



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 40 de 2016

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

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
D. Javier Seoane Prado	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D.^a Carmen Samanes Ara	/

En Zaragoza, a uno de diciembre de dos mil dieciséis.

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 40/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 17 de mayo de 2016, y su auto complemento de sentencia

de 9 de junio de 2016, en el rollo de apelación número 164/2016, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 344/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D^a. M^a Cruz J. P., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Revilla Fernández y dirigida por la Letrada D^a. Mercedes Urraca Laguna, y como parte recurrida D. Roberto José S. G. , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Patricia Andrea González y dirigido por la Letrada D^a. M^a Manuela León Gargallo, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Patricia Andrea González, en nombre y representación de D. Roberto José S. G., presentó demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, contra D.^a María Cruz J. P., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites legales pertinentes, “dicte Sentencia por la que se solicita la modificación de las siguientes medidas, en los siguientes términos:

Guarda y custodia. Se fije el régimen de custodia compartida por semanas alternas, efectuando el cambio semanal el domingo a las 20,00 horas, encargándose el progenitor que los tenga consigo del reintegro de los menores.

Igualmente, se solicita se fije un día intersemanal para que el progenitor que no ejerza la custodia pueda estar con su hija el miércoles por la tarde desde la salida del centro escolar hasta las 20,00 horas, reintegrándolas al domicilio del otro progenitor.

Con respecto a las vacaciones, **régimen de vacaciones** que se aplicará será el siguiente:

1.- Vacaciones de verano: (desde el término del curso escolar en el mes de junio hasta el inicio del curso escolar en el mes de septiembre), serán repartidas por mitad para cada progenitor. Se repartirán de en 2 periodos:

1º periodo.-

.Desde el día que termine el curso escolar a la hora de salida del centro escolar hasta el día 15 de Julio a las 19,30 horas.

.Desde el día 31 de Julio a las 19,30 horas hasta el día 15 de Agosto a las 19,30 horas.

2º periodo.-

.Desde el día 15 de Julio a las 19,30 horas hasta el día 31 de Julio a las 19,30 horas.

.Desde el día 15 de Agosto a las 19,30 horas hasta el día que comience el curso escolar a la hora de entrada en el centro escolar.

2.- Vacaciones de Navidad: se dividirán en dos períodos, el *primero*, desde el último día lectivo a la salida del centro escolar hasta las 11,00 horas del día 31 de Diciembre, y el *segundo* período desde las 11,00 horas del 31 de Diciembre hasta el día que se reanuden las clases a la entrada del centro escolar.

En lo que respecta a la festividad de Reyes (día 6 de Enero), el progenitor que no tenga las visitas en ese 2º período, podrá estar con su hija desde las 16,30 horas hasta las 19,30 horas.

3.- Vacaciones de Semana Santa y Fiestas del Pilar: se dividirá en dos períodos iguales, dependiendo de la duración de las vacaciones escolares de la hija, comenzando el día en que se inicien dichas vacaciones y finalizando el día del inicio de la actividad escolar.

El horario de recogida y de reintegro será a las 19,30 horas para las vacaciones de Semana Santa y Fiestas del Pilar, cuando la entrega tenga lugar en día no lectivo.

Los comparecientes se repartirán estos periodos de vacaciones (Verano, Navidad, Semana Santa, Fiestas del Pilar) eligiendo los años pares la madre y los impares el padre; comunicando el período elegido con dos meses mínimo de antelación en el caso de las vacaciones de verano, y para el resto de los periodos vacacionales la comunicación se hará con un mes mínimo de antelación.

Gastos de asistencia de la hija.- Para el concepto de gastos de asistencia de la hija común se solicita que los progenitores aperturen una cuenta corriente a tal efecto, a efectos de cubrir los gastos ordinarios de la menor; ingresando por este concepto la cuantía inicial de 100 euros cada uno de ellos.

Mientras esté en su compañía la hija, cada progenitor deberá satisfacer los gastos de manutención, habitación y vestido del menor.

