

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Casación 1/2015

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

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
D. Javier Seoane Prado	/
D. Luís Ignacio Pastor Eixarch	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a seis de abril de dos mil quince.

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 1/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de noviembre de 2014, recaída en el rollo de apelación número 192/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 55/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Diego M. O., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Ortega Ortega y dirigido por el Letrado D. Javier Ferreira González, y como parte recurrida

D^a. Sherezade R. S., representada por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigida por la Letrada D^a. Irene Romea Anadón, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Ortega Ortega, actuando en nombre y representación de D. Diego M. O., presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. Sherezade R. S. 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 íntegramente la demanda deducida ordene la guardia y custodia compartida de la menor Lydia M. R. en los términos señalados en fundamento fáctico cuarto de este escrito de demanda, sin hacer pronunciamiento en costas.” Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

Al ser requerido por el Sr. Secretario para la presentación del justificante de pago de la tasa, la parte renunció a su pretensión relativa a la vivienda familiar y concretada en el fundamento fáctico cuarto de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda. Compareciendo en su nombre el Procurador de los Tribunales Sr. Pradilla Carreras bajo la dirección de la Letrada Sra. Romea Anadón, ambos designados en turno de oficio, contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, suplicando al juzgado “(...) dicte en su día sentencia por la que con desestimación íntegra de la demanda de modificación de medidas instada por la representación del Sr. M., se mantengan todos los efectos de la sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2011, y subsidiariamente se fije, en el caso de que se

determine la guardia y custodia compartida, que ambos progenitores deberán contribuir proporcionalmente a los gastos con los ingresos que perciban y todo ello con expresa imposición de costas por su mala fe y temeridad civil”.

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

TERCERO.- Practicada la prueba declarada pertinente, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 17 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ortega Ortega, en nombre y representación de D. Diego M. O. frente a Dña. Sherezade R. S., debo declarar y declaro haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada el 22 de septiembre de 2011 en autos nº 1189/2010-A en cuanto al régimen de visitas del actor con la menor Lidia, pudiendo el Sr. M. las semanas en las que su jornada laboral sea de tarde llevar a la menor al colegio todas las mañanas, recogiéndola en el domicilio materno.- Permanecen invariables el resto de los pronunciamientos de la sentencia de divorcio.- Todo ello sin expresa condena en costas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.”

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Ortega Ortega, en nombre y representación de D. Diego M. O., presentó recurso de apelación contra la sentencia. Conferido traslado a la otra parte, contestó la parte recurrida, y previos los trámites legales, se emplazó a las partes para ante la Audiencia Provincial.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes, y practicada la prueba propuesta que fue admitida, en fecha 25 de noviembre de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Diego M. O. contra Doña Sherezade R. S. y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 17 febrero 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos la

citada resolución, sin especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.-
Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir por don Diego M. O., al que se dará el destino que la Ley prevé.”

QUINTO.- La representación legal de D. Diego M. O. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Civil de Aragón.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 21 de enero pasado se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a las partes recurridas por veinte días para formalizar oposición.

Dentro de plazo, presentó escrito la parte recurrida, oponiéndose al recurso.

Se señaló para votación y fallo el día 11 de marzo de 2015, al no haberse solicitado la celebración de vista y no considerándola necesaria por la Sala.

No estando de acuerdo con la mayoría, el Magistrado Ponente inicial Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, anuncia Voto Particular y asume la Ponencia el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por sentencia dictada el día 22 de septiembre de 2011 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza acordó las medidas que debían regir la guarda y custodia de la menor Lydia M. R., nacida el día 10 de abril de 2007 en la relación de pareja estable de los litigantes, don Diego M. O. y doña Sherezade R. S.

