

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Casación 60/2012

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

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 Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a veinticinco de marzo 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 60/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 7 de noviembre de 2012, recaída en el rollo de apelación número 398/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 739/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza, siendo partes, como recurrente D. Salvador, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Pilar Amador Guallar y dirigido por la Letrada D^a. Begoña Cuenca Alcaine, como recurrida D^a Tatiana representada por la Procuradora D^a. Eva Capablo Mañas y dirigida por la Letrada D^a Eva Vera Andrés, y el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 24 de mayo de 2011 la Procuradora Sra. Amador Guallar, en representación de D. Salvador, presentó ante el Juzgado Decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas frente a D^a. Tatiana 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 de Filiación contenciosa Autos 904/2005, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia Número TRECE, y previo emplazamiento del Ministerio Fiscal, por existir una hija menor de edad, dicte Sentencia en su día, por la que se estime íntegramente la Modificación de Medidas de la Sentencia de Filiación autos 904/2005 de 16 de diciembre de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia TRECE, 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 la 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 hija común S, sea compartida por ambos progenitores, D. Salvador y D Tatiana. b) Consecuencia de nuestra petición de custodia compartida, es la modificación del régimen de visitas establecido en la Sentencia que hoy solicitamos sea revisada, al amparo de la nueva Ley, ya que entendemos que la forma más adecuada y beneficiosa para la menor es la que expondremos a continuación, sin perjuicio de que el Sr esté abierto a que se adopte un reparto igualitario del tiempo de la forma que los profesionales psicólogos o el Juzgador estimen más beneficioso para la menor: Cada progenitor se hará cargo de su hija por períodos quincenales, de forma rotativa y alterna, trasladándose la menor durante dicho período al domicilio de cada progenitor. Por tanto el día 1 del mes será recogida la menor a la salida del colegio y reintegrada el día 15 en el colegio por la mañana por el progenitor*

custodio en ese momento, y el otro desde el día 15 del mes desde la salida del colegio hasta el 30 ó 31 del mes en curso. Para el supuesto de que la entrega de la menor coincidiese con día no lectivo, sábado o domingo, la estancia se prorrogará hasta el lunes por la mañana en que se producirá el reintegro en el colegio. Durante los períodos de estancia con el progenitor custodio, éste habrá de poseer toda la documentación necesaria de la niña (D.N.I, tarjeta sanitaria, cartilla de vacunación, etc...) debiendo hacer entrega de la misma al otro progenitor simultáneamente a la entrega de S. En cada quincena, el progenitor no custodio en ese momento, tendrá un derecho de visitas de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio y finalizará el lunes reintegrándola en el colegio. En el supuesto de que en la quincena 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. Las vacaciones escolares tanto de Navidad, Semana Santa, como verano, y cualesquiera otras que fueran establecidas según calendario escolar serán disfrutadas por mitad, como hasta la actualidad se venía realizando. c) Esta representación propone la apertura de una cuenta común en la entidad bancaria que se designe, dónde se proceda a domiciliar los gastos de colegio, comedor, actividades extraescolares, material escolar, excursiones escolares, chándal escolar..., ingresando ambos progenitores la cantidad de 150 euros, para así cubrir por mitad los citados gastos. Cuando dicha cuenta se encuentre por debajo de 40 euros, los progenitores deberán ingresar la citada cuantía a los efectos de cubrir los gastos venideros. En cuanto a los gastos de alimentación y vestuario cada progenitor se hará cargo de dichos conceptos mientras conviva con cada uno de ellos. De tal forma que cada progenitor deberá adquirir la ropa necesaria para que la niña tenga su vestuario en cada vivienda, a los efectos de evitar que la menor deba trasladarse de un lugar a otro con la consabida maleta. Gastos extraordinarios necesarios, entendiéndose por tales los que se produzcan como consecuencia de una enfermedad grave o prolongada, internamiento en centros sanitarios, intervención quirúrgica, o enfermedad no cubierta por la Seguridad Social de los padres, dentista, oculista, gafas, lentillas, estudios universitarios u otros de enseñanza superior, serán

afrentados por mitad. Gastos extraordinarios no necesarios (campamentos, viajes de larga duración como viajes de estudios, Masters privados, carnet de conducir 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) A los efectos de conseguir mejor comunicación entre los progenitores esta parte propone que ambos progenitores faciliten un correo electrónico, para cuantas circunstancias se refieran a su hija. No obstante, si la situación lo requiriese, sobre todo si hace referencia a cuestiones de salud deberán telefonearse con urgencia. Por Otrosí dijo que acompañaba el Plan de Relaciones Familiares en el que reiteraba lo que acaba de transcribirse.