Asimismo se solicita que con cargo a la citada cuenta corriente aperturada para los gastos ordinarios, deberán de tener disposición ambos progenitores para adquirir los bienes de uso corriente que necesite la menor, como cualquier otro gasto ordinario de los no enumerados en el que ambas partes estén de acuerdo. Cada progenitor deberá comunicar al otro, mensualmente, una liquidación detallada de las disposiciones que haya efectuado de la cuenta, con justificación de cada disposición. En caso de no justificar cualquier disposición, deberá reintegrar la cantidad correspondiente. Cuando la cuenta corriente tenga un saldo de 50 €, ambos progenitores ingresarán la cuantía pactada de 100 €.

En lo que respecta a **Gastos extraordinarios.-** Se abonarán por mitad e iguales partes todos los gastos extraordinarios de la hija común, que tengan origen médico y personal, y que tengan carácter urgente o necesario, siempre que no se encuentren incluidos en los servicios prestados por la Seguridad Social u otros organismos semejantes; entendiéndose como gastos extraordinarios los gastos de homeopatía y la adquisición de elementos ópticos, acústicos, ortopédicos, ortodoncias...; asimismo abonarán por mitades e iguales partes los gastos relativos a libros, material escolar, uniforme y excursiones escolares.

Cualquier otro gasto extraordinario que tenga el carácter de optativo o voluntario, será preciso que ambos comparecientes muestren su conformidad con respecto al mismo, en cuyo supuesto la participación será la establecida anteriormente, salvo pacto en contrario, y en caso de desacuerdo resolverá el juez en ejecución de sentencia. Se entenderán gastos extraordinarios con carácter optativo o voluntario las actividades extraescolares.

Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y autorización de venta.- Se solicita la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar sita en Z., calle M. L. , 24, 1º Izquierda, cuyo uso fue adjudicado a la Sr. J. P. en Procedimiento de Divorcio, solicitando la autorización judicial de venta de la referida vivienda, y que hasta la fecha de venta el préstamo hipotecario que grava la vivienda sea asumido por mitades e iguales partes.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada, si se opusiere a la presente demanda.”

Por otrosí se solicitó prueba anticipada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido contestó tanto el Ministerio Fiscal como la parte demandada, oponiéndose ésta a la planteada de contrario, “y previos los trámites legales pertinentes, incluido el recibimiento a prueba que desde este momento intereso solicitando:

a) No haber lugar a la modificación de medidas en los términos pretendidos de contrario.

b) En consecuencia y subsidiariamente:

- La guarda y custodia será compartida.

- Régimen de estancias. La menor permanecerá con sus padres entre semana días alternos y los fines de semana alternativamente, entregándose a la menor el lunes a la entrada del colegio, tal y como se viene efectuando.

- Los gastos de asistencia de la hija común, educación, extraescolares, comedor, ropa, y cualquier otro gasto corriente será en proporción a los recursos de ambos progenitores aperturándose una cuenta corriente a tal efecto, debiendo satisfacer los gastos de manutención y habitación cada progenitor mientras la menor esté bajo su cuidado.

Los gastos extraordinarios necesarios serán asumidos en la misma proporción que los ordinarios, tales como médicos, libros, material escolar, excursiones, etc.

Cualquier otro gasto extraordinario será asumido por aquel que lo considere necesario excepto acuerdo de las partes, en caso contrario, se someterá a aprobación judicial.

- Extinción del uso de la vivienda familiar en junio de 2017 momento en que se procederá a su venta o disolución del condominio por adjudicación.

Se mantengan el resto de las medidas acordadas en Sentencia de 18 de noviembre de 2011.”

Por otrosí solicitó prueba anticipada.

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia nº Seis de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 13 de octubre de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas establecidas en el procedimiento de divorcio interpuesta por la Procuradora D.^a Patricia Andrea González en nombre y representación de D. Roberto José S. G. contra D.^a María Cruz J. P. y en su virtud y respecto de la sentencia dictada el 10.02.2010 modificada por la de 18.11.2011 debo declarar y declaro el mantenimiento de las medidas vigentes en la actualidad con las siguientes modificaciones:

1- Autoridad familiar, guarda y custodia: Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la autoridad familiar y se acuerda asimismo que la guarda y custodia de la hija menor Violeta, sea compartida entre ambos progenitores. De cara a su desarrollo ello se verificará de tal

manera que la menor esté entre semana días alternos con cada progenitor y así mismo los fines de semana de forma alternativa.

