

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación num. 33 de 2013

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

En Zaragoza, a quince de enero de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 33/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 14 de mayo de 2013, recaída en el rollo de apelación número 92/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 774/2011,

seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Pedro B. B., representado por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigido por el Letrado D. Antonio Torrús Ruiz, y como parte recurrida D^a. Lujan-Tatiana M. B., representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán y dirigida por la Letrada D^a. Gloria Labarta Bertol, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Ana María Sanz Foix, actuando en nombre y representación de D. Pedro B. B., presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. Luján-Tatiana M. B. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución por la que se resolviese la modificación del régimen de medidas establecido acordándose las siguientes:

“1º.- Que se proceda a la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de la hija menor, por el establecimiento, más beneficioso para ella, de un régimen de guarda y custodia compartida que se desarrolle por períodos trimestrales de estancia con cada progenitor.

Que de estimarse la modificación que en este apartado se solicita, se haga efectiva esta medida con el comienzo del período de evaluación escolar de Iliana-Concepción inmediatamente posterior a la fecha de la Sentencia por la que se ponga fin a este proceso.

2º.- Que se proceda a la modificación de la medida relativa al régimen de visitas, por el establecimiento del que sigue:

- Fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes donde será recogida por el progenitor no custodio, hasta el domingo a las 20:00 horas, en que se entregará a Iliana en el domicilio del progenitor custodio.

- Entre semana, los martes y jueves por la tarde, desde la salida del colegio donde será recogida por el progenitor no custodio, hasta las 20:00 horas en que se entregará a Iliana en el domicilio del progenitor custodio.
- En las fiestas de Navidad, las vacaciones escolares se dividen en dos mitades, disfrutando cada progenitor una de ellas. La primera mitad, desde el último día lectivo a la salida del colegio donde será recogida por un progenitor, hasta el día 31 de diciembre a las 12:00 horas, en que será entregada en el domicilio del otro progenitor. La segunda mitad de las vacaciones va, desde el día 31 de diciembre a las 12:00 horas, hasta las 17:00 horas del día anterior al comienzo del período lectivo escolar, momento en que será entregada, en su caso, en el domicilio del progenitor custodio.

Proponemos que se mantenga que el derecho de opción entre la primera o segunda mitad corresponda a la madre los años pares y al padre los impares.

- Las fiestas del Pilar y vacaciones de Semana Santa, que se mantenga el sistema vigente con la división de cada una de ellas en dos partes iguales a disfrutar por cada uno de los progenitores.

Proponemos que se mantenga que el derecho de opción entre la primera o segunda mitad corresponda a la madre los años pares y al padre los impares.

- Los puentes escolares inmediatamente procedentes o subsiguientes al fin de semana, se unirán a éste de tal forma, que el progenitor no custodio que tenga a Iliana durante ese fin de semana, la mantenga en su compañía durante todo el puente escolar.
- Las vacaciones de verano será divididas también en dos mitades, disfrutando cada progenitor una de ellas. La primera mitad, desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el 31 de julio a las 17:00 horas. La segunda mitad, desde el 31 de julio a las 17:00 horas, hasta el día anterior al comienzo del

curso a las 17:00 horas, momento en que será entregada, en su caso, en el domicilio del progenitor custodio.

Proponemos que se mantenga que el derecho de opción entre la primera o segunda mitad corresponda a la madre los años pares y al padre los impares.

- Con suspensión del régimen de visitas durante las vacaciones.

3°. Que se proceda a la modificación de la medida relativa a la contribución a los gastos de asistencia a la hija, por el establecimiento de la siguiente:

a) Durante los meses en que la guarda y custodia compartida corresponda la compañía de Iliana a su padre, éste no deberá abonar cantidad alguna por tal concepto, dado que se hará cargo de forma directa e inmediata de todo lo preciso para el sostenimiento de su hija; además, mientras Iliana permanezca bajo la guarda y custodia de su padre, Dña. Luján contribuirá a estos gastos de su hija con el abono de 300 euros mensuales, que ingresará en los 10 primeros días de cada mes.

b) Durante los meses en que por la guarda y custodia compartida corresponda la compañía de Iliana a su madre, el Sr. B. ingresará con periodicidad mensual la cantidad de 300 euros.

4°. Que respecto al régimen de visitas, subsidiariamente, para el caso de que no se modifique el régimen de guarda y custodia vigente por el solicitado, que se resuelva adoptar la sustitución del régimen de visitas actual por el propuesto en el punto 2° del este suplico.

