados por el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

7ª) Se limita temporalmente por plazo de diez años, computados hasta que la hija común menor de edad, Julia, cumpla la edad de catorce años, el uso de la vivienda familiar atribuido a la Sra. Z. S. en la previa sentencia de divorcio, a cuyo término cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las

concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino dar a la misma, y sin perjuicio de los acuerdos que sobre el particular adopten las partes antes del transcurso del referido plazo, en virtud del principio de libertad de autorregulación.” Sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.”

CUARTO.- Interpuestos por las Procuradoras Sras. Ibáñez Gómez y Sabadell Ara en tiempo y forma, sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado de los mismos a la contraparte y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron sendos escritos de oposición al recurso interpuesto de contrario, oponiéndose igualmente el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas la partes, se acordó con fecha 13 de marzo de 2012 no haber lugar a la prueba cuya admisión y practica habían solicitado las respectivas representaciones; recurrido en reposición dicho Auto por la representación de D. Óscar M., y previo el trámite legal, dictó nueva resolución desestimando el recurso. En fecha 20 de julio de 2012 dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: *“Fallamos: Que desestimando el recurso de D. Óscar y estimando en parte el de Dña. Olga, uno y otro contra la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 25 noviembre 2011 por el Juzgado de Primera Instancia Número 16 de Zaragoza, debemos revocar y revocamos en parte la citada resolución, en el único sentido de que Don Óscar deberá devolverlas a sus hijas al domicilio materno el domingo a las 8,30 o el día de finalización del puente a la misma hora, cenadas, duchadas y con los deberes escolares realizados. Sin especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias.”*

QUINTO.- La representación legal de D. Óscar interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos: “Primero.- Con amparo en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 80 del Código Foral de Aragón, por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida.- Segundo.- Con amparo en el artículo 477.2.3º Ley

de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 80.3 del CDFA, por inaplicación del criterio de adopción de la custodia compartida de forma preferente, creando inseguridad jurídica al valorar los informes técnicos de forma distinta en mismos supuestos, sin tener en cuenta el resto de los factores concurrentes.- Tercero.- Con amparo en el artículo 477.2.3º Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 80.5 del Código de Derecho Foral Aragonés, que es infringido.- Cuarto.- Infracción del artículo 82 del Código de Derecho Foral Aragonés: Sobre los gastos de asistencia a las hijas comunes.”

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 24 de octubre pasado se acordó por Providencia lo siguiente: “Visto el escrito de interposición del recurso de casación, la Sala estima que concurre causa de inadmisión en todos los motivos planteados, ya que aunque se menciona infracción de normas del ordenamiento jurídico, Código Foral de Aragón, artículos 80 y 82 se discute la valoración de la prueba, basando el desarrollo del recurso en su disconformidad con dicha valoración; pero el recurso de casación no constituye una tercera instancia, y en su formulación ha de mantenerse un escrupuloso respeto a los hechos probados.-En consecuencia, procede dar el trámite previsto en el art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y poner de manifiesto a las partes las circunstancias ya expresadas a fin de que en el plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen procedentes.”

Dentro de plazo, las partes presentaron los correspondientes escritos de alegaciones, manifestando el Ministerio Fiscal que “se debiera admitir el recurso de casación en el ámbito estricto de la custodia compartida-custodia individual”, y la representación legal del recurrente y recurrido, en apoyo de sus pretensiones.

En fecha 27 de noviembre de 2012 la Sala dictó Auto declarándose competente para el conocimiento del recurso de casación y acordando no admitir a trámite el motivo segundo del recurso planteado por la representación legal de D. Óscar, admitiéndose a trámite sus motivos primero, tercero y cuarto. Del recurso presentado se dio traslado a las otras

partes. La representación de D^a Olga se opuso al recurso de contrario y el Ministerio Fiscal consideró que se debiera desestimar el recurso de casación foral, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza declarando la custodia individual de las hijas comunes a favor de la madre con el amplio régimen de visitas a favor del padre: es decir todo ello en los términos establecidos por la sentencia a quo recurrida.