Durante los periodos vacacionales el mismo se suspende por el específico que rige en la actualidad y que se mantiene, reanudándose una vez terminados los periodos vacacionales siguiendo el mismo orden en que quedó antes de iniciarse los mismos.

2.- Se mantiene el uso del domicilio y ajuar familiar ubicado en la Calle M. L. 24, 1º izda de Z. a Doña María Cruz J. P.

Este derecho de uso se fija hasta el 30.06.2017, debiéndose desde ese momento proceder a la puesta en venta de la vivienda (salvo acuerdo distinto entre las partes) por medio de una inmobiliaria de la zona y continuando mientras ello se lleva a cabo con el uso de la misma y hasta el momento en que esta venta se formalice, la Sra. J.

Durante el proceso de venta la ocupante de la vivienda la ha de mantener en idóneas condiciones de cuidado y limpieza accediendo a enseñar la vivienda a potenciales compradores siempre que se le avise con una antelación de al menos de 24 horas para lo que deberá proporcionar a la inmobiliaria un teléfono de contacto permanente disponible. De cara a la constatación de la venta y la determinación acerca de si las ofertas que se pudieran hacer son o no adecuadas, se estarán a los acuerdos que alcancen los litigantes. En caso de falta de acuerdo, cada parte deberá designar un perito integrante del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Z., siendo el precio aceptable aquél que supere la media de los dos que determinen los peritos designados de esta manera.

En todo caso, mientras dure este derecho de uso de la vivienda familiar por parte de la Sra. J. será ella quien se haga cargo del abono de los suministros, así como de los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios y seguro mientras que el pago de los gastos inherentes a la propiedad tales como el impuesto de bienes inmuebles, gastos

extraordinarios de la comunidad de propietarios, así como el abono del préstamo hipotecario que grava la vivienda, deberá ser hecho efectivo por mitad de ambos cónyuges.

Se mantiene la vigencia de la opción de posible adjudicación a una de las partes de la plena titularidad de la vivienda vigente en la actualidad y en los términos fijados, si bien señalando que en igualdad de condiciones se otorga preferencia a la Sra. J.

3.- Como contribución a los gastos y alimentos de la hija, cada progenitor contribuirá durante la semana que la tenga consigo a los gastos ordinarios como los de alimentación, alojamiento o vestido. Para los restantes gastos ordinarios ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta bancaria a nombre de ambos y de la hija en la cual cada mes se ingresará por cada uno de ellos la cantidad de 125 euros. Dichas cantidades se abonarán por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes, hallándose sujeta a las mismas variaciones que experimente a 1 de Enero de cada año el Índice de Precios al Consumo u otro que le pueda sustituir. Para el supuesto de que antes de finalizar el mes el saldo de la cuenta fuere inferior a 50 euros, cada progenitor ingresará la cantidad respectivamente indicada. De esta cuenta se harán las extracciones por cualquiera de los progenitores, dando cuenta inmediata del destino del gasto al otro, salvo que se trate de gastos domiciliados.

La señora J. deberá sufragar el 40% y el Sr. S. el 75% de los gastos extraordinarios necesarios de la hija menor mientras que los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores en defecto de acuerdo los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden, en todo caso (y entre otros cuya posible determinación es imposible por su carácter de extraordinarios) los sanitarios no cubiertos por sistema público de salud o seguro médico. En todo caso los gastos extraordinarios necesarios son aquellos imprevistos (y necesarios) que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole y

cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada si bien se indica que no incluyen los de colegios- incluyendo todos los de inicio de curso – o cuidado diario de los hijos menores de edad en cuanto están incluidos dentro del importe de la contribución a los gastos ordinarios.

Las presentes medidas son de aplicación desde la fecha en que se dicta esta Sentencia.

No procede especial pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de esta instancia.”