5°. Que respecto a la pensión para la cobertura de los gastos de asistencia de la hija, subsidiariamente, para el caso de que no se modifique el régimen de guarda y custodia vigente por el solicitado, que se resuelva adoptar de las siguientes peticiones la que proceda:

a) En caso de establecerse un régimen de custodia compartida por periodo distinto al solicitado, que se disponga que la medida de la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de su hija, sea la solicitada por esta parte en el punto 3° de este suplico.

b) En caso de mantenerse el régimen de guarda y custodia vigente, que se reduzca la contribución del Sr. B. a 300 euros.”

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, tanto el Ministerio Fiscal como el Procurador de los Tribunales Sr. Andrés Alamán, en nombre y representación de D^a. Luján-Tatiana M. B. contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, solicitando éste último la practica de prueba.

Previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo.- Que debo estimar y estimo en lo sustancial la demanda de modificación de las medidas adoptadas por la Sentencia de doce de junio de dos mil nueve, dictada en el procedimiento de juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos, seguido ante este Juzgado de Primera Instancia bajo el nº 345/09-A, parcialmente modificada por otra de 25/05/2010 dictada en grado de apelación por la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza, deducida por la Procuradora D^a. Ana María Sanz Foix, en nombre y representación de D. Pedro B. B., contra D^a. Luján Tatiana M. B., representada por el Procurador D. Juan Manuel Andrés Alamán, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y con efectos desde el uno de noviembre de dos mil doce, la guarda y custodia de la hija común Iliana Concepción B. M., sea ejercida de forma compartida, por ambos progenitores, D^a. Luján Tatiana M. B. y D. Pedro B. B., por periodos iguales y alternos de dos meses, manteniéndose vigente hasta la señalada fecha el actual sistema de guarda y custodia y visitas. Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.

A partir del día señalado (1/11/2012), y teniendo en consideración lo que al respecto se dejó dicho en el párrafo primero *in fine* del FD cuarto de esta resolución, regirá como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, en el periodo de que se trate no tenga bajo su custodia al menor, el siguiente:

- Los fines de semana alternos, desde la salida de la menor del Colegio –o a las 17:00 horas, si coincidiera en periodos vacaciones, o se tratara de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente-, hasta las 20:00 horas del

domingo inmediato siguiente, y dos tardes a la semana, desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20:30 horas, en que deberá reintegrarla al domicilio que le corresponda.

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

-Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que el hijo cada año esté con cada uno de los progenitores en las fechas señaladas de Navidad. El padre elegirá en años impares y a madre en años pares.

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

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

Los cambios de convivencia de la menor tendrán lugar (en febrero el último día, sea 28 o 29, y el resto de los meses de intercambio, sean de 30 ó de 31 días), los días 30 del mes que corresponda (excepto lo ya referido para el primer mes de intercambio de la guarda y custodia compartida que por esta resolución se establece –enero de 2013-), siempre –con independencia de si rige horario de mañana y tarde, o solo de mañana- a la hora de salida del Colegio de la menor –donde será recogida por el progenitor al que le corresponda iniciar el periodo de convivencia con la niña-, o, en su defecto –por coincidir en periodos vacacionales, o tratarse de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente-, a las 17:00 horas, que deberá ser entregada en el domicilio del padre o de la madre donde vaya a residir la menor en el concreto periodo que se inicia.

Como contribución de los progenitores a los gastos de la hija, el padre, D. Pedro B. B., ingresará la cantidad de trescientos euros (300€) mensuales, y la madre, D^a. Luján Tatiana M. B., la de cien euros (150€), (sic) en la cuenta común previamente designada, o que al efecto se abriera, para atender los gastos ordinarios de la menor, para el abono de las actividades extraescolares, material escolar y otros de similar naturaleza y finalidad, debiendo cada progenitor atender, en los periodos que le corresponda la convivencia con la menor, los gastos de alimentación, vestido y actividades lúdicas y recreativas de la hija. Los gastos extraordinarios que la salud, educación o formación integral de la menor demandaren en cada momento, se abonarán por mitad entre ambos progenitores.

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

En lo que resultaran de aplicación, se consideraran vigentes las restantes medidas acordadas en el procedimiento de juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos, seguido ante este Juzgado de Primera Instancia bajo el nº 345/09-A, con las modificaciones acordadas por la dictada con fecha 25/05/2010 en grado de apelación por la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza, en todo aquello que no se oponga o contradiga lo que en la presente resolución se acuerda.

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

TERCERO.- Por ambas partes se solicitó la aclaración de la sentencia en diversos puntos, dictándose Auto en fecha 16 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Acuerdo: No haber lugar a las aclaraciones solicitadas, sin perjuicio de su interpretación conforme a lo que se dejó dicho en el RJ Segundo de esta resolución, y a lo que las partes pudieran solicitar en instancias superiores respecto a lo decidido en primera instancia.

