

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA**

Casación 40/2012

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

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

En Zaragoza, a dieciocho de enero de dos mil trece.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 40/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 26 de junio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 212/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 358/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D. Juan Carlos , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Baigorri Cornago y dirigido por la Letrada D^a. Begoña Cuenca Alcaine, como recurrida D^a M^a Isabel , representada por la Procuradora D^a. Ana Santacruz Blanco y dirigida por la Letrada D^a M^a Pilar Español Bardají, y el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 8 de abril de 2011 la Procuradora Sra. Baigorri Cornago, en representación de D. Juan Carlos , presentó ante el Juzgado Decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas frente a D^a. M^a Isabel y, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: *“Que tenga por presentado este escrito con sus copias y demás documentos, los admita, y tenga por formulada Demanda de Modificación de Medidas de la Sentencia dimanante de los Autos 766/2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16, y previo emplazamiento del Ministerio Fiscal, por existir una hija menor de edad, dicte en su día Sentencia, por la que se estime la modificación de Medidas de la Sentencia de Divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 16, el 5 de octubre de 2006, autos de Divorcio 766/2006, estableciéndose los siguientes efectos: a) Que tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que establece en su disposición transitoria primera, que la solicitud de custodia partida por uno de los progenitores será causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año desde la entrada en vigor de la presente Ley. Esta representación viene a solicitar la citada revisión, de tal forma que la custodia de la hija habida en el seno del matrimonio, P, sea compartida por ambos progenitores, D^a María Isabel y D. Juan Carlos . b) Cada progenitor se hará cargo de su hija un mes y por tanto los menores se trasladarán a la vivienda que cada uno de ellos posea durante el citado período de forma alterna y rotativa. En cada mes, el progenitor no custodio en ese momento, tendrá un derecho de visitas de fines de semana alternos, que comenzará el viernes a la salida del colegio, y finalizará el lunes reintegrando a la menor en el colegio. Y dos días a la semana todas las semanas (martes y jueves), desde la salida del colegio hasta las 20 horas, que será reintegrada al domicilio que en ese momento resida la menor. Si el último día del mes, en que procede la entrega de la niña es lectivo, el progenitor que corresponda, llevará por la mañana a la menor al centro escolar, recogiéndola el otro a su salida. Si ese*

día es festivo, habrá que atender a qué progenitor le corresponde el fin de semana, de tal suerte que si le corresponde al custodio en ese momento, reintegrará a la menor el lunes en el colegio por la mañana, y si no le corresponde, el otro progenitor la recogerá el viernes a la salida del colegio. En el supuesto en que en ese mes exista una festividad de puente, se unirá al fin de semana de tal forma que el progenitor que ese fin de semana disfrute de la compañía de la menor permanecerá igualmente el puente. Si es una festividad intersemanal de un solo día, será disfrutada por quien en ese momento ostente la custodia. La recogida y entrega de los menores se efectuará en la vivienda que en ese momento estén residiendo. Las vacaciones escolares, tanto el Pilar, navideñas, Semana Santa, y verano, y cualesquiera otras que fueran establecidas según el calendario escolar serán disfrutadas por mitad, como hasta la actualidad se venía efectuando: Así las vacaciones de navidad se dividen en dos períodos: el padre estará con su hija desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 31 al mediodía en los años pares; y la madre desde el día 31 al mediodía hasta el inicio de la actividad escolar en el año nuevo. La madre estará con su hija desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 31 a mediodía en los años impares; y el padre desde el día 31 al mediodía hasta el inicio de la actividad escolar en el año nuevo. El padre estará en compañía de su hija en el primer período de vacaciones escolares de colegio de la menor en los años impares, y la madre durante el segundo período. Respecto a las vacaciones de verano serán divididas en dos períodos: julio y agosto. Iniciando la elección del comienzo de disfrute en los años pares la madre, en los años impares el padre. En cuanto al cumpleaños y onomástica de la menor se establece que la misma pasará el cumpleaños con la madre en los años pares y su onomástica con el padre, y a la inversa en los años impares. c) Esta representación, propone, en cuanto a los gastos de asistencia de la hija: abrir una cuenta común en la entidad bancaria que se designe, dónde se proceda a domiciliar los gastos de colegio, comedor, actividades extraescolares, material escolar, guardería..., ingresando ambos progenitores la misma cantidad para así cubrir por mitad los citados gastos. Cuando dicha cuenta se encuentre por debajo de 40 euros, los cónyuges deberán ingresar a los efectos de cubrir los gastos venideros. Y en cuanto a gastos de vestuario y alimentación, cada progenitor deberá hacer frente a las que se generen por