CUARTO.- A petición de la Procuradora de los Tribunales Sra. Andrea González, el Juzgado de Primera Instancia dictó Auto en fecha 9 de noviembre de 2015 en el que acordó lo siguiente:

“DISPONGO haber lugar a la corrección del error material detectado en la sentencia dictada por este Juzgado el pasado 13.10.2015 y solicitada por la Procuradora D.^a Patricia Andrea González, actuando en representación de D. Roberto S. G. en el sentido de ser el siguiente el párrafo referente a los gastos extraordinarios:

“La señora J. y el Sr. S. deberán asumir por mitad los gastos extraordinarios necesarios de la hija menor mientras que los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores en defecto de acuerdo los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden, en todo caso (y entre otros cuya posible determinación es imposible por su carácter de extraordinarios) los sanitarios no cubiertos por sistema público de salud o seguro médico. En todo caso los gastos extraordinarios necesarios son aquellos imprevistos (y necesarios) que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole y cuyo variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada si bien se indica que no incluyen los de colegios –incluyendo todos los de inicio de curso – o cuidado diario de los hijos menores de edad en cuanto están incluidos dentro del importe de la contribución a los gastos ordinarios”.

Contra este auto no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio de los que proceden frente a la resolución objeto de aclaración.”

QUINTO.- Interpuesto por la representación legal de D. Roberto José S. G. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, y su posterior Auto de Aclaración, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida.

SEXTO.- Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba que fue admitida, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 17 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS: Acordamos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **DON ROBERTO-JOSÉ S. G.** contra **DOÑA MARÍA-CRUZ J. P.** y la resolución de fecha 13 de Octubre de 2015 que debe modificarse en el sentido de sustituir dentro del régimen de custodia compartida de su hija menor atribuido a ambos progenitores, el sistema fijado por días, por el sistema de semanas alternas con cambio los domingos a las 20’00 horas, encargándose de la entrega o reintegro de la menor el progenitor que tenga la niña a su cargo. Igualmente, se fija un día intersemanal, que a falta de acuerdo entre las partes, será el miércoles por la tarde, en el cual desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas, podrá el cónyuge no custodio esa semana, estar en compañía de su hija, reintegrándola al domicilio del otro progenitor.

También se acuerda dejar sin efecto la preferencia otorgada a la Sra. J. para la adquisición de la vivienda común que se articula en el último párrafo del numeral 2 contenido en la parte dispositiva de la resolución recurrida, manteniendo en todo lo demás aquélla.

No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada.

Reintégrese al recurrente D. Roberto-José S. G. el depósito constituido para recurrir.”

SÉPTIMO.- A petición de la Procuradora de los Tribunales Sra. Revilla Fernández, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó Auto Aclaratorio en fecha 9 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, ACUERDA: complementar nuestra resolución de fecha 17 de mayo de 2016 en el sentido de que los efectos del cambio de régimen de custodia compartida por semanas alternas se produzcan a partir del 11 de septiembre de 2016.”

OCTAVO.- La representación legal de D^a. Cruz J. P. , interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación en base a los siguientes motivos:

1º.- Vulneración del artículo 79.5 del CDFA y 775.1 de la L.E.C.

2º.- Vulneración del artículo 76.2 y 3 a), artículo 79.2 a) y c), y artículo 80.1 y 2 todos ellos del CDFA, en relación con el artículo 92.8 Código civil y artículo 3 de la Convención de los derechos del Niño.

NOVENO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 27 de julio de 2016, se acordó declarar la competencia y admitir a trámite el recurso interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, la primera, presentó escrito de oposición dentro de plazo; y por su parte, el Ministerio Fiscal presentó escrito considerando que debía confirmarse la sentencia a quo recurrida.

En fecha 20 de octubre de 2016 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 9 de noviembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Hechos relevantes

PRIMERO.- Para la resolución del recurso de casación interpuesto conviene relatar los hechos acreditados en las instancias y las sucesivas actuaciones procesales:

1. D. Roberto José S. G. y D^a María Cruz J. P. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 15 de mayo de 2002.

2. De dicha unión nació una hija, llamada Violeta, el día 18 de marzo de 2005.

3. En autos de divorcio de mutuo acuerdo n^o 1580/2009, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia n^o 6 de Zaragoza (Familia), se dictó sentencia de 10 de febrero de 2010, que decretó la disolución por causa de divorcio del matrimonio contraído entre los citados y aprobó el convenio regulador firmado por ellos. En lo que aquí interesa dicho convenio acordaba que la guarda y custodia de la hija habida del matrimonio sería ejercida por la madre, con un régimen de visitas para que D. Roberto pudiera estar con su hija.

