

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal nº 40/ 2013

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. Javier Seoane Prado /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

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

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 40/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 26 de julio de 2013, recaída en el rollo de apelación número 165/2013, dimanante de autos núm. 772/2011 de Modificación de Medidas, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Guillermo S. S. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Silvia Tizón Ibáñez y dirigido por la Letrada D^a. Xenia Cabello Cánovas, y

como parte recurrida D^a. Nuria M. M., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Ángeles Ruiz Viarge y dirigida por el Letrado D. Felipe Mateo Bueno, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Silvia Tizón Ibáñez, actuando en nombre y representación de D. Guillermo S. S., presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. Nuria M. M. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase Sentencia por la que, estimando la presente demanda, se modifique las medidas vigentes sustituyéndolas, en lo referente al régimen de visitas, guarda y custodia, pensión de alimentos y uso del domicilio, por las contenidas en el siguiente PACTO DE RELACIONES FAMILIARES:

“1.- LA AUTORIDAD FAMILIAR Y LA GUARDA Y CUSTODIA SOBRE EL MENOR.-

Será compartida por ambos progenitores, estableciéndose el siguiente régimen de convivencia para que Guillermo se relacione con cada uno de sus progenitores:

El menor estará con su padre meses alternos desde las 20 horas del último día del mes a las 20 horas del último día del mes siguiente.

El menor estará con su madre meses alternos desde las 20 horas del último día del mes a las 20 horas del último día del mes siguiente.

La entrega del niño se producirá en el domicilio del progenitor que haya tenido la custodia en el periodo anterior, o donde éste determine, siempre con suficiente antelación.

En defecto de acuerdo debe establecerse un régimen de visitas para el progenitor no custodio consistente en los miércoles desde la salida del colegio (en su caso 17:30 horas) hasta las 20 horas y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20 horas.

Deberán respetarse, en su caso, las actividades extraescolares que hayan acordado los padres conjuntamente. La entrega del niño se producirá en el domicilio del progenitor custodio actual, o donde éste determine, siempre con suficiente antelación.

Las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y El Pilar se repartirán por mitades. Los meses de julio y agosto se repartirán entre los progenitores por quincenas pudiendo ser la elección entre primeras quincenas y segundas quincenas. En caso de discrepancia la elección de los periodos correspondientes la efectuará el padre en los años pares y la madre en los impares. Estos periodos vacacionales interrumpirán el régimen de custodia, es decir, el progenitor no custodio antes del periodo vacacional, pasará a ser custodio después del periodo vacacional. Los periodos vacacionales mencionados (excepto los meses de julio y agosto) comienzan a la salida del colegio del último día antes de las vacaciones y termina a las 20 horas del último día de vacaciones escolares, momento en que será recogido (si es el caso) por el progenitor custodio en la siguiente semana.

Fuera de los periodos vacacionales mencionados, las festividades entre semana serán disfrutadas por el menor con el progenitor al que corresponda la custodia en ese mes, no procediendo visita intersemanal en estos días, caso de tratarse de un miércoles.

2.-PARTICIPACIÓN EN LOS GASTOS.-

Cada progenitor deberá satisfacer los gastos ordinarios que se generen cuando el menor se encuentre con ellos, debiendo abonar D. Guillermo a D^a. Nuria la cantidad de 150.- euros en los meses que el niño se encuentre con su madre.

Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por ambos progenitores. Para poder atender a los gastos que no sean estrictamente de alimentación o cuidado cuando esté el hijo con su padre o con su madre, se propone que en la cuenta común a nombre de los dos progenitores estos ingresen cada uno mensualmente la cantidad de 100€, y en esta se domicilien esos gastos del menor. No obstante, esa cantidad se revisará anualmente conforme a los gastos acordados por ambos progenitores; si hubiera un gasto puntual, o el saldo resultara insuficiente, cada uno de los progenitores ingresará en esa cuenta el 50% de la cantidad.

3.- DESTINO DE LA VIVIENDA Y DEL AJUAR FAMILIAR.-

No existe vivienda conyugal.