tales conceptos durante el mes que permanezca la niña en su compañía. Gastos extraordinarios necesarios, entendiéndose por tales los que se produzcan como consecuencia de enfermedad grave o prolongada, internamiento en centros sanitarios, intervención quirúrgica, o enfermedad no cubierta por la Seguridad social de los padres dentista, ortodoncia, oculista, gafas, estudios universitarios u otros de enseñanza superior, serán afrontados por mitad. Gastos extraordinarios no necesarios (campamentos, viajes de larga duración como viajes de estudios, Masters privados etc.) serán abonados por mitad, siempre y cuando exista notificación y acuerdo entre los progenitores, en el supuesto de desacuerdo lo asumirá el progenitor que lo haya causado d) Esta representación propone que ambos progenitores faciliten un correo electrónico, para notificarse cuantas circunstancias se refieran a su hija. No obstante, si la situación lo requiriese, sobre todo si hace referencia a cuestiones de salud, deberán telefonarse con urgencia. OTROSÍ DIGO: que al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional primera. 3, de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de custodia compartida, procedo a adjuntar el PLAN DE RELACIONES FAMILIARES consistente en a) Que tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que establece en su disposición transitoria primera, que la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores será causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año desde la entrada en vigor de la presente Ley. Esta representación viene a solicitar la citada revisión, de tal forma que la custodia de la hija habida en el seno del matrimonio, P, sea compartida por ambos progenitores, D^a María Isabel y D. Juan Carlos b) Cada progenitor se hará cargo de su hija un mes, y por tanto los menores se trasladarán a la vivienda que cada uno de ellos posea durante el citado período, de forma alterna y rotativa. En cada mes el progenitor no custodia en ese momento, tendrá un derecho de visitas de fines de semana alternos, que comenzará el viernes a la salida del colegio, y finalizará el lunes reintegrando a la menor en el colegio. Y dos días a la semana todas las semanas, (martes y jueves) desde la salida del colegio hasta las 20 horas, que será reintegrada al domicilio que en ese momento resida la menor. Si el último día del mes, en que procede la entrega de la niña es lectivo, el progenitor que corresponda, llevará

por la mañana a la menor al centro escolar, recogiénola el otro a su salida. Si ese día es festivo, habrá que atender a qué progenitor le corresponde el fin de semana, de tal suerte que si le corresponde al custodio en ese momento, reintegrará a la menor el lunes en el colegio por la mañana, y si no le corresponde, el otro progenitor la recogerá el viernes a la salida del colegio. En el supuesto en que en ese mes exista una festividad de puente, se unirá al fin de tal forma que el progenitor que ese fin de semana disfrute de la compañía de la menor permanecerá igualmente el puente. Si es una festividad intersemanal de un solo día, será disfrutada por quien en ese momento ostente la custodia. La recogida y entrega de los menores se efectuará en la vivienda que en ese momento esté residiendo. Las vacaciones escolares, tanto el Pilar, navideñas, Semana Santa, y verano, y cualesquiera otras que fueran establecidas según el calendario escolar serán disfrutadas por mitad, como hasta la actualidad se venía efectuando: Así las vacaciones de navidad se dividen en dos períodos: el padre estará con su hija desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 31 al mediodía en los años pares; y la madre desde el día 31 al mediodía hasta el inicio de la actividad escolar en el año nuevo. La madre estará con su hija desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 31 a mediodía en los años impares; y el padre desde el día 31 al mediodía hasta el inicio de la actividad escolar en el año nuevo. El padre estará en compañía de su hija en el primer período de vacaciones escolares de colegio de la menor en los años impares, y la madre durante el segundo período. Respecto a las vacaciones de verano serán divididas en dos periodos: Julio, y agosto. Iniciando la elección del comienzo de disfrute en los años pares la madre, en los años impares el padre. En cuanto al cumpleaños y onomástica de la menor se establece que la misma pasará el cumpleaños con la madre en los años pares y su onomástica con el padre, y a la inversa en los años impares. Esta representación, propone, en cuanto a los gastos de asistencia de la hija: abrir una cuenta común en la entidad bancaria que se designe, dónde se proceda a domiciliar los gastos de colegio, comedor, actividades extraescolares, material escolar, guardería., ingresando ambos progenitores la misma cantidad para así cubrir por mitad los citados gastos. Cuando dicha cuenta se encuentre por debajo de 40 euros, los cónyuges deberán ingresar a los efectos de cubrir los gastos venideros. Y en cuanto a gastos de vestuario y alimentación, cada progenitor deberá hacer