Por iniciativa del padre se incoó el presente procedimiento de modificación de las medidas adoptadas en la resolución mencionada, en solicitud de que fuera establecida la custodia compartida respecto de la

menor, así como el término de la obligación del demandante de abonar la pensión por alimentos de la niña, que había fijado la resolución de referencia en 200 € al mes. El mismo Juzgado antes citado dictó sentencia de 17 de febrero de 2014 en la que, estimando parcialmente la demanda, denegó el establecimiento de la custodia compartida y mantuvo el régimen previamente establecido de custodia individual a cargo de la madre no modificó el pago de la pensión fijada, y amplió el régimen de visitas con el padre, pues dio a éste la potestad de acompañar a su hija al colegio todas las mañanas, recogiénola en el domicilio materno.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 25 de noviembre de 2014 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso presentado.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

SEGUNDO. El fundamento único del recurso de casación presentado se basa en la inadecuada aplicación que, sostiene el recurrente, ha hecho la sentencia recurrida del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), ya que considera, a lo largo de las varias alegaciones que contiene, que la resolución impugnada se ha apartado del principio de preferencia que la norma prevé respecto de la custodia compartida.

La resolución impugnada, por reproducción parcial del informe psicológico practicado, expone a lo largo de su Fundamento de Derecho tercero la concurrencia de las diversas circunstancias del presente caso y que evidencian la correcta aptitud de ambos padres para poder atender a su hija, la existencia del gran interés de ambos respecto del bienestar de la menor, los fuertes sentimientos entre ambos progenitores y la niña, así como el papel flexible, de colaboración y de cooperación parental en el cuidado y educación cotidiana de la hija, con correcta adaptación de ésta a la organización familiar, sin que se observen discrepancias significativas en sus respectivos

estilos educativos de ambos progenitores, que pueden llegar a adoptar criterios educativos homogéneos y ser capaces de establecer de común acuerdo normas y pautas para la menor, proporcionándole una educación integral y sin discrepancias.

Hechas tales consideraciones, la sentencia no entra a cuestionarse, como tampoco lo hacen las partes en el presente recurso de casación, si había existido o no cambio relevante de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de dictar la sentencia primera, del día 22 de septiembre de 2011, sino que da por hecho tal cambio, haciendo así propia la decisión del Juzgado de Primera Instancia de considerar procedente dar lugar a la modificación de medidas.

No habiendo así pronunciamiento respecto de si procedía la modificación de las medidas originarias, la sentencia recoge como primera conclusión que “las circunstancias del caso son, pues, inicialmente, favorables a la guarda compartida que el padre solicita”.

Tal consideración previa de la sentencia recurrida se comparte ahora plenamente, pues responde a la regulación prevista en el artículo 80.2 CDFA, así como a la constante jurisprudencia sentada por esta Sala en su interpretación. Al respecto cabe citar, por ejemplo, sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2013 (Casación 23/2013), que indica que el precepto citado “(...) establece la custodia compartida por parte de ambos progenitores como régimen preferente en los casos de ruptura de la convivencia con hijos a cargo, siempre que el padre y la madre estén capacitados para la correcta asunción de dicha custodia y que en esa concreta ruptura no resulte más conveniente para el interés del menor la custodia individual, habida cuenta de los parámetros previstos en el mismo precepto (...)”.

Al lado de tal consideración esta Sala también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones señalando que la valoración de qué custodia responde mejor al interés del menor es hecha en nuestra regulación, en primer lugar, por el legislador, que considera que tal interés es mejor atendido por la

custodia compartida. Así, por ejemplo, en sentencia de 10 de enero de 2014 (Casación 28/2013) se indicó. “(...) *En derecho aragonés, a diferencia del derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, sí ha definido con carácter preferente el criterio a seguir en interés del menor al decidir entre custodia compartida o individual, tal y como reiteradamente ha señalado esta Sala (así, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de 2012 y de 18 de julio de 2013). Tras sentar el artículo 76.2 del CDFA el necesario respeto al interés del menor, al tratar en concreto el artículo 80 la custodia a observar ordena en su apartado segundo que: "El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)"*. No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, *prima facie*, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que “la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (...)”.

En Aragón, por tanto, la decisión del órgano judicial debe partir de la concreción legal explícita de que el mejor sistema de custodia para atención del interés del menor se satisface con la custodia compartida. De modo que sólo cuando, tras la valoración de la prueba, quepa concluir indubitadamente la consecuencia de que se dan los presupuestos legales para excepcionar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto (...)”.

Así, la ley aragonesa no permite que sea el órgano judicial el que, en el ámbito de su discrecionalidad, establezca uno u otro régimen sin un punto de partida previo, como sucede en otros cuerpos legales de vigencia en España,

sino que, imperativamente, ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida, pues, conforme a la literalidad de la primera aseveración del artículo 80.2 del CDFA: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)”.