4.-LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.-

Habiéndose pactado el régimen económico de separación absoluta de bienes constante matrimonio, no existen bienes comunes por lo que no procede disolución ni liquidación alguna.

Y todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre el abono de las costas causadas, debiendo soportar cada parte las causadas a su instancia.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal emplazándolos para que comparecieran en autos en tiempo y forma haciéndolo dentro de plazo y oponiéndose a la misma, y solicitando la demandada que, previo los trámites legales, se dictase sentencia, por la que se desestime en todas sus partes, la demanda interpuesta de adversa, no dando lugar las modificaciones pretendidas de cambio de guarda y custodia compartida, manteniéndose vigentes las medidas acordadas por las partes en Convenio de divorcio de fecha 20 de diciembre de 2007 ratificado que fue por ambos padres a presencia judicial y aprobado por Sentencia de 14 de marzo de 2008, Convenio que debe ser considerado como el Pacto de Relaciones Familiares. Por otrosí, solicitó la práctica de prueba documental. Compareció en tiempo y forma el Ministerio Fiscal.

Admitida la contestación y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Que debo estimar y estimo en lo sustancial la demanda de modificación de las medidas adoptadas por la Sentencia de fecha 14/03/2008 dictada por este Juzgado, en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo señalado con el nº 47/08, deducida por la Procuradora D^a Ana Silvia Tizón Ibáñez, en nombre y representación de D. GUILLERMO S. S., contra D^a. MARÍA NURIA M. M., representada por la Procuradora D^a María Nieves Omella Gil, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y

con efectos desde el uno de febrero de dos mil trece, la guarda y custodia del hijo común, GUILLERMO S. M., sea ejercida de forma compartida, por ambos progenitores, D^a MARÍA NURIA M. M. y D. GUILLERMO S. S., por periodos iguales y alternos de UN MES, manteniéndose vigente hasta la señalada fecha (1/02/2013) el actual sistema de guarda y custodia y visitas, conforme a lo acordado en la Sentencia de divorcio. Dicha alternancia se adaptará durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano a lo acordado en relación a tales periodos.

A partir del día señalado, y teniendo en consideración lo que al respecto se dejó dicho en el párrafo primero in fine del FD CUARTO de esta resolución, regirá como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, en el periodo de que se trate no tenga bajo su custodia al menor, el siguiente:

- Los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida de la menor del Colegio –o a las 17:00 horas, si coincidiera en periodos vacacionales, o se tratara de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente-, hasta las 20:00 horas del domingo inmediato siguiente, y dos tardes a la semana (que, a falta de acuerdo entre los progenitores, serán martes y jueves, desde la salida del colegio y hasta las 20.30 horas, en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda, uniéndose al día inmediato anterior, o posterior, los puentes escolares. En las semanas que al progenitor no custodio en el periodo que se trate no le corresponda la convivencia con el hijo, uno de los dos días que corresponde la visita entre semana (los jueves, a falta de acuerdo), lo será con pernocta, de forma que lo recogerá en el Colegio a la hora antes señalada, reintegrándolo al mismo Centro escolar al día siguiente. Si el jueves correspondiente, o el viernes fueren no lectivos conforme al Calendario escolar, la recogida y entrega tendría lugar en el domicilio del menor.

- En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de la forma que en años impares, el padre pasará con la hija las primeras quincenas de julio y agosto, y con la madre las segundas quincenas de los mismos meses, siendo al contrario en años pares.

- Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12

horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que el hijo cada año esté con cada uno de los progenitores en las fecha señaladas de Navidad. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

- Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

Si procediera, por no estar expresa o especialmente previsto, la alternancia en la preferencia de la elección del turno corresponderá al padre en años impares y a la madre en años pares.

Corresponderá al padre el primer periodo de convivencia con el menor. Los cambios de convivencia (excepto para el caso del primer periodo de convivencia del sistema de guarda y custodia compartida que se establece) tendrán lugar los días 30 del mes que corresponda, (en febrero, el último día del mes, sea de 28 o de 29 días, y el resto de los meses de intercambio, sean de 30 o de 31 días), siempre –con independencia de si rige horario de mañana y tarde, o solo de mañana- a la hora de salida del Colegio del menor –donde será recogido por el progenitor al que le corresponda iniciar el periodo de convivencia con el niño_, o, en su defecto –por coincidir en periodos vacacionales, o tratarse de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente-, a las 17:00 horas, que deberá ser entregado en el domicilio del padre o de la madre donde vaya a residir el menor en el concreto periodo que se inicie.