4. A instancia de D. Roberto se tramitó en el mismo Juzgado proceso sobre modificación de medidas definitivas del divorcio de mutuo acuerdo, en el que recayó sentencia de 18 de noviembre de 2011 por la que se aprobó la modificación de dichas medidas, modificación que afectaba al régimen de visitas del padre respecto de su hija.

5. A partir del mes de noviembre de 2014 D. Roberto y D.^a María Cruz convinieron que Violeta conviviera con cada progenitor el mismo número de días, ejerciendo ambos una custodia compartida por días alternos, hecho aceptado por la menor habida cuenta las circunstancias concurrentes y, especialmente, que las residencias de ambos progenitores están muy próximas y que también el centro escolar al que acude la hija se encuentra en las proximidades.

6. D. Roberto ha interpuesto ante el juzgado reseñado demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitando que se establezca respecto de la menor un régimen de custodia compartida por semanas alternas, en los términos que se expresan en dicho escrito, y además solicita la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar por parte de la madre y autorización de su venta.

7. Tras la tramitación oportuna recayó sentencia de primera instancia de 13 de octubre de 2015 que estimó parcialmente la demanda. En cuanto a la guarda y custodia, el fallo decidió que ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la autoridad familiar y que la guarda y custodia de la hija menor Violeta será compartida de tal manera que la menor esté entre semana en días alternos con cada progenitor y asimismo los fines de semana de forma alternativa. También acordó mantener el uso del domicilio y ajuar familiar para D^a M^a Cruz hasta el 30 de junio de 2017, con mantenimiento de la opción de posible adjudicación a una de las partes de la plena titularidad de la vivienda vigente en la actualidad y en los términos fijados, si bien señalando que en igualdad de condiciones se otorga preferencia a la Sra. J.

8. Interpuesto recurso de apelación por la representación de D. Roberto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 17 de mayo de 2016 que lo estimó parcialmente, en el sentido de sustituir, dentro del régimen de custodia compartida de la hija menor atribuido a ambos progenitores, el sistema fijado por días por el sistema de semanas alternas con cambio los domingos a las 20 horas, y acordó dejar sin efecto la preferencia otorgada a las Sra. J. para la adquisición de la vivienda común. Dicha sentencia fue complementada por Auto de 9 de junio de 2016, en cuanto a la fecha de los efectos del cambio de régimen de custodia.

Motivos del recurso de casación

SEGUNDO.- Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial la representación procesal de D^a M^a Cruz J. P. ha interpuesto recurso de casación, que funda en dos motivos: en primer lugar aduce la vulneración el artículo 79.5 del CDFA y 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender que no se ha producido ninguna alteración sustancial que pueda dar lugar a la modificación de las medidas aprobadas judicialmente, y que el demandante debió acreditar y la sentencia recurrida debió justificar un cambio relevante de circunstancias, lo que no se ha producido en el caso de autos; y como segundo motivo alega la vulneración del artículo 76.2 y 3 a), artículo 79.2 a) y c) y artículo 80.1 y 2, todos ellos del CDFA, en relación con

el artículo 92.8 del Código civil y artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, entendiendo que la sentencia recurrida ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor.

Admisibilidad del recurso

TERCERO.- En el trámite de oposición el Ministerio Fiscal plantea la posible inadmisión del recurso de casación, por falta de interés casacional, expresando que no queda claro cual es el interés casacional que se propugna por la parte recurrente, pues ésta no indica con precisión qué jurisprudencia solicita que se fije o se declare infringida, ya que es evidente que la sentencia recurrida consagra la preferencia de la custodia compartida de los padres a tenor del artículo 80.2 del CDFA y que ambos progenitores están de acuerdo en tal custodia compartida.

Esta cuestión, oportunamente deducida conforme al artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser sin embargo rechazada. Es cierto que el escrito de interposición del recurso de casación se refiere a la concurrencia de interés casacional, sin detallar a cual de los supuestos prevenidos en el artículo 2.2 de la Ley Aragonesa se refiere, indicando únicamente que la contradicción con la doctrina jurisprudencial de este tribunal y del Tribunal Supremo se desprende de la propia sentencia. Pero también indica que la sentencia de la Audiencia Provincial es recurrible en casación por razón de la cuantía, invocando la aplicación del artículo 2.1 de la Ley Aragonesa 4/2005, de 14 de junio, de casación foral. Por lo tanto esta vía era suficiente para justificar la recurribilidad de la sentencia y por ello la invocada causa de inadmisión no puede ser estimada.