Tal régimen preferente cabe, sin embargo, que sea sustituido por la custodia individual que prevé la propia norma, si bien por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, pues sólo podrá hacer la salvedad a la custodia compartida cuando se considere más conveniente para el menor en atención a los factores que el propio artículo 80.2 prevé.

En conclusión, por tanto, partiendo de los hechos valorados en la sentencia impugnada, reproducción de los constatados en el informe pericial, en el presente caso fue correcta la conclusión inicial obtenida en la sentencia recurrida de valorar el régimen general de custodia compartida.

TERCERO.- Ahora bien, la conclusión inicial de la resolución recurrida en pro de la custodia compartida es luego, sin embargo, modificada en favor de la custodia individual, por reproducción de la conclusión que adopta la psicóloga que realizó la valoración obrante en las actuaciones. La sentencia hace suyos así no sólo los hechos y valoraciones técnicas constatados en el informe y a que antes ya hicimos referencia, sino también la conclusión final del psicólogo sobre qué régimen de custodia cabe establecer. Para ello parte la resolución impugnada, como hizo el informe que asume totalmente, de equiparar coparentalidad a permanencia preferente de la menor bajo el cuidado personal de uno de los progenitores en los momentos en que el otro no pudiera hacerse cargo por motivos laborales. Y, bajo el prisma de la definición de coparentalidad entendida como custodia de presencia física, considera que la madre está en situación de desempleo, mientras que el padre tiene trabajo de turnos variables, de modo que debe concluir, necesariamente, que sólo la madre puede atender a la coparentalidad definida como presencia física.

Ninguna objeción procedía hacer, desde el punto de vista jurídico que ahora interesa, respecto de las referencias que antes ya se indicaron sobre situación mental, aptitud, estado anímico o sentimientos de los progenitores e hija contenidas en el informe que la sentencia hizo propio al concretar los hechos probados. Esta ausencia de reparos no cabe, sin embargo, sostenerla al tiempo de determinar, en aplicación de la ley, cuál debe concluirse como régimen a establecer, porque al resolver en términos jurídicos el informe pericial seguirá siendo de trascendental importancia, pero ahora, junto con lo constatado por la perito, incide en la decisión la previsión legal establecida, que no corresponde al psicólogo valorar, sino al Tribunal.

Al respecto, debe recordarse que el informe pericial no partió al fijar sus conclusiones, ni tampoco la sentencia recurrida al hacerlo propio, de la regulación legalmente establecida y antes citada. Uno y otra abordaron la cuestión desde el prisma previo de que la coparentalidad se realiza si el menor está en compañía de uno de sus progenitores, cuando la norma no parte de que tal concreción de la coparentalidad, pues el artículo 80.2 del CDFA da lugar a su realización mediante la custodia compartida. Al partir de entender la concreción de la coparentalidad como custodia física, la sentencia recurrida valoró únicamente el factor de conciliación de vida laboral y familiar previsto en el artículo 80.2, pues sólo los hechos de que el padre trabajara mediante sistema de turnos y la madre no tuviera actividad laboral fueron los determinantes de la excepción del régimen de custodia compartida. En cambio, quedaron excluidos de la formación de la decisión final otros elementos recogidos en la norma, y esenciales, como lo son los citados en la propia sentencia, de correcta aptitud de padre y madre, su buena disposición, la adecuada relación afectiva que ambos tienen con la hija, la inexistencia de disparidad en el modo de educación que emplean, o el arraigo social y familiar existente.

CUARTO.- En resumen, por tanto, la única cuestión que podría en este caso haber dado lugar a excepcionar la custodia compartida es el hecho de que los turnos variables del padre pueden dificultar la convivencia física de

él con la hija. Y esta circunstancia, por sí sola, no tiene la relevancia que se la da en contra del régimen de custodia compartida, entendida como la forma legalmente prevista como modo de asegurar la coparentalidad. Menos aún cuando, frente al posible inconveniente del trabajo del padre, la propia sentencia resalta la inexistencia de cualquier otro factor de los que pudieran presentar relevancia como contrarios a la custodia compartida, puesto que ambos progenitores son aptos para el cuidado de la menor, las relaciones entre ellos son correctas, y la niña tiene lazos afectivos y familiares adecuados con los dos.