Como contribución de los progenitores a los gastos del hijo, ambos sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, y de recreo o entretenimiento del menor en las épocas que el niño permanezca con cada uno de ellos, sin perjuicio de los reintegros que entre ellos procedan, debiendo el padre ingresar la cantidad de DOSCIENTOS EUROS (200 €) mensuales, en las condiciones, periodicidad y criterios de actualización determinados en la Sentencia de divorcio, para atender los demás gastos ordinarios del menor (o parte proporcional de los mismos), tales como abono de las actividades extraescolares, reposición del material escolar durante el Curso, y otros de similar naturaleza y finalidad.

Los gastos extraordinarios necesarios que la salud, educación o formación integral de la menor demandaren en cada momento, se abonarán por mitad entre ambos progenitores, y los gastos extraordinarios no necesarios conforme a lo legalmente establecido, de forma que 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.

El progenitor que tenga en cada momento la custodia del hijo, deberá tener en su poder todos los documentos del menor como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento que tuviera prescrito.

En lo que resultaran de aplicación, se considerarán vigentes las restantes medidas acordadas en la sentencia de fecha 14/03/2008 dictada por este Juzgado, en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo señalado con el nº 47/07, en todo aquello que no se oponga o contradiga a lo que en la presente resolución se acuerda, o sea consecuencia necesaria y directa de ello.

Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.”

Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Tizón, presentó escrito en fecha 17 de diciembre de 2012, interesando la aclaración y rectificación de la sentencia en los términos que consta en autos y previa contestación de la otra parte, se dictó Auto de fecha 21 del mismo mes y año, acordando no haber lugar a rectificar y aclarar la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012, dictada en este procedimiento.

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Omella Gil en nombre y representación de D^a. María Nuria M. M. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose ambos al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, se llevó a efecto la prueba solicitada que fue admitida, con el resultado que consta en las actuaciones.

Con fecha 26 de julio de 2013 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a Nuria M. M. frente a la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o Dieciséis, en autos de modificación de medidas n^o 772/11, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, desestimamos la demanda de modificación de medidas acordadas por la sentencia de 14 de marzo de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o Dieciséis, que se mantienen con las siguientes modificaciones:

- *El régimen de visitas a favor del actor será el siguiente:*

Viernes a la salida del menor del colegio o a las 17 horas, si coincidiera en periodo de vacaciones o se tratara de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente, hasta la entrada del colegio o 10 horas de la mañana en su caso del lunes. Los denominados puentes escolares se unirán al fin de semana que corresponda semanalmente el menor en compañía del progenitor al que le este asignado el fin de semana siendo las condiciones de entrega y recogida las mismas pero correspondientes al día anterior o posterior en su caso.

Igualmente disfrutará dos tardes a la semana, que a falta de acuerdo entre los progenitores será de martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20,30 el primer día y desde la salida del colegio hasta la mañana siguiente el segundo, si los días no fueran lectivos las entregas y recogidas serán en el domicilio materno, quedando suprimidos estos días en caso de coincidencia con puentes escolares en los supuestos anteriormente mencionados.

Las vacaciones de verano se dividirán en dos periodos, desde el último día lectivo del mes de junio hasta el 31 de julio a las 10 horas; y desde esta fecha al primer día lectivo del mes de septiembre. Durante este año regirá el sistema actual, teniendo efectividad el nuevo régimen a partir del verano siguiente.

En cuanto al periodo de vacaciones de Navidad y Semana Santa se estará al sistema fijado en la Sentencia apelada.

Respecto al procedimiento de elección de los turnos la preferencia del mismo corresponderá al padre en años impares y a la madre en años pares.

