ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA CIVIL Y PENAL

ZARAGOZA

Casación 3/2014

S E N T E N C I A NUM. DIECIOCHO

Excmo. Sr. Presidente /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Javier Seoane Prado /
D. Luís Ignacio Pastor Eixarch /
Dª. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a veintitrés de mayo 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 e infracción procesal número 3/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 26 de noviembre de 2013, aclarada por auto de 27 del mismo mes y año, recaídos en el rollo de apelación número 425/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 513/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, Dº. Mª Pilar M. L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Isabel Magro Gay y dirigida por la Letrada Dª. Xenia Cabello Canovas, y como parte recurrida D. Manuel A. S., representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ruiz Ramírez y dirigido por la Letrada Dª. Cristina Sinues Balaguer, 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.- El Procurador de los Tribunales D. Carlos Ruiz Ramírez, actuando en nombre y representación de D. Manuel A. S., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª. María Pilar M. L. 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 acordando sustituir las medidas anteriores por las siguientes:

"1.- Fijar la guarda y custodia a favor del padre.

Subsidiariamente, y para el caso de no estimar conveniente la custodia a favor del padre, se acuerde fijar un régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores. La duración de las estancias para cada progenitor será trimestral, haciéndolo coincidir con trimestres naturales.

2.- En relación con el régimen de visitas para el progenitor no custodio, deberá ser versus contrario al fijado en la Sentencia de Divorcio para el momento en que el menor cuente con 6 años de edad.

3.- En relación con la pensión de alimentos para el menor, en el caso de conceder la custodia a favor del padre, deberá la madre satisfacer los cinco primeros días de cada mes a la cuenta que designe el padre la cantidad de 300 euros mensuales.

En el caso de estimar su Señoría la custodia compartida, ambas partes deberán ingresar en una cuenta común, la cantidad de 100 euros mensuales, los cinco primeros días de cada mes, siendo de cuenta del padre custodio los gastos de alimentación.

En relación con los gastos extraordinarios, en uno y otro caso, deberán ser satisfechos por partes iguales.

4.- En relación con la atribución del uso de domicilio familiar, deberá ser atribuido al padre.

Con carácter subsidiario, y para el caso de que su Señoría estime conveniente asignar el uso de la vivienda en un sentido distinto a lo

solicitado en el párrafo anterior se solicita que se fije una limitación temporal de la atribución de dicho uso a favor de la Sra. M. no superior a 12 meses.

5.- Fijar como lugar de entrega y recogida del menor para los fines de semana un Punto de Encuentro Familiar, no así para los días de visita intersemanales."

Solicitando por otrosi la práctica de prueba.

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 la Procuradora de los Tribunales Sra. Magro Gay, en nombre y representación de Dª. María Pilar M. L. contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia acordando:

"1.- Se desestime íntegramente la misma, con los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento y expresa imposición de costas al demandante.

2.- Subsidiariamente para el supuesto que se estime parcialmente la demanda interpuesta, y la revocación de la sentencia de instancia en lo que concierne a las medidas:

1º. Para el supuesto que se acuerde limitar el derecho del uso y disfrute de la vivienda familiar a favor del hijo común Lucas y la madre, se acuerde elevar la pensión por alimentos con cargo al padre en la cantidad de 900 euros mensuales, debiendo ser los gastos extraordinarios abonados al 50% entre ambos litigantes.

2º. Se acuerde con el mantenimiento del régimen de visitas existente a favor del padre en la resolución cuya modificación se pretende, fijándose que las recogidas del menor se lleven a cabo a la salida del centro escolar, o en su defecto en caso de no ser posible y al igual que la recogida el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza tanto en días intersemanales como en fines de semana y vacaciones."

Solicitando por otrosi la práctica de prueba.

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

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ruiz Ramírez, en nombre y representación de D. José Manuel A. S. frente a Dña. Mª Pilar M. L., debo declarar y declaro haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 21 de enero de 2010 en autos nº 1337/2009 en los siguientes términos:

1º/ Se modifica el régimen de visitas del Sr. A. con el hijo menor Lucas en cuanto a los siguientes extremos:

-Los fines de semana se iniciarán el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 h hasta el lunes a la entrada del colegio, o en su defecto a las 10,00 h.

-Los jueves desde la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 h hasta el viernes a la entrada del colegio, o en su defecto a las 10,00 h.

Cuando no tengan lugar a la entrada o salida del colegio, las entregas y recogidas del menor Lucas se llevarán a cabo en el Punto de Encuentro Familiar nº 2 de Zaragoza, sito en Ctra. De Madrid Km 315,7; L.P. 1 A, teléfono 976 344115.

2º/ Se limita la atribución a la Sra. M. del uso y disfrute del domicilio familiar sólo en c/ … hasta el próximo día 30 de noviembre de 2012, fecha en la que la Sra. M. y las personas que con ella convivan habrán tenido que dejar la misma libre y a disposición de los propietarios.