En consecuencia, no fue ajustada a la previsión del artículo 80.2 la decisión ahora recurrida de excluir la custodia compartida, por lo que procede estimar el recurso y casar la sentencia impugnada, que queda sin efecto.

QUINTO.- Casada la sentencia, asume este Tribunal la función de juzgador de instancia. El informe pericial ya tratado no puso objeción especial al concreto modo de ejercicio de custodia compartida que proponía el demandante. Tampoco la parte demandada formuló motivo de oposición a él. Y de oficio no se observa que pueda existir razón para la modificación de lo solicitado. Por ello, será el acordado.

Respecto de la fijación de pensión de alimentos de la hija, consta en las actuaciones que la madre se encuentra en situación de desempleo, mientras que el padre tiene trabajo remunerado y estable. Esta situación puede dar lugar a una asimétrica situación respecto de las debidas atenciones que la niña necesita, pues puede verse sujeta a claras diferencias de atención económica de sus necesidades según esté con el padre o con la madre. Además, en el régimen de custodia compartida que se establece, la madre permanece en custodia directa de la menor más tiempo que el padre. En consecuencia, no es aceptable la pretensión del actor de que no se establezca pensión de alimentos a favor de la niña, sino que se considere como ajustada a la situación económica de uno y otro progenitor y para las necesidades de la hija la cantidad de 150 euros, actualizables anualmente

conforme al IPC, que el padre deberá abonar mensualmente para atención de gastos ordinarios. Los extraordinarios, si son necesarios, se abonarán por partes iguales y, sin son voluntarios, por el progenitor que decida hacerlos.

SEXTO.- La estimación del recurso de casación que tiene lugar conlleva la no imposición de las costas causadas con su tramitación, por imperativo del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimada sólo parcialmente la demanda, no procede hacer expresa imposición de las causadas en la instancia, en virtud de lo establecido en el artículo 394 de la misma norma.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Diego M. O., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 25 de noviembre de 2014 que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO: En su lugar acordamos que, estimando parcialmente la demandada de modificación de medidas presentada por el recurrente ya citado respecto de las acordadas inicialmente por sentencia del día 22 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, en lo sucesivo, y salvo acuerdo de los progenitores, las relaciones familiares entre los demandantes y su hija menor se regirán por las siguientes medidas:

- La hija permanecerá con el padre los lunes y los martes de cada semana. El padre la recogerá en el centro escolar (o preescolar) cada lunes a la salida del colegio y la llevará el miércoles por la mañana al Centro escolar (o preescolar); en períodos no lectivos la recogida tendrá lugar el lunes antes de las 10 de la mañana en el domicilio materno, y la entrega se hará en el

mismo lugar el miércoles antes de las 10 de la mañana.

-Permanecerá con la madre desde el miércoles hasta el lunes por la mañana, salvo los fines de semana en que el padre tenga el derecho de tenerla consigo, según se dice más adelante. La madre la recogerá el miércoles a la salida del colegio; en periodos no lectivos, la llevará el padre al domicilio materno el miércoles a las 20 horas.

- El padre tendrá derecho a la guarda y custodia de la niña, además, durante fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde (salida del colegio o las 17 horas en el domicilio materno). El fin de semana que, según lo dicho, le corresponda a D. Diego M. estar con su hija, ya no le devolverá al domicilio materno dado que los lunes y martes son días cuya responsabilidad de guarda y custodia corresponde al padre.

- El primer año, las vacaciones de Semana Santa corresponderán por entero a la madre, y las Fiestas del Pilar al padre, intercambiándose cada año el orden anterior, y así sucesivamente.

En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos iguales: desde las vacaciones escolares, hasta el 30 de diciembre el primero; y desde el 31 de diciembre hasta la vuelta al colegio el segundo, eligiendo el padre cuál disfruta en los años impares y la madre los pares.

Las vacaciones de verano –meses de julio y agosto- se repartirán en cuatro periodos iguales de quince días cada uno que disfrutarán de modo alterno con la niña cada uno de los dos progenitores.

Durante los periodos de vacaciones descritos, no habrá régimen de visitas para el otro progenitor, ni se cumplirá el régimen ordinario de guarda y custodia.