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 13 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *“FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. SALVADOR, representada en su nombre por la Sra. Procuradora Dña. MARÍA PILAR AMADOR GUALLAR, se acuerda lo siguiente: 1º.- DEBO ESTABLECER Y ESTABLEZCO LA CUSTODIA COMPARTIDA de la menor, nacida en Zaragoza el día 20 de julio de 2001, por PARTE DE SUS progenitores, D. SALVADOR y Dña. TATIANA, quienes debiendo ostentar la autoridad familiar conjunta se atenderán a las pautas reseñadas en los fundamentos tercero y cuarto de esta sentencia. 2º.- Dadas las especiales características de este proceso, con arreglo a lo acordado en estos autos respecto al efectivo cumplimiento, de lo aquí decidido en la instancia el nuevo régimen instaurado comenzaría el primer día del mes siguiente a la firmeza de la presente resolución. 3º.- En cuando a las costas procesales de este incidente, cada uno de los progenitores intervinientes abone las causadas en su instancia y las comunes por mitad.”*

TERCERO.- Interpuesto en tiempo y forma por la representación de la demandada recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado

de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza, se tuvo por preparado y se emplazó y se dio traslado del escrito de interposición a las partes contrarias. Por la representación del demandante se presentó el oportuno escrito de oposición al recurso, y por el Ministerio Fiscal se presentó escrito adhiriéndose al recurso de apelación formulado por la demandada e interesando se dictase una resolución conforme a lo interesado por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ésta dictó sentencia de fecha 7 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva dice así: *“FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a. Tatiana y la impugnación deducida por el Ministerio Fiscal, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 13 de Zaragoza, en autos de Modificación de Medidas núm. 739/11, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud se mantiene la guarda y custodia de la hija común S a favor de la madre con visitas a favor del padre de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada al mismo y un día entre semana desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada al centro escolar y mitad de vacaciones, manteniéndose el resto de medidas fijadas en su momento. Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas”*.

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Amador Guallar, actuando en nombre y representación de D. Salvador presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de casación contra dicha sentencia. Articuló los motivos del recurso “en relación” con el art. 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y manifestó que la sentencia recurrida presenta interés casacional por tratarse de norma del derecho civil aragonés que no lleva más de cinco años en vigor.

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 9 de enero de 2013 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 22 de febrero se señaló para votación y fallo el día 13 de marzo de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada tuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació la menor S el día 20 de julio de 2002. La filiación se determinó respecto del padre por sentencia de 16 de diciembre de 2005, en la que se otorgó la guarda y custodia de la menor a la progenitora. En la demanda origen de las presentes actuaciones se instó la modificación de medidas acordadas en dicha sentencia solicitándose la guarda y custodia compartida de la menor.

La sentencia del juzgado de primera instancia, de 6 de marzo de 2012, estimó íntegramente la demanda.

Formulado recurso de apelación por la demandada, al que se adhirió la representante del Ministerio Fiscal, la sentencia de la Audiencia Provincial de 7 de noviembre de 2012 revocó la anterior, manteniendo la guarda y custodia de la niña a favor de la madre y estableciendo un régimen de visitas a favor del padre.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de impugnación, después de recoger la doctrina sentada por esta Sala en relación con la custodia compartida, hace referencia a las pruebas sobre las que se asienta su decisión. Primeramente, al informe psicosocial, del que destaca la importancia que tiene en este tipo de procedimientos, y que es favorable a la custodia individual para la madre. Y después, pondera la prueba (practicada en la segunda instancia) de exploración de la niña, expresando que se trata de una niña con juicio y madurez suficientes, con muy buena relación con ambos progenitores, y que desea permanecer bajo la custodia de la madre y con visitas intersemanales. De todo ello concluye que en el supuesto la custodia individual se revela como más adecuada y beneficiosa para la menor, por lo que procede declararlo así.

Frente a dicha sentencia se alza el presente recurso de casación, en el que se alega vulneración de los artículos 75 a 83 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) si bien el desarrollo del recurso se centra en la supuesta infracción del artículo 80.2.

TERCERO.- El precepto del artículo 80.2 que se invoca como infringido se ubica en la Sección Tercera del Capítulo Segundo del Título Segundo del CDFA, que incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, expresándose en el Preámbulo de aquel que, *recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores*. Y tiene por objeto, según se expresa en el artículo 75.1, *regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores*.

Conviene, en consecuencia, comenzar precisando si los preceptos contenidos en la referida Sección son o no de aplicación a los supuestos en los que, como el presente, no ha habido convivencia previa de los progenitores (circunstancia que no se pone de relieve en las sentencias de instancia pero que el propio recurrente en casación refiere en el presente recurso como ya hizo en su demanda inicial).

Las expresiones literales que acabamos de reproducir permitirían sostener que quedan fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos tales situaciones de falta de convivencia previa. Ahora bien, si no parece dudoso que ello vale para determinadas reglas, como las del artículo 83 (asignación compensatoria) no se aprecia fundamento para excluir, *a priori*, la aplicabilidad de otras que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y el de éstos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. En estas otras normas, no hay razón que abone la consideración de la previa convivencia como presupuesto necesario. Ello no significa que esa ausencia de convivencia entre los padres y de éstos conjuntamente con sus hijos, no pueda tenerse en cuenta a la hora de determinar qué es lo más conveniente al interés del menor.