- *La pensión alimenticia a cargo de D. Guillermo Serrano Salas queda fijada en 650 euros mensuales a partir de la próxima mensualidad del mes de septiembre.*

- *Los gastos extraordinarios se devengarán por los progenitores en la proporción del 80% el actor y 20% la demandada.*

Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en ambas instancias.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.”

CUARTO.- La representación legal de D^a. Nuria M. M. solicitó subsanación de la sentencia al observar: “que no aparece reflejado en el fallo que la pensión se debe actualizar anualmente, atendiendo a los IPC, no dándose lugar a la subsanación por auto de 3 de septiembre de 2013.

La Procuradora Sra. Tizón Ibáñez en nombre y representación de D. Guillermo S. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de infracción procesal y casación, basándolos, el primero, en aplicación del artículo 82 del CDFA y 146 del Código Civil; el segundo, al amparo del art. 76.2 y 80.2 del CDFA.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Sección Segunda acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente, a quién pasaron las actuaciones para resolver.

En fecha 31 de octubre pasado se dictó providencia del siguiente tenor:

“Visto el escrito de recurso interpuesto por la representación de D. Guillermo S. S. contra la sentencia de 19 de julio de 2.013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, considera la Sala que el mismo podría incurrir en alguna causa de inadmisión el motivo de infracción procesal por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 473.2 LEC, óigase a las partes para que en el plazo de diez días formulen las

alegaciones que estimen pertinentes sobre la concurrencia de la siguiente posible causa de inadmisión:

Se formula un único motivo de infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, violación del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación del artículo 8 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, artículo 82 del Código Foral de Aragón y artículo 146 del Código civil, y error en la valoración de la prueba. En tal formulación se acumula una cita de infracciones heterogéneas tanto de naturaleza procesal como sustantiva, lo que no tendría cabida en un motivo de infracción procesal (causa de inadmisibilidad del artículo 473.2.1º en relación con el artículo 469.1 LEC). Sin embargo, no se articula un motivo de casación en relación con la denunciada infracción de error en la prueba, sobre la pensión de alimentos. Finalmente, el supuesto error de valoración parece apoyarse en las apreciaciones de la parte sobre los recursos de los progenitores y no en pruebas objetivas que puedan avalar el supuesto error, con la consecuencia de arbitrariedad, irracionalidad o falta radical de lógica, lo cual podría constituir causa de inadmisibilidad del recurso del artículo 473.2.2º LEC por carecer manifiestamente de fundamento.

En cuanto a la aportación con el escrito de recurso de un documento consistente en unas hojas del periódico Heraldo de Aragón, no se admite por no resultar pertinente, ni existir trámite previsto en el recurso de casación para la aportación documental ni la práctica de prueba, dada su naturaleza de recurso extraordinario -no tercera instancia- cuya única finalidad es la de revisar el ajuste a derecho de la sentencia recurrida. En consecuencia, devuélvase el documento a la parte.”

Las partes presentaron sus alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal, por su parte, “que se debe inadmitir el REIP, por carecer manifiestamente de fundamento:

II.1.-En el REIP, el recurrente mezcla indebidamente cuestiones procesales de valoración de la prueba propias de este recurso extraordinario procesal (STS 544/2012, 25 septiembre, FJ 2) con valoraciones o calificaciones jurídicas del Art. 82 CDFA “principio de proporcionalidad” en

los “Gastos de Asistencia a los hijos” que es propio del RC, pero este recurso no ha sido interpuesto por supuesta infracción del citado Art. 82 CDFA, ya que el único RC interpuesto es por el motivo de infracción del Art. 80.2 CDFA: no reconocimiento de la custodia compartida del hijo común.

II.2.- El REIP por vulneración del Art. 24 CE no tiene su anclaje en un correlativo RC (eventual infracción del Art. 82 CDFA), por lo que no tiene competencia funcional el TSJAR (art. 73.1.a Ley Orgánica del Poder Judicial y Disp. Final Decimosexta.1.1ª LEC).”

Por Auto de fecha 5 de diciembre de 2014 la Sala acordó:

“1.- Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación y del motivo de infracción procesal.

2.- Admitir a trámite el recurso de casación en su único motivo.

3.- Inadmitir el motivo de infracción procesal.

Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida en los términos prevenidos en el artículo 485 LEC para que en el plazo de veinte días pueda formalizar escrito de oposición, si lo estimare pertinente.”

La parte contraria presentó su escrito de alegaciones en apoyo de sus pretensiones y por su parte, el Ministerio Fiscal, consideró: “Que se debiera estimar el recurso de Casación Foral, Casar la sentencia de la AP Zaragoza 413/2013, 26 julio, DECLARANDO LA CUSTODIA COMPARTIDA del hijo menor GUILLERMO, hoy de 7 años de edad (nacido el 28 de octubre de 2006) (Art. 487.3 LEC): tal como la había configurado el Juzgado de Familia nº 16 de Zaragoza, en su citada Sentencia 624/2012, 21 noviembre.”

Y no habiéndose solicitado la celebración de vista y no considerándola conveniente la Sala, se señaló para votación y fallo el día 12 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben citarse los siguientes:

1.- Del matrimonio entre actor y demandada celebrado el 21 de octubre de 2005 nació un niño, Guillermo, el 28 de octubre de 2006.

2.- En autos de divorcio de mutuo acuerdo recayó sentencia de 14 de marzo de 2008 en la que la guarda y custodia del hijo quedó atribuida a su madre.

3.- El 8 de septiembre de 2011 presentó el padre la demanda de modificación de medidas de la que deriva el presente recurso solicitando, en lo esencial, el régimen de guarda y custodia compartida del hijo común.

SEGUNDO.- La sentencia de 21 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 estimó en lo sustancial la demanda y estableció la custodia compartida del menor por períodos mensuales con efecto a partir del 1 de febrero de 2013, fijando una pensión a cargo del padre de 200 euros mensuales.

La sentencia basaba su decisión en que no se había acreditado inconveniente por razón de la edad del menor o de que fuera a carecer de arraigo social o familiar en el entorno donde residirá en cada momento con cada progenitor. Y, fundamentalmente, en la opinión del menor expresada ante la psicóloga adscrita al Juzgado quien afirmaba en su informe que *“tiene una buena vinculación afectiva tanto con su madre como con su padre y con las familias extensas de ambos, que está adaptado a la situación porque habla indistintamente cuando está con papá y con mamá, facilitando toda explicación sobre lo que hace con uno y otro, hecho que indica que vive su situación de forma normalizada, y que la madre entiende que los contactos frecuentes entre padre e hijo son positivos y necesarios para Guillermo, añadiendo que el menor se va muy contento con su padre y vuelve satisfecho deseando volver a estar con él”*.

Se refería la sentencia también a la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad del hijo y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, reseñando del informe psicológico que *“ambos progenitores reúnen unas buenas condiciones y recursos personales para afrontar la crianza de su hijo de forma satisfactoria”*.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, fue estimado por la sentencia de 26 de julio de 2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el sentido de mantener la custodia individual a cargo de la madre con régimen de visitas de fines de semana alternos desde el

viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del centro escolar, y dos tardes durante la semana, la segunda de ellas hasta la mañana siguiente.

En el fundamento cuarto de la sentencia se recoge el contenido del informe psicológico en el sentido ya reseñado sobre la positiva y estrecha relación con el padre alcanzada a partir de los encuentros y visitas establecidos judicialmente. Respecto al padre destaca del informe que verbaliza un discurso preestablecido dando respuestas repetitivas y poco concisas a lo que se le preguntaba, y que presenta un estilo educativo indefinido y transmite desconocimiento de pautas y rutinas cotidianas acordes a la edad y circunstancias de su hijo. Del informe reitera también la sentencia la satisfactoria relación del niño con su padre desarrollada durante las estancias con él, así como las buenas condiciones y recursos personales de ambos progenitores para afrontar la crianza de su hijo de forma satisfactoria, si bien entiende que la madre está en mejor disposición de proporcionar al menor la seguridad y estabilidad que necesita para su mejor desarrollo. Considera que no se deduce que el padre haya tomado conciencia de las adaptaciones en su vida presente y futura necesaria para asumir la corresponsabilidad total en la educación y crianza del hijo, siendo necesario que se implique activamente y en mayor medida como paso previo necesario a la custodia compartida.