- Ambos progenitores tendrán siempre libre comunicación con la hija, siempre que ello no suponga interferir en el normal desenvolvimiento de

la vida familiar del guardador en ese momento.

Por su parte, el resto de familiares del menor –abuelos, tíos, primos...- tendrán acceso a la niña durante el tiempo que por turno de custodia o régimen de visitas les corresponda en razón del vínculo materno o paterno que les una a la menor, y siempre bajo la exclusiva decisión del progenitor que en esos momento lo tenga bajo su cargo. En cualquier caso se abstendrán los familiares de interferir en los regímenes de custodia y visitas establecidos, si bien tendrán derecho a la libre comunicación con la niña siempre que no perjudiquen el normal horario de Lydia.

- En concepto de alimentos de la hija menor, el padre abonará a la madre la cantidad mensual de 150 €, actualizable anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo.

- Los gastos extraordinarios que cause la hija serán abonados por ambos progenitores a partes iguales si son necesarios, e íntegramente por el que los decida si son voluntarios.

TERCERO: No se hace expresa imposición de las costas causadas en la instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

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

Devuelvase al recurrente el depósito que constituyó.

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR.

D. JAVIER SEOANE PRADO

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular 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 baso en las razones de discrepancia que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dos son las razones que me llevan a discrepar de la decisión mayoritaria. La primera porque contradice la doctrina constante de esta Sala que requiere en los procedimientos de modificación de medidas la plena acreditación de una alteración relevante y estable de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de las adoptadas en un procedimiento anterior. La segunda, una vez más, por que entra a decidir el caso como si se tratara de una nueva instancia, contradiciendo en el presente caso, además, el criterio sustentado en las dos instancias y del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la primera cuestión.

La modificación de medidas previamente adoptadas en sentencia exige un cambio sustancial y duradero de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que lo fueron, según resulta de lo dispuesto en el art. 775 LEC, y 79.5 CDFA, que se corresponde con el ar. 91 CC.

Como dijimos en la sentencia nº 18/2014, de 23 de mayo, en Recurso de Casación nº 3/2014:

“De acuerdo con el art.79.5 CDFA:

Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”

El precepto tiene su correspondencia en el art. 91 del CC, en el que, tras indicar la obligación del juez de determinar, en defecto de pacto, las medidas que hayan de sustituir a las provisionalmente adoptadas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, dispone que:

“Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”

En atención a esta regulación, los tribunales han venido estableciendo como doctrina la de que, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Son exponentes de esta doctrina las SS AP Madrid, Sec. 22.ª, 28/2014, de 14 de enero; AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 99/2014, de 18 de febrero; AP Cádiz, Sec. 5.ª, 600/2013, de 13 de diciembre; o AP A Coruña, Sec. 4.ª, 48/2013, de 13 de febrero; doctrina de la que se ha hecho eco la AP de

Zaragoza en sentencias como la SAP Zaragoza, Sec. 2.ª, 400/2013, de 23 de julio, o la que ahora es objeto del recurso que estudiamos.

En estas últimas sentencias se dice:

“La modificación de las medidas (Arts. 90 , 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Artº. 217 L.E.C .). Igualmente el artículo 79, nº 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes”

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así (SAP de A Coruña, sec. 4ª nº 379/2012, de 27 de septiembre)

En el caso, la sentencia de primera instancia señala que no ha tenido lugar una alteración de circunstancias que permita la modificación del régimen de guarda ahora en liza. Tampoco la sentencia de apelación menciona que haya ocurrido tal cambio habilitante de la modificación que se pretende, sino que procede como si se tratara de decidir la custodia por primera vez.

La falta de tal presupuesto fue puesto en evidencia por la parte recurrida en las dos instancias de pleno conocimiento, pues así lo hizo en su escrito de contestación a la demanda y en el de oposición a la apelación, única forma en que podía hacerlo dada su condición de vencedora. No lo

reitera en el recurso de casación porque se hallaba constreñida por el ámbito de los motivos hechos valer por la parte contraria y el carácter excepcional de este recurso.