frente a las que se generen por tales conceptos durante el mes que permanezca la niña en su compañía. Gastos extraordinarios necesarios, entendiendo por tales los que se produzcan como consecuencia de enfermedad grave o prolongada, internamiento en centros sanitarios, intervención quirúrgica, o enfermedad no cubierta por la Seguridad social de los padres, dentista, ortodoncia, oculista, gafas, estudios universitarios u otros de enseñanza superior, serán afrontados por mitad. Gastos extraordinarios no necesarios (campamentos, viajes de larga duración como viajes de estudios, Masters privados etc) serán abonados por mitad, siempre y cuando exista notificación y acuerdo entre los progenitores, en el supuesto de desacuerdo lo asumirá el progenitor que lo haya causado. d) esta representación propone que ambos progenitores faciliten un correo electrónico, para notificarse cuantas circunstancias se refieran a su hija. No obstante, si la situación lo requiriese, sobre todo si hace referencia a cuestiones de salud, deberán telefonarse con urgencia”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada, quien la contestó en forma oponiéndose a la misma y solicitando la práctica de prueba anticipada. Asimismo compareció el Ministerio Fiscal y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 17 de enero de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de D. JUAN CARLOS contra D^a. MARÍA ISABEL sobre modificación de medidas definitivas de divorcio acordadas en la precedente Sentencia de fecha 5 de octubre de 2006, dictada en procedimiento de divorcio contencioso Autos núm. 766/2006, declarando no haber lugar a la modificación instada. Se da nueva redacción al efecto 5º del Fallo de la precitada sentencia en el extremo relativo a las entregas y recogidas, permaneciendo invariable el resto, y en los siguientes términos: “Las entregas y recogidas de la menor, salvo las previstas a realizar en el colegio, se verificarán en el domicilio materno, en el portal del inmueble, bien por el progenitor no custodio o bien a través de una tercera persona de confianza de ambos progenitores. Sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes”.

TERCERO.- Interpuesto en tiempo y forma por la representación del demandante recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, se tuvo por preparado y se emplazó y se dio traslado del escrito de interposición a las partes contrarias, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ésta dictó sentencia de fecha 26 de junio de 2012, cuya parte dispositiva dice así: *“FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Carlos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza, el 17 de enero de 2012, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada”*.

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Baigorri Cornago, actuando en nombre y representación de D. Juan Carlos, presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de casación contra dicha sentencia. Articula los motivos del recurso “en relación” con los arts 80.2 y 75.2 del CDFJ.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó Auto en fecha 18 de octubre de 2012 en el que la Sala acordó declarar la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación interpuesto y el traslado a las otras partes para formalizar el escrito de oposición.

Presentados los escritos de oposición dentro de plazo, por providencia de 29 de noviembre se señaló para votación y fallo el día 9 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Juan Carlos presentó demanda de modificación de medidas definitivas solicitando, entre otras cuestiones, la atribución de la custodia compartida sobre la hija menor común. La sentencia de primera instancia -después confirmada- denegó dicha pretensión.

En la sentencia que aquí se impugna (fundamento tercero) se indica: (...) *Se ha probado a lo largo del procedimiento el alto y grave nivel de enfrentamiento personal entre los litigantes, desde el inicio de la ruptura conyugal. Constan los violentos y reiterados incumplimientos por el recurrente de las normas y directrices marcadas por el P.E.F., donde se entregaba y recogía a la menor en el ejercicio del régimen de visitas, desde junio de 2007 hasta fechas recientes en que el Juzgado ha prescindido de dicho Servicio, llegando a incurrir en enfrentamientos personales con los técnicos del Centro (...). Se han dictado cuatro Autos de ejecución por el Juzgado en orden a exigir al padre el cumplimiento de las visitas (...). El Sr. ha sido condenado por dos veces, en 2007, por la comisión de faltas de injurias, contra las relaciones familiares y de incumplimiento de régimen de visitas (...). Bautizó a su hija en abril de 2005 sin conocimiento de la demandada, y omitió dicha información permitiendo el bautizo organizado por la madre en abril de 2011 (...). Esta actitud de claro enfrentamiento no favorece el correcto ejercicio de la autoridad familiar.*