Por providencia de 2 de enero de 2013 se acordó señalar para votación y fallo el día 6 de febrero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De lo actuado en las instancias procesales resulta comprobado que Don Óscar y Doña Olga contrajeron matrimonio en Zaragoza, el día 6 de junio de 2003. De dicha unión nacieron dos hijas: Claudia, nacida el 15 de marzo de 2004, y Julia, nacida el 24 de mayo de 2007.

Se tramitó proceso de divorcio contencioso, ante el juzgado de Primera Instancia n^o 16 de esta capital, en procedimiento 71/2009-B, en el que recayó sentencia definitiva dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, de fecha 22 de diciembre de 2009. En ella se estableció la guarda y custodia de la madre respecto de las hijas, con un régimen de visitas a favor del padre.

La representación de éste ha instado la modificación de medidas, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional segunda, 1, de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón. Solicita la custodia compartida de las hijas, además de otros pedimentos.

En primera instancia la demanda ha sido parcialmente estimada. El fallo de la sentencia recaída mantiene la guarda y custodia de las dos hijas comunes, menores de edad, a favor de la madre, aunque modifica disposiciones sobre la forma de ejercicio de la autoridad familiar (medida 3^a del fallo de la sentencia de divorcio); establece un nuevo régimen de visitas del progenitor no custodio respecto de sus hijas (medida 4^a); modifica la contribución de los progenitores a los gastos extraordinarios de las hijas

(medida 6^a); y limita temporalmente el uso de la vivienda familiar, atribuido a la Sra. Z. (medida 7^a).

Dicha sentencia aprecia, respecto al fondo de la cuestión planteada, tras valorar la prueba practicada en autos, que son relevantes para adoptar la decisión: la edad de las hijas, Claudia de siete años y ocho meses y Julia de cuatro años y seis meses, cuya opinión ha sido conocida a través del informe pericial psicológico, habiendo expresado a la perito “su deseo de continuar viviendo con su madre y su rechazo a la solicitud paterna de guarda y custodia compartida”; el arraigo social y familiar, en cuanto las menores y su madre residen en Utebo, y aquéllas asisten al colegio público Octavus; el informe pericial, que concluye en recomendar que las menores permanezcan con la madre, “que representa la principal figura de su mundo afectivo y les ha proporcionado la estabilidad y seguridad que han requerido”; para finalmente estimar que se ha consolidado una situación que asegura “la estabilidad emocional y física de las menores, cuya dinámica habitual no debe verse alterada innecesariamente”.

Apelada la sentencia por la representación de ambos litigantes, la Audiencia Provincial, en sentencia de 20 de julio de 2012, estima en un punto el recurso de la madre, acerca de horario de devolución de las niñas cuando estén de visita con su padre, y desestima el de éste.

Frente a dicha sentencia se alza el actor, interponiendo recurso de casación, por infracción de los siguientes preceptos sustantivos: art. 80 CDFA; art. 80.3 CDFA; art. 80.5 CDFA; y art. 82 CDFA. De dichos motivos, el segundo ha sido inadmitido, al ser la norma cuya infracción se denuncia instrumental, no sustantiva, en cuanto previene que *“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 las personas menores”*, sin que la aplicación del precepto afecte al fondo de la cuestión debatida; además de que la parte recurrente, en el desarrollo del motivo, rebate la valoración de las pruebas practicadas en las instancias, con olvido de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que se centra en examinar la corrección en la aplicación del derecho sustantivo en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Los motivos primero y tercero del recurso de casación, que denuncian la infracción del art. 80 CDFA, por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida, y del art. 80.5 CDFA, conforme al cual *“La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor”*, van a ser examinados conjuntamente, dada su conexidad, y por coincidir la petición de la parte en ambos motivos, en cuanto solicita la custodia compartida por ambos progenitores respecto de las dos hijas menores.

TERCERO.- La sentencia dictada por la Audiencia Provincial no desconoce el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, establecido por el legislador aragonés en el art. 80 CDFA; antes bien, en el fundamento de derecho tercero, primer párrafo, de la sentencia recurrida, se recuerda el contenido de dicha norma y la jurisprudencia de esta Sala acerca de su aplicación. Expresamente toma en consideración la relevancia de los informes sicosociales practicados en autos y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio.