Corregir el error material advertido en el Fallo de la Sentencia dictada en este procedimiento, debiendo entenderse la expresión Cien Euros (150€), como Cien Euros (100€).”

CUARTO.- Interpuesto por el Procurador Sr. Andrés Alamán en nombre y representación de D^a. Luján Tatiana M. B. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte, que se opuso, y al Ministerio Fiscal, que se adhirió al recurso planteado, dándose nuevo traslado a la parte recurrente, presentó escrito de alegaciones.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, por auto de 8 de abril de 2013 se acordó admitir la documentación aportada por ambas partes.

Con fecha 14 de mayo de 2013, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña Luján-Tatiana M. B. y la impugnación del Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el siguiente sentido:

Se mantienen las medidas fijadas en su día con las siguientes modificaciones:

Se amplía el régimen de visitas en los siguientes términos: fines de semana alternos desde viernes a la salida del colegio o desde las 17 horas si coincidiera en periodos vacaciones o fuera día no lectivo al lunes a la entrada del mismo o 10 horas en su caso, y dos tardes intersemanales (martes y jueves) desde la salida del colegio o 17 horas si coincidiera en periodos vacacionales o fuera día no lectivo a las 20,30 horas.

Se confirma la Sentencia apelada en cuanto al sistema de vacaciones.

Se fija en 360 euros mensuales la pensión alimenticia a favor de la menor Iliana a partir de la próxima mensualidad de junio.

Se mantiene el resto de medidas acordadas en la Sentencia de divorcio.

Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia.”

QUINTO.- El Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras, en nombre y representación de D. Pedro B. B., según designación apud-acta, interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en infracción del art. 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto por el que, declarada la competencia de la Sala, se admitió a trámite el recurso de casación, no dando lugar a la práctica de la prueba pericial psicológica solicitada ni los documentos aportados, que le fueron devueltos; conferido traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal del recurso, presentaron los correspondientes escritos de oposición.

Por cese como miembro de esta Sala del Ponente designado al comienzo de las actuaciones, Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance, en fecha 19 de noviembre, se hizo cargo de la ponencia el Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado tras su toma de posesión como miembro del Tribunal.

En fecha 2 de diciembre la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Pedro dedujo demanda de modificación de las medidas adoptadas en el juicio verbal nº 339/2009, tramitado con ocasión de la ruptura de la pareja que formó en su día con D^a Lujan, en relación a la hija habida en dicha unión, Iliana Concepción, nacida el día 11 de agosto de 2006.

El juzgado de primera instancia acogió sustancialmente dicha demanda, y sustituyó el sistema de custodia individual que venía atribuida a la madre por el de custodia compartida con alternancia bimensual, con un régimen de visitas acorde con el nuevo sistema, y una contribución mensual

de 300 euros del padre para el sostenimiento de los gastos diferentes a los propios de la convivencia y otra de la madre de 100 euros.

A tal efecto, el juzgador de primer grado, tras recordar la doctrina de esta Sala que interpreta el art. 80.2 CDFA, arguye que “no se aprecian hechos o circunstancias -en su caso debidamente acreditados por quien correspondiera- que cuestionaran la aptitud del padre o de la madre para asegurar la estabilidad de los hijos, sin que quepa dudar de la voluntad de ambos para ello, debiendo concluirse que ambos progenitores presentan un adecuado estilo educativo, combinando equilibradamente el apoyo emocional con aplicación de una normativa básica necesaria para el buen desarrollo de la menor, que tanto uno como otro cuentan con apoyo, haciendo uso de este recurso cuando lo necesitan, disponiendo ambos de un horario laboral que permite poder compaginar las obligaciones laborales con las parentales.”

La sentencia que ahora se recurre en casación, dictada en el rollo nº 92/2013, acoge el recurso de apelación que D^a Lujan interpuso contra la anterior resolución, y dispone de nuevo la custodia individual de la madre, el régimen de vistas que considera adecuado al mismo, fija como única contribución al sostenimiento de la menor la de 360 euros mensuales a cargo del padre exclusivamente, y mantiene el resto de las medidas que habían sido acordadas en la sentencia dictada al tiempo de la ruptura.

En justificación de tal decisión, la sala arguye:

“la Sentencia recurrida considera que no existe, obstáculo alguno para la fijación de la guarda y custodia compartida teniendo en cuenta los apartados a y b, d y e del art 80 del CDFA, no cuestionándose la aptitud de los progenitores ni resultando determinante la colaboración voluntaria de terceros en el cuidado del hijo ni la conflictividad salvo circunstancias excepcionales.