(...): El informe psicológico practicado en el proceso (folio 274 y siguientes) señala que ambos progenitores han transmitido a P, de 9 años de edad, informaciones improcedentes, especialmente el Sr. , lo que le ha generado una situación de malestar emocional e inseguridad que afecta en gran manera a la menor y a la relación con sus padres, poniendo de manifiesto el uso de estrategias en la menor tendentes a evitar el enfado o disgusto de su padre. El informe establece que P quiere seguir viviendo con su madre, encontrándose muy unida a ella, siendo ésta la que le ha procurado en mayor medida la seguridad, estabilidad, cuidados y pautas educativas a lo largo de su desarrollo, no deseando la menor la custodia compartida que solicita el padre, deseos en los que la psicóloga no aprecia influencias o manipulaciones externas.

El informe de D^a M^a Jesús Portillo aportado por el actor con su demanda, evidencia en la menor un conflicto de lealtades respecto a sus padres a los que

aconseja someterse a intervención terapéutica y aconseja se acuerde como mejor sistema de custodia compartida exclusivamente la pernocta con el padre de los martes y jueves que éste y la menor pasan juntos (...).

Finalmente se señala asimismo en la sentencia que la menor tiene suficiente juicio para valorar cómo se encuentra mejor y cómo desea repartir su tiempo entre los progenitores.

SEGUNDO.- En la primera de las alegaciones en las que –con poca adecuada técnica casacional- se estructura el recurso, se invocan como infringidos los artículos 75 a 83 del CDFA, si bien, tras la expresión de las circunstancias de hecho concurrentes en el caso, concluye que no encuentra causa alguna que impida la conveniencia de la custodia compartida de la hija común, centrando así el recurso en la supuesta vulneración del artículo 80. En concreto, razona que la conflictividad ente los progenitores (razón en la que entre otras se apoyó la sentencia recurrida para denegar la pretensión del recurrente) no viene recogida en la legislación como causa de exclusión de la custodia compartida, y que la aptitud e idoneidad de los padres para el ejercicio de sus roles parentales debe ser el único indicador a tener en cuenta. Señala, además, que de la dicción del artículo 80 no se desprende que sea obligatoria ni vinculante la recomendación emitida por el gabinete psicosocial, destacando que en todo caso dicho informe no refleja nota desfavorable de ninguno de los progenitores que constate que cualquiera de ellos carezca de aptitud y voluntad para asegurar la estabilidad de la hija.

TERCERO.- Como afirmó esta Sala en sentencia de 1 de febrero de 2012, citada en otras posteriores, *“En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no*

es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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”.

En definitiva, lo decisivo no es, frente a lo que sostiene el recurrente, la aptitud de los progenitores, en abstracto, para el cumplimiento de sus deberes como tales, sino el interés del menor, tal y como acertadamente se pone de manifiesto en la sentencia recurrida. Es decir, cuando las circunstancias concurrentes en un caso concreto determinen que el interés del menor aconseja la exclusión de la regla general (custodia compartida) así se acordará. En el caso que nos ocupa, es lo que se ha hecho, tras el razonamiento que ha quedado expuesto y al que nada hay que reprochar. Sucede, aquí, que existe una situación de conflictividad causada fundamentalmente por el comportamiento del padre. Y en la medida en que la conflictividad es de tal intensidad que puede tener una relevante influencia negativa en el interés del menor, puede y debe ponderarse como un factor más a tener en cuenta en punto a la decisión sobre el régimen de custodia. Aunque se prescindiera de la evidente situación de enfrentamiento como parámetro a tener en cuenta para denegar la custodia compartida, la Sentencia se ha apoyado también en otras pruebas, básicamente en el informe psicológico donde a su vez se ha recogido la opinión de la niña. Y la parte no plantea siquiera, como defecto procesal, que exista un error en dicha

valoración que resulte notorio o patente, y determinante de arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la sentencia.

En suma, no se aprecia infracción alguna del art. 80.2 CDFJ.

Por cuanto antecede, el recurso no puede prosperar.

CUARTO.- Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación nº 40/2012, interpuesto por la Procuradora Sra. Baigorri Cornago en nombre y representación de D. Juan Carlos , contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 26 de junio de 2012 con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

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

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