Desde esta perspectiva abordaremos el problema que aquí se nos somete.

CUARTO.- El artículo 80.2 del CDFA establece, efectivamente, la preferencia del sistema de custodia compartida de los progenitores respecto a sus hijos menores: *“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 que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores”*, que el mismo precepto pormenoriza. Este tribunal se ha pronunciado en varias sentencias acerca de la aplicación de dicho criterio de preferencia, en forma que sistematiza la Sentencia 4/2012, de 1 de febrero: *“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”.

QUINTO.- En realidad, en el presente recurso de casación, aparte de las expresiones que se dedican a recordar las bondades del régimen de custodia compartida –lo que nada aporta, pues precisamente la ley lo establece como preferente- y a destacar la aptitud y la implicación del padre en su labor como tal, se disiente de la valoración de la prueba llevada a cabo en la sentencia recurrida. Así, se nos dice que las “presuntas preferencias” manifestadas por la menor en la exploración judicial, deben ser tomadas con cierta prudencia, y que se trata de una decisión de gran calibre que no debe dejarse en manos de una menor. Asimismo, en relación con la prueba pericial practicada, expresa que del artículo 80.3 no se desprende que las recomendaciones de los informes sean vinculantes, y que de los emitidos no puede concluirse que el padre no sea idóneo para el ejercicio de los roles parentales.

Olvida la recurrente que la aptitud como padre no es el único elemento que ha de ser tomado en consideración para resolver litigios de la naturaleza del que nos ocupa. Cabe que un progenitor reúna condiciones para el ejercicio de la guarda y custodia y sin embargo, concurren otros factores que lleven al tribunal a la convicción de que en ese concreto supuesto conviene mejor al menor la custodia individual. En tal caso, el artículo 80.2 impone al juzgador que así lo acuerde.

SEXTO.- El art. 76.3 del CDFA concreta en el derecho aragonés de la persona el principio de igualdad del artículo 14 CE. Se pretende con ello impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado. Es decir, no se trata de establecer una igualdad a ultranza, pues a ella se superpone siempre el interés del menor cuya atención puede exigir un trato desigual de los progenitores. En el preámbulo del Código se señala como una de las razones de la opción legal, la de permitir una mejor aceptación, por parte de los hijos, de la nueva situación familiar, lo que parece partir de la base (inexistente en el caso que nos ocupa) de que ha habido una situación familiar anterior en la que los hijos gozaban de la

convivencia con sus padres conjuntamente. Y ello se alcanza a través de la previsión del artículo 80.2, que incorpora un cambio en el sistema tradicional de custodia individual, normalmente a favor de la madre.

No es cierto, como afirma el recurrente, que la decisión sobre el régimen de custodia se haya dejado en manos de la menor. En efecto, la preferencia manifestada por una niña de once años de edad siempre ha de ser tomada con prudencia, pero es al juzgador de instancia a quien corresponde ponderar su capacidad y grado de discernimiento, que es lo que se ha hecho en el supuesto que examinamos. Sucede, además, que la decisión finalmente adoptada no solo se apoya en el manifestado deseo de la niña, sino también en el informe pericial, que recomienda que aquella permanezca con su madre, de la que dice que es la figura principal de referencia dentro de su mundo emocional. En suma, ha primado el interés de la menor, que en el caso coincide con el mantenimiento de su *statu quo*; con su estabilidad. Y habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso, parece coherente esa apreciación.

Por lo demás, hemos de recordar que, conforme a consolidada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en nuestra Sentencia 44/2012, de 26 de diciembre, *“Lo que el motivo de casación efectivamente ataca es la apreciación de la prueba efectuada por la Sala de instancia (que ni aparece como irracional ni el recurrente lo manifiesta así mediante la articulación del correspondiente motivo de infracción procesal) y en virtud de la cual ha llegado a la convicción de que en el caso la custodia individual conviene más al interés de la menor. Se olvida así que la casación no es una tercera instancia y en ella no cabe una nueva valoración del material probatorio reunido, ni una revisión de la ya efectuada en la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo ha destacado de forma reiterada “el carácter extraordinario del recurso de casación, en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que, se insiste, exige plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, sin someter a la Sala valoraciones particulares a partir de los hechos que interesan al recurrente, pues en tales casos no subyace en puridad el*

conflicto jurídico que justifica el recurso de casación, en atención a sus funciones y finalidades” –por todas, sentencia de 23 de enero de 2012-.”.

No existe, en consecuencia, infracción de norma jurídica en la sentencia recurrida, por lo que el recurso se desestima.

SÉPTIMO.- La naturaleza del asunto debatido así como el hecho de haberse resuelto en las dos instancias en sentido distinto, con una valoración de la prueba diferente, aconseja en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación nº 60/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Pilar Amador Guallar, en nombre y representación de D. Salvador, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección Segunda, de fecha 7 de noviembre de 2012, sin imposición de costas.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.