Se refiere la sentencia a la constancia en autos de informes psicológicos aportados por la parte actora y ratificados en la vista, si bien afirma que parece evidente la mayor relevancia del informe técnico realizado por el Gabinete adscrito al Juzgado, que se ha entrevistado con ambos progenitores y de cuya objetividad o imparcialidad no existe motivo alguno para dudar. Y se inclina por la recomendación de este informe que, aun observando en ambos progenitores buenas condiciones y recursos por el cuidado del hijo, estima que la progenitora proporciona al menor una seguridad y estabilidad más adecuada para su desarrollo.

Finalmente, se refiere la sentencia recurrida a que se ha aportado en segunda instancia un informe del Colegio en el que cursa sus estudios el niño del que se deduce una buena evolución escolar del mismo. Dice la sentencia que no puede deducirse del informe un relación causa-efecto entre la evolución académica del menor con la forma de custodia fijada, que a partir

del mes de febrero pasó a ser compartida, y siguen existiendo algunas carencias en áreas relativas a la confianza y autoestima y una dificultad en la adaptación a situaciones nuevas, de donde se concluye en la necesidad de no introducir en el menor cambios demasiado sensibles que pudieran afectar a su estabilidad por lo que se establece la custodia individual materna con un amplio régimen de visitas como forma de custodia más adecuada en beneficio del hijo común.

TERCERO.- El motivo único del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 76.2 y del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) en relación con el artículo 217 de la LEC.

Afirma la parte recurrente que el interés del menor, que la sentencia recurrida invoca para establecer la custodia individual, es tenido en cuenta por el legislador al señalar en el artículo 80 CDFA que se protege mejor mediante la custodia compartida, de tal forma que solo en casos concretos y por las razones expuestas en la propia norma podrá excepcionarse. Considera que no existe en la sentencia recurrida expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador, por lo que al no hacerlo así infringió el artículo 80.2 del CDFA.

El Ministerio Fiscal apoya el recurso de casación partiendo del criterio legal preferente de la custodia compartida. Destaca del informe psicosocial la buena relación afectiva del menor con ambos progenitores y con la familia extensa de los dos, así como las buenas condiciones y recursos personales de los padres para la crianza del hijo. Pese a ello, le resulta llamativo al Ministerio Fiscal que el informe psicológico aconseje la custodia individual manteniendo al padre como visitador amplio de fines de semana alternos.

CUARTO.- Todas las partes en el presente procedimiento, y las sentencias del Juzgado y de la Audiencia recuerdan la doctrina sentada por esta Sala en aplicación del artículo 80 del CDFA.

Decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2.012 (recurso 27/2011), con referencia a otras anteriores sobre esta materia, que el criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia

compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

Como consecuencia de lo anterior, expresábamos en nuestra Sentencia de 18 de abril de 2012 (recurso 31/2011), reiterada en la de 27 de noviembre de 2012 (recurso 32/2012), que *“siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará”*.

Desde el pleno respeto a los hechos que en las sentencias de instancia y apelación se consideran probados, debe esta Sala examinar si en el caso concreto se ha protegido adecuadamente el principio del interés del menor, que el Tribunal Supremo considera con relevancia, desde el punto de vista del interés casacional, para la revisión en este recurso extraordinario de la aplicación de los criterios legales tendentes a su protección.

Así, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el interés del menor se erige en el principio rector en la interpretación de los preceptos del Código civil (señaladamente el artículo 92), reiterando (STS 1ª, Pleno, de 31 de enero de 2013, nº 823/2012, recurso 2248/2011) que *“la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre”*, tal como afirma la STS 154/2012, de 9 de marzo, con cita de la 579/2011, de 22 de julio y 578/2011, de 21 de julio”.

Y continúa: *“La razón se encuentra en que “el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este” (...). Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés.*

Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011)".

Con mayor razón debemos reafirmar tales principios rectores en la interpretación de las normas relativas a la guarda y custodia de los menores, partiendo de que en la legislación aragonesa, a diferencia del Código civil, se establece un criterio legal preferente, el de la custodia compartida, como el que mejor defiende el interés del menor.