Pese a la insistencia de la parte, y que la sala repara en ese presupuesto, la opinión mayoritaria pasa de puntillas sobre la cuestión, blandiendo como excusa que la sentencia de apelación -pese a doctrina sentada en la STC nº 73/2009- no entra a cuestionarse si había existido cambio relevante o no de circunstancias, cuando sí lo había hecho el juez de primera instancia que concluye que es de apreciar cambio relevante de circunstancias y lo reiteraba la parte en la segunda instancia.

La falta de tal presupuesto para poder dar lugar a la modificación pretendida impedía volver sobre las medidas acordadas, por lo que su mantenimiento en lo sustancial no puede dar lugar a la infracción que se pretende del art. 80.2 CC por no haber respetado el criterio de custodia establecido en dicha norma.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la segunda razón de mi discrepancia.

De nuevo he de manifestar mi desacuerdo con el parecer mayoritario de la sala que en estos casos de custodia compartida acomete la decisión del caso pasando por alto la valoración del interés del menor que en el caso concreto realizan los juzgadores de instancia.

Al efecto ya he dicho en otras ocasiones, con criterio que ahora reitero, que el interés superior de menor es la guía para decidir toda medida que pueda afectarle, entre las que se encuentran las relativas a su guarda y custodia. Así ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que:

“Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos”.

Otras normas que recogen este principio son los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia, de 21 de septiembre de 1992; el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, en fin, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996.

Asimismo se recoge el interés del menor como el superior a satisfacer en toda decisión que le afecte en el art. 33 de los *“principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental”* aprobado por la Comisión para el Derecho europeo de familia en marzo de 2007; apartado 3 de la Declaración de Washington sobre La Reubicación Internacional De Familias, de marzo de 2010, y, por citar el último documento al respecto, el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 21 de febrero de 2015 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

La STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como *“estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”*, y destaca como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (en parecidos término SSTC 298/1993, 187/1996 , y ATC 28/2001, de 1 febrero).

También pueden ser citadas en apoyo de la consideración del interés del menor como superior criterio de decisión las SSTJUE dictadas en los asuntos C 211/10 PPU y C 403/09 PPU, y el TEDH en los casos RAHIMI c. GRÈCE y LYUBENOVA c. BULGARIE.

Asimismo, el TS lo ha recogido en multitud de resoluciones, como las nº 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009.

Tal principio es de orden público y aplicable a toda ruptura de la convivencia de los progenitores, cualquiera que sea el derecho personal que resulte aplicable, por lo que no es dable entender que una norma de derecho civil autonómica pueda alterar la jerarquía de valores que establece.

CUARTO.- Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto.

El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la definición de lo que ha de entenderse por interés del menor, y omiten toda indicación para concretarlo, opta por establecer unos factores a que ha de atender el juez a la hora de decidir sobre qué sistema de custodia de la prole común menor de edad satisface de mejor modo el interés de ésta tras la ruptura de la pareja formada por los progenitores.

Comparto la opinión mayoritaria de que el art. 80 CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor, pero ello no implica sino la posición de partida en la que se ha de situar el juzgador a la hora de decidir el sistema más conveniente en el caso concreto. No significa, sin embargo, una jerarquía de este sistema sobre los demás posibles que desvíe al juez del interés superior del menor como única guía a la hora de decidir el caso concreto, y menos supedita la observancia de tal principio a ninguna otra consideración, como pudiera ser la defensa de la particularidad de la norma aragonesa.

Como resulta del mismo precepto, el juez aragonés, como el de derecho común, ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquél interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta y no jerarquizada de factores a los que

ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema preferente el que mejor se acomoda al interés del menor.

Ello supone la concesión de un margen de discrecionalidad cuyo ejercicio corresponde a los tribunales de instancia, y que no tiene otro límite que la observancia de los criterios señalados en la norma, y la exigencia de una motivación fundada en ellos que no implique una abierta infracción del mandato legal, que no es otro que el que la decisión sea tomada en interés del menor.

Esto es, la norma aragonesa pone al juez en la situación de partida de considerar que la custodia compartida es la que mejor atiende a la necesidades de menor a la hora de tomar la decisión sobre qué sistema se conviene mejor con las circunstancias del caso concreto, pero ello en modo alguno implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, como podría concluirse de la opinión mayoritaria cuando dice en el fundamento de derecho nº 2:

“No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que “la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (...).”