En este apartado, el informe psicosocial (art 348 L E C), indica lo siguiente ‘Iliana, desde la separación de sus padres, ha residido con su madre en el domicilio familiar. Ilana se encuentra muy unida a su

madre, quien representa para ella su principal figura afectiva. Su madre es la encargada de su cuidado y atención cotidianos, su jornada laboral le permite disponer de tiempo para atender a su hija. Respecto al padre, se observan en la niña sentimientos de cariño, aunque de menor confianza que los observados hacia la figura materna. En la actualidad, la relación entre ambos progenitores está muy deteriorada. Una vez llevada a cabo la evaluación familiar, y teniendo en cuenta la conflictividad existente entre ambos progenitores, que el padre habla más de intenciones que de hechos en cuanto a hacerse cargo de la menor, sería conveniente que se implicase de forma más activa en todos los aspectos concernientes a la menor, en la actualidad la madre es la mejor alternativa de custodia ya que es la que dispone de .mayores recursos personales para cubrir las necesidades de la menor de forma óptima. Finalmente recomienda que permanezca residiendo con su madre. Asimismo que se amplíe el régimen de visitas a. dos tardes a la semana para que Iliana pueda relacionarse con más frecuencia con su padre y desarrollar un. buen apego.’

La Sentencia recurrida no realiza una adecuada valoración del informe pericial practicado. Del mismo se desprende claramente que la preferencia hacia la custodia materna está basada en diferentes cuestiones que conjugadas todas entre sí hacen decantarse a la perito por la custodia individual, así es importante destacar la principal referencia afectiva de la menor hacia su madre, la mayor disponibilidad laboral de ésta, la mayor implicación en el cuidado y atención de la menor, el bajo nivel de [sinceridad] detectado en el progenitor, deducido a través del informe, así como el mayor interés de la madre en las tareas escolares de la menor.

Por lo expuesto, la custodia individual a favor de la madre en el presente supuesto, se revela como la más adecuada en beneficio de la menor Iliana”.

D. Pedro, con amparo en el art. 477 LEC y 2.2 y 3 de la ley aragonesa nº 4/2005, de 14 de junio sobre casación foral, invoca infracción del art. 80.2

CDFA como único motivo del recurso de casación que interpone contra la sentencia dictada por la Sec. 2ª de la AP de Zaragoza.

SEGUNDO.- Pese a su invocación formal, el desarrollo prácticamente total del motivo se halla destinado a discutir las conclusiones alcanzadas por el dictamen llevado a cabo por el equipo sico-social adscrito a los juzgados de familia, y la valoración de dicho dictamen por la sala sentenciadora, lo que no tiene cabida en el recurso de casación.

Los demás argumentos empleados en el recurso parten de unos hechos que en modo alguno aparecen recogidos como probados en la resolución recurrida, con olvido de la prohibición de hacer supuesto de la cuestión (STS núm. 578/2011 de 21 julio), que, como precisa la STS num. 951/2011, de 16 de diciembre, "consiste en partir de hechos distintos de los declarados probados o basarse en los que no ha declarado probados la sentencia de instancia" o en "no respetar los hechos probados y la determinación de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos".

En el presente caso, el recurrente afirma una perfecta adaptación de la niña a la situación creada a raíz de la sentencia de primer grado, un perfecto equilibrio de la menor con el conjunto de sus dos familias, y una perfecta capacidad por su parte para ejercer la custodia compartida, que en modo aparecen como probados en la sentencia que se combate, para concluir la infracción del art. 80 CDFA, por lo que incurre de lleno en dicha prohibición.

TERCERO.- La sentencia de primer grado, por el contrario, hace expresa referencia a circunstancias que, valoradas a la luz de los criterios establecidos en el art. 80.2 CDFA justifican cumplidamente la decisión denegatoria de la custodia compartida que se pedía en la demanda de modificación de medidas que dio principio al presente litigio, tal y como se

recoge en la parte de la misma que hemos transcrito mas arriba, por lo que no cabe apreciar la infracción que se erige como motivo de casación, tal y como informa el Ministerio Fiscal en su informe.

En consecuencia, procede la desestimación del único motivo en que se sustenta el recurso.

CUARTO.- Desestimado el recurso de casación, conforme al art. 398 Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas corresponde efectuarlo a la parte recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

Por aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional décimo quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley orgánica 1/2009, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por la recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14-5-2013 dictada por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo 90/2013.

2. Imponer las costas de este recurso a la parte que lo ha interpuesto

3. Decretar la pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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



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