Persiguiendo la mejor aplicación de este principio la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun sin precepto en el Código civil que regule como preferente el régimen de custodia compartida, se pronuncia ya reiteradamente en la misma línea de considerar que este principio se consigue por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, lo que determina en dichos supuestos la adopción del régimen de custodia compartida por salvaguardar mejor el interés de los menores. Lo expresa así su sentencia nº 495/2013, de 19 de julio de 2013, recurso 2964/2012, interpretando el artículo 92.8 del Código civil:

“La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

El Tribunal Supremo considera ajustado a la función casacional revisar el modo de aplicación de este principio por los tribunales de instancia mediante el enjuicimiento en esta sede del ajuste de sus resoluciones al interés del menor.

Respecto a los informes psicológicos que fijan como guía rectora de su actuación la estabilidad de los niños si continúan al cargo de su madre, aunque se aprecie que ambos progenitores están en buenas condiciones para afrontar convenientemente la educación y crianza de sus hijos, dice la citada sentencia de 19 de julio de 2013:

"Pues bien, lo que la sentencia dice es que tal sistema de custodia no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que "esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa para Pablo y Javier, ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos ", añadiendo que " para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores".

Y para el caso concreto que examina en el recurso de casación, añade:

La sentencia omite otras cosas. Omite que los hijos "tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos", sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre.

Por consiguiente, como dice el informe del Ministerio Fiscal, "la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado". La solución aplicada en la resolución recurrida ha tenido en cuenta un solo parámetro, y no otros que aparecen como hechos probados, "imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, para aproximarle al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos."

En el caso que examinamos la sentencia recurrida, de igual forma, funda su decisión de forma exclusiva en el informe de la psicóloga adscrita al Juzgado, que igualmente fue la base de la decisión del Juzgado, si bien en sentido contrario. Ya se ha reflejado el contenido de dicho informe que reconoce la buena relación del niño con su padre, alcanzada a partir de las visitas establecidas judicialmente, la buena vinculación afectiva con ambos progenitores de los que se afirma (de ambos) que reúnen buenas condiciones y recursos personales para afrontar la crianza de su hijo de forma satisfactoria. De la opinión del menor se dice, según el informe, que va muy contento con su padre y vuelve satisfecho y deseando volver a estar con él.

Se recoge en el informe psicológico el inconveniente de que el padre presenta un estilo educativo indefinido y transmite desconocimiento de pautas y rutinas cotidianas acordes a la edad de su hijo, precisando implicarse más activamente como paso previo necesario a la custodia compartida. Ello determina al tribunal de apelación a no introducir en el

menor cambios sensibles que puedan afectar a su estabilidad y a mantener el sistema de custodia individual.

Respecto al seguimiento de esta idea de la protección de la estabilidad del menor por encima de cualquier otra consideración, el Ministerio Fiscal expresa de manera gráfica que parece que el informe psicológico busca padres (varones) perfectos e ideales que después de la ruptura matrimonial ya sean conocedores de todas las técnicas educativas del progenitor perfecto sin valorar las necesidades afectivas del hijo, del propio padre y de la igualdad en las relaciones parentales.

En el recurso de casación 32/2011 de esta Sala, en el que se debatía la custodia de un menor de seis años de edad, la sentencia del Juzgado otorgó la custodia compartida, que fue revocada después por la dictada por la Audiencia Provincial por los cambios que se introducirían *“alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables”*, separándolo además de su hermano de madre de casi dos años de edad. En nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2011 que puso fin a ese recurso de casación decíamos:

“Esta argumentación revela que no se ha aplicado correctamente el precepto legal que se invoca en el motivo, y que ha sido efectivamente infringido en la sentencia de instancia. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida.

La Sala comprende que, en esta situación transitoria en la que se tramitan procesos de modificación de medidas adoptadas en sentencias de separación o divorcio, pueden producirse situaciones de cambio en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida.”