Examen del primer motivo de recurso

CUARTO.- El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la modificación de las medidas judicialmente aprobadas en sentencia firme cuando se produzca un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes, y disciplina la legitimación procesal del Ministerio Fiscal y de los cónyuges para instar esa modificación. A su vez, el artículo 79.5 del CDFA, en el mismo sentido que el artículo 90.3 del Código civil, previene que 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.

Tales normas permiten excepcionar el régimen general de cosa juzgada, conforme al cual los pronunciamientos recaídos en sentencia firme son inmutables, salvo que concurran causas de revisión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En atención a la naturaleza del proceso de divorcio o separación y de las medidas que se adoptan en relación con los hijos menores, el legislador ha previsto la posibilidad de que dichas medidas sean modificadas cuando concurran las citadas circunstancias, habida cuenta los cambios que pueden producirse tanto por el crecimiento vital de los hijos menores como por las situaciones personales, profesionales y económicas de los progenitores. En este sentido se pronuncian la sentencia del Tribunal Supremo nº 685/2014, de 19 de noviembre, y las de esta Sala números 42/2013, de 3 de octubre y 37/2014, de 19 de noviembre.

En el caso de autos, la sentencia de primera instancia se refiere expresamente a este cambio de circunstancias, y en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero razona sobre su concurrencia, habida cuenta la edad de Violeta y las modificaciones operadas en sus hábitos de vida. La Audiencia Provincial no se refiere, expresamente, a esta cuestión, porque no había sido planteada en el recurso de apelación interpuesto por D. Roberto, pero toda su argumentación parte de esa modificación.

Frente a ello no pueden prosperar los argumentos en que se funda el primer motivo de recurso, ya que es claro que el crecimiento de la hija menor ha supuesto un cambio notorio de circunstancias, y a partir de noviembre de 2014 se produjo un cambio en su régimen de vida, pasando a pernoctar con cada uno de los progenitores por días alternos. Todo ello justifica la posibilidad de que la parte actora solicitase y el Tribunal competente decidiese una modificación de las medidas inicialmente adoptadas.

En consecuencia el motivo se desestima.

Examen del segundo motivo de recurso

QUINTO.- El segundo motivo en que se funda el recurso de casación denuncia, según hemos adelantado, la vulneración del artículo 76.2 y 3, apartado a), del artículo 79.2, apartados a) y c) y artículo 80.1 y 2 del CDFa, en relación con el artículo 92.8 del Código civil y artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. En el desarrollo del motivo la parte recurrente hace referencia a diversas cuestiones de naturaleza procesal, como son la falta de motivación –mantiene que la sentencia recurrida “se despacha y justifica en apenas 20 líneas la Audiencia Provincia de Zaragoza acordando la modificación de las estancias de la menor”- así como la incongruencia y arbitrariedad del fallo que es objeto de recurso. Tras ello procede a valorar el informe psicológico aportado a los autos y concluye entendiendo que la sentencia impugnada ha infringido los preceptos citados, pues no debió modificar el régimen de estancias antes establecido, que funciona correctamente, y cuyo cambio puede tener consecuencias negativas para la menor.

En el examen del motivo de recurso de casación han de ser rechazadas las argumentaciones de naturaleza procesal que, en su caso, debieron ser introducidas como motivo por infracción procesal conforme a lo establecido en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la disposición final decimosexta, regla primera, de la misma. En todo caso es de advertir que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial está suficientemente motivada en cuanto a la cuestión controvertida, pues en el segundo fundamento jurídico explica las razones por las que modifica el sistema de estancias antes establecido, y dicho razonamiento y parte dispositiva no resultan incongruentes en cuanto a los términos en que se produjo el debate procesal ni responden a una valoración arbitraria de las pruebas practicadas.