Los sistemas diferentes a la custodia compartida no son, por

tanto, ninguna excepción, como tampoco lo es este sistema en el derecho común respecto de la custodia individual, como se ha encargado de señalar el TS en S nº 579/2011, de 22 de julio, sino el régimen normal a seguir cuando así lo exijan las circunstancias del caso.

QUINTO La opinión mayoritaria justifica la facultad de revisión en casación de la decisión tomada por la sala de apelación en la dicotomía cuestión de hecho cuestión de derecho y su significado en la labor de subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable, especialmente en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. Sin embargo, creo que el enfoque adecuado no éste, sino el de la posibilidad de control de la facultades discrecionales que la ley otorga a los tribunales de instancia para decidir el caso concreto.

Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Así lo ha entendido este Tribunal en SS nº 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

“el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad

discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa"

En parecidos términos se pronuncian las SS nº 228/2010, la nº 578/2011, o la nº 373/2013, de 31 de enero de 2013

No lejos de tal planteamiento se encuentra este TSJ, en cuanto destaca el componente valorativo de la prueba y establece el necesario razonamiento como requisito de la sentencia que se aparte de la preferencia legal. Así en la S nº 36/2013, de 18 de julio, con cita de otra muchas que la preceden:

“d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales -art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFA-.

Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada”.

Esto es, lo que corresponde al recurso de casación en velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor fijado en la ley, no cualquier otra consideración.

SEXTO.- Aún cuando ello no se entendiera así, no es cierto que la sentencia de primer grado se aparte injustificadamente del criterio legal a favor de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFA, pues da las razones de ello cuando señala que:

“En muchas ocasiones los horarios de los padres no se juzgan concluyentes para descartar la custodia compartida y así, no parece que el caso del turno de mañana del Sr. M. la cobertura por tercero de las primeras rutinas de día debiese ser un obstáculo decisivo para el establecimiento de la custodia compartida; pero se entiende diferente el caso de los turnos de tarde, en los que habría de ser ese tercero quien recogiese a la niña del colegio y permaneciese con ella hasta la salida del padre de su trabajo a las 22 horas. Sin que parezca solución atendible un reparto diferente, con entada en juego de la Sra. R., la madre, pues las alternativas en tal caso, habida cuenta de la distancia entre domicilios, deben ser descartadas por perturbadoras para la deseable estabilidad y normalidad en la vida de la menor. Por otro lado, la medida precisa para cuando el padre tenga turnos de tarde- que lleve a la hija al colegio todas las mañanas- servirá á a los fines que el Juez contempla, con beneficiosa incidencia en el problema del absentismo escolar que la Sra. R. ha favorecido y deberá evitar”

Razones que no son otras que la posibilidad de conciliar la vida familiar y la laboral, que es precisamente uno de los factores señalados en el art. 80.2.e CDFA, que son suficientes para eludir el criterio legal cuya desatención se erige como único motivo de casación, tal y como ha señalado esta Sala en Sentencias como la nº 38/2013, de 31 de julio, en la que decíamos que la atribución de guarda individual que el caso se combatía *“no contraviene en modo alguno el art. 80.2 CDFA, porque la misma se infiere en la instancia a partir de los distintos horarios laborales de los progenitores -art. 80.2.e) CDFA-“*

Por lo demás, no es cierto que como sostiene la recurrente el informe pericial practicado en el presente proceso concluya a favor del sistema de custodia compartida, sino que por el contrario, como señala la sentencia instancia, dicho informe coincide con el practicado en el anterior proceso en que sin perjuicio de una mayor presencia del padre en la vida de la menor, afirma que esta debe seguir pernoctando con la madre, sin perjuicio del régimen de visitas establecido. Y los informes de los peritos es otro de los

factores que ha de ser examinado para decidir sobre el sistema de guarda de acuerdo con el art. 80.3 CDFA.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la naturaleza de los intereses en juego y la dificultad casuística que presenta la cuestión aconsejan no hacer aplicación del estricto criterio del vencimiento objetivo.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

En consecuencia con todo lo dicho, a mi parecer el FALLO debía haber tenido el siguiente contenido:

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de noviembre en el rollo nº 192/2014, que confirmamos.
2. No hacemos imposición de las costas del recurso.
3. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en Zaragoza a seis de abril de dos mil quince.