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2013, nº 761/2013, recurso 774/2012, ante la afirmación de la sentencia de apelación de que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores

tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con un generoso régimen de visitas, dice que se omite que durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia compartida. Y concluye:

Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarle al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.

En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia, según hemos visto. Así lo expresa, respecto a otro de los aspectos que suelen ser tenidos en cuenta para negar la conveniencia del cambio al régimen de custodia compartida, como es el de la conflictividad en la relación entre los progenitores, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013, recurso 1128/2012, citada de la de 17 de diciembre de 2013, recurso 2645/12:

En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

Lo mismo debe afirmarse respecto a los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores: que solo serán relevantes si perjudican el interés del menor.

Así, en el supuesto que nos ocupa la sentencia recurrida recoge el contenido del informe del Colegio del menor tras el cambio a custodia compartida del que se deduce una buena evolución escolar del mismo, aunque se afirma en la sentencia que no es la misión del mismo establecer una relación causa-efecto entre dicha evolución y el cambio al régimen de custodia compartida desde febrero de 2013. Parece que, al menos, el cambio no ha sido negativo y ello por sí solo, conforme a lo expuesto sobre el valor que ha de darse a la modificación en la vida de los menores, debe ser considerado favorablemente.

Los anteriores razonamientos resultan de aplicación al presente supuesto pues la constatación de que la referencia para la estabilidad del menor es su madre –lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella- y la posible alteración de su vida y costumbres por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual.

En definitiva, los criterios expresados en la sentencia recurrida no justifican que en el presente caso, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores y de la buena relación con el progenitor derivada de una adecuada atención del régimen de visitas, se hayan observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida, por lo que debe considerarse que ha resultado infringido el artículo 80.2 del CDFA.

QUINTO.- Consecuencia de lo expuesto en los precedentes fundamentos ha de ser la estimación del recurso de casación, lo que da lugar a casar y anular la sentencia recurrida. Esta Sala, asumiendo la instancia, acuerda confirmar íntegramente el fallo de la sentencia recaída en primera instancia, que estimó en lo sustancial la demanda interpuesta, por cuanto aplicó correctamente las normas citadas en los precedentes fundamentos y resolvió conforme a ellas las pretensiones deducidas.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Guillermo S. S. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que casamos y dejamos sin efecto.

SEGUNDO.- Se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia num. 16 de Zaragoza, de fecha 21 de noviembre de 2012.

TERCERO.- No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, satisfaciendo cada parte las suyas.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Hágase entrega al recurrente el depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular los Magistrados Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado e Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS ILMOS. SRES.
D. JAVIER SEOANE PRADO y D^a CARMEN SAMANES ARA**

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamentamos tener que formular voto particular a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2014, al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que basamos en las razones expuestas ya en los votos que formulamos contra las sentencias dictadas en los RRC nº 14, 19, 28 y 37/2013, a los que nos remitimos.

Sólo cabe añadir, en esta particular ocasión, nuestro desacuerdo con el razonamiento que se contiene en el último de los párrafos del fundamento nº cuarto de la sentencia, en el que se dice:

“En definitiva, los criterios expresados en la sentencia recurrida no justifican que en el presente caso, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores y de la buena relación con el progenitor derivada de una adecuada atención del régimen de visitas, se hayan observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida, por lo que debe considerarse que ha resultado infringido el artículo 80.2 del CDFA.”

Y discrepamos con dicha afirmación, en tanto que entendemos que el elenco abierto de factores que contempla el art. 80.2 del CDFA no se halla establecido en favor de uno de uno u otro sistema de custodia, sino a fin de que el juzgador los tenga en consideración a la hora de formar juicio sobre si el sistema que mejor se conviene con el interés superior del menor es el de custodia compartida o el individual, por lo que difícilmente puede entenderse que hay infracción de dicha norma en los casos en que, como en el presente, el razonamiento del tribunal de apelación se refiere expresamente a dichos factores para justificar la atribución de la custodia individual.

En consecuencia, a nuestro parecer, debería dictarse el siguiente

FALLO

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2013, dictada por la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.
2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.
3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos los magistrados expresados en su encabezamiento, en Zaragoza a 18 de marzo de 2014.