SEXTO.- En cuanto a los preceptos sustantivos cuya infracción denuncia la parte recurrente, es de señalar: 1º) que el artículo 76 del CDFa establece unos “derechos y principios” en orden a la determinación de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, previniendo el apartado 2 que toda resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos, lo que

no es sino una aplicación en el derecho aragonés del principio del superior interés del menor, mantenido en los convenios internacionales de los que España es parte, entre los que destaca la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de la ONU, y el apartado 3 a) ordena que los menores de edad tengan un contacto directo con sus padres de modo regular y que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar; 2º) que dichos principios sirven de referencia para la interpretación y aplicación de los derechos regulados en los preceptos subsiguientes del Código Foral, y especialmente de los prevenidos en los artículos 79 y siguientes, como medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares; 3º) que el artículo 79, en los apartados antes citados, previene que el juez dictará las medidas necesarias respecto de los hijos menores de edad, para garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, y para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia.

En el caso de autos resulta meridiano que no se ha producido en la sentencia impugnada vulneración de los preceptos reseñados, porque el régimen antes establecido, que se mantiene salvo en el régimen de estancias, es de custodia compartida, de forma que la hija menor mantenía y sigue manteniendo un contacto directo con ambos progenitores, de modo regular, sin que la modificación del régimen de estancias que establece la sentencia objeto del recurso haya producido perturbaciones dañosas para la menor, atendidas las razones que se exponen en los fundamentos de derecho de la misma, y por los argumentos que seguidamente se expondrán.

SÉPTIMO.- Respecto a la invocada infracción del artículo 80, en sus apartados 1 y 2, del CDFA, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

Dicho precepto regula la guarda y custodia de los hijos, previniendo en el apartado 1 que los progenitores podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno sólo de ellos, mientras que en el apartado 2 determina que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés

de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y atendiendo a los factores que la norma consigna.

En el caso de autos se ha establecido la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores de la hija menor Violeta, tanto en la sentencia de primer grado como en la de apelación, decisión que responde a la voluntad de los litigantes y que es plenamente acorde con la preferencia establecida por el legislador, de forma que la única discrepancia entre aquellos se refiere al régimen de estancias, pues la sentencia de la Audiencia Provincial lo establece por semanas alternas, mientras que la parte recurrente solicita dicho régimen mediante unas estancias entre semana en días alternos con cada progenitor y los fines de semana de forma alternativa.

La sentencia recurrida da pleno y cabal cumplimiento a la preferencia establecida legalmente en el artículo 80.2 del CDFA, siendo la modalidad en cuanto al régimen de estancias una decisión que compete al ámbito discrecional de dicho Tribunal, conforme a la valoración de la prueba practicada, que es competencia de las instancias y no revisable en casación, salvo supuestos de decisión arbitraria o irracional. En este sentido se pronuncian las sentencias nº 599/2014, de 6 de noviembre, del Tribunal Supremo y la sentencia nº 17/2015, de 28 de mayo, de esta Sala.

En el caso de autos no se ha incurrido en arbitrariedad o irracionalidad.

Es de reseñar finalmente que la decisión adoptada ha tenido en cuenta el preferente interés de la menor, de la cual afirma la sentencia que mantiene una actitud positiva, y no le importaría cambiar al régimen de custodia semanal, pese a estar acostumbrada al sistema anterior de días alternos. Y destaca en su fundamentación que “a juicio de la perito el sistema que propugna el recurrente no va a producir un cambio sustancial en la menor, y que de cara a una proyección de futuro se adapta mejor (a) las necesidades educativas, organizativas y de autonomía”. Dicha argumentación no se basa sólo en proyecciones de futuro, sin considerar el potencial riesgo o consecuencias negativas que tal cambio pueda suponer, como denuncia la recurrente, sino que tiene en cuenta la normal evolución psicológica de la niña, recogida en el informe pericial, explicando que “es en

base a esta proyección de futuro que la niña ya tiene en ciernes, por lo que creemos más adecuado la fijación de un régimen de custodia compartida por semanas alternas”.

Esta decisión, adoptada en el ámbito de discrecionalidad que al tribunal de instancia compete, no ha vulnerado ninguno de los preceptos señalados en el recurso, por lo que éste ha de decaer.

Costas

OCTAVO.- Conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede en este caso no hacer imposición de las costas del recurso, habida cuenta que presenta dudas de derecho, como se desprende de la existencia de fallos diferentes en las dos instancias.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15^a de la LOPJ.

VISTOS, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a M^a Cruz J. P., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de mayo de 2016, complementada por Auto de 9 de junio de 2016, sentencia que confirmamos.

2. Sin hacer 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 alguno.



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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.