En el caso de autos, las razones por las que la sentencia recurrida mantiene el fallo de primera instancia, en cuanto al mantenimiento de la custodia a favor de la madre, son las siguientes: *“según el informe de la psicóloga adscrita al juzgado de familia, al que la Sala estará por su independencia y objetividad, las niñas se encuentran bien adaptadas a su entorno y circunstancias actuales, teniendo adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional como a nivel educativo y de crianza, salvo en lo que respecta al conflicto parental, pues a nivel familiar se ven inmersas en la continua conflictividad y tensión existente entre los progenitores, situación que ha generado en ellas, especialmente en Claudia, sentimiento de insatisfacción y malestar, con repercusión negativa en el mantenimiento de un satisfactorio vínculo paterno-filial, aconsejando la psicóloga una intervención terapéutica con esa menor”*; *“ambas hijas refieren un cierto deterioro y distanciamiento con su padre, señalando que no les*

resultan gratificantes los periodos de tiempo y actividades que comparten con éste y su entorno familiar, quejándose de la actitud mantenida por su padre de transmisión de informaciones relacionadas con el procedimiento judicial, así como de verbalizaciones negativas sobre su madre”; “las dos están especialmente unidas a ella, quién representa para las mismas la principal figura de su mundo afectivo, recogiendo la psicóloga su desacuerdo con la solicitud paterna de una guarda y custodia compartida y su deseo de permanecer con su madre”.

Tales argumentaciones no resultan arbitrarias ni contrarias a criterios de lógica, sino que son el fruto del análisis ponderado de la prueba practicada, cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia. De esta forma, habiendo explicitado la sentencia recurrida las razones que conducen a mantener la custodia individual de las menores a favor de la madre, queda justificado el abandono del criterio general respecto a la decisión adoptada, en beneficio e interés de las menores de edad.

Respecto de la invocada infracción del art. 80.5 del CDFA, el motivo también ha de ser desestimado. La sentencia de la Audiencia Provincial no rechaza la custodia compartida por el mero hecho de que se oponga a ella la madre, que trata en este proceso de mantener la custodia individual que tiene asignada, sino que valora esta oposición juntamente con las restantes pruebas practicadas, y tiene en cuenta la conflictividad y tensión existente entre los progenitores expresando –según valoración de la psicóloga, que la Audiencia acepta- que “para que la petición paterna de guardia y custodia compartida sea beneficiosa para sus hijas y no se convierta en un nuevo objeto de litigio es imprescindible la desaparición de la conflictividad entre los padres”. Pero tiene en cuenta que esta conflictividad no resulta imputable de modo exclusivo a la madre, al centrarse “los progenitores más en el propio enfrentamiento que en las necesidades de sus hijas”.

CUARTO.- El correlativo motivo de recurso denuncia la infracción del art. 82 del CDFA, sobre los gastos de asistencia a las hijas comunes, y expresa en su desarrollo razonamientos referidos a la actividad profesional de ambos progenitores y a sus ingresos. La petición formulada al efecto en el recurso de apelación fue desestimada conforme a la siguiente argumentación

de la Audiencia: “mantenido el régimen de guardia y custodia exclusiva de la madre, queda intocada la pensión por alimentos vigente, en cuanto las peticiones del recurso se refieren exclusivamente al caso de modificación del sistema de guarda” (Fundamento de Derecho 4º).

Esta argumentación hacía referencia más a la congruencia de la decisión con la petición deducida que al fondo del asunto, y examinado el escrito en el que se articuló el recurso de apelación por la representación del Sr. M. es de observar que el reparto de gastos de asistencia de las hijas se demandaba en caso de fijarse una guardia y custodia compartida –apartado 3º de las alegaciones, folio 25- de modo que la sentencia recurrida no ha entrado a resolver sobre dicha cuestión al no dar lugar a la custodia compartida que se pretendía.

Por las razones expuestas el motivo será desestimado.

QUINTO.- 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 D. Óscar contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de julio de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Decretamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Librese 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.