Todo ello sin expresa condena en costas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Magro Gay en nombre y representación de Dª. María Pilar M. L. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal oponiéndose ambos.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, se dictó sentencia en fecha 26 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

"Fallamos.- que estimando el recurso de apelación interpuesto por Dª. Pilar M. L. frente a la Sentencia de fecha 10 de junio de 2013 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Zaragoza en autos de Modificación de Medidas nº 513/12, debemos revocar y revocamos dicha resolución tan solo en que la atribución del domicilio familiar a favor de la recurrente será hasta el 30 de junio de 2013, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos.- Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso."

Habiéndose advertido un error material, por Auto de 27 del mismo mes y año, se aclaró el mismo, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar la aclaración advertida de oficio modificando la parte del fallo donde dice: "debemos revocar y revocamos dicha resolución tan solo en que la atribución del domicilio familiar a favor de la recurrente será hasta el 30 de junio de 2013, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos" debe decir "debemos revocar y revocamos dicha resolución tan solo en que la atribución del domicilio familiar a favor de la recurrente será hasta el 30 de junio de 2014, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos".

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Magro Gay en nombre y representación de Dª. María Pilar M. L., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación que basó en: "A) Motivo primero: Del improcedente establecimiento de una ampliación del régimen de visitas del hijo común Lucas a favor del padre. De la infracción del artículo 76.3 y 79.2 y 5 del CDF en relación con los artículos 90, 91 y 100 del Código Civil y artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y B) Motivo segundo.- De la improcedente limitación del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar de la infracción del artículo 81 del Código de Derecho Foral en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó providencia en fecha 30 de enero de 2014 en la que se acordaba lo siguiente:

"- El recurrente funda el segundo de los motivos del recurso de casación, que justifica por interés casacional de acuerdo con el n° 3 del art. 477.3 LEC, en la infracción de los arts. 81 CDFA y del art. 217 LEC, sin discutir que se ha producido una alteración de circunstancias en lo que se refiere a la medida de atribución temporal del domicilio familiar.

El indicado motivo segundo se funda en normas heterogéneas y en él se mezclan consideraciones de hecho y de derecho.

Lo anterior puede suponer que concurra causa de inadmisión del motivo, lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pone de manifiesto a las partes con el fin de que en plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen convenientes.

IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer, ante esta Sala, recurso de reposición, en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de su notificación."

Presentadas las alegaciones por las partes, en fecha 13 de marzo de 2014, se dictó auto por el que se acordó inadmitir el segundo de los motivos de casación y declarar competente a la Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite en cuanto al primero de los motivos invocados, confiriendo traslado por 20 días a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para oposición.

Dentro de plazo, presentaron sus correspondientes escritos, considerando el Ministerio Fiscal "que no se infringen los preceptos citados en el motivo de recurso y que procede la desestimación de este motivo de recurso de casación."

En fecha 16 de abril, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 7 de mayo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. José Manuel formuló demanda de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de 21 de enero de 2010, recaída en el procedimiento nº 1337/2009 seguido ante el juzgado de primera instancia nº 6, que decretó su divorcio de Dª María Pilar.

Pretendía con carácter principal la sustitución del sistema de guarda del hijo común, Lucas, nacido el día 10-12-2006 con síndrome de DOWN, atribuido a la madre, por el de custodia individual en su favor, y, subsidiariamente, el de custodia compartida, todo ello con la consiguiente repercusión en la pensión alimenticia a su cargo, y en la atribución del uso de la vivienda familiar concedida a la madre.

Como cambio de circunstancias que justificaba la pretensión de modificación sostenía que Dª María Pilar obstaculizaba el desarrollo del régimen de visitas establecido, y que incumplía indebidamente su facultad de guarda, pues dejaba al menor al cuidado de su abuela. Asimismo, sostuvo que la demandada había introducido a su nueva pareja en el domicilio familiar, propiedad del actor y sus hermanos en proindivisión.

La sentencia de primer grado sostiene que no se ha producido alteración alguna en las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia de divorcio en lo que se refiere a la facultad de guarda, pues no lo es la mala relación entre los padres que dificulta el desarrollo de las visitas, y no se ha acreditado que el menor fuera confiado a su abuela, por lo que denegó la modificación del sistema de guarda y del importe de la pensión alimenticia.

Sin embargo sí da lugar al cambio del régimen de visitas, que amplía en lo que considera conveniente en función de la prueba practicada.

Por otro lado, y en relación al domicilio, entiende que la introducción en él de la nueva pareja de Dª María Pilar supone un cambio de circunstancias, y que ni el actor ni sus hermanos guardan ninguna obligación para con él, por lo que decide limitar en el tiempo la atribución del uso de la vivienda, y fija como día final de tal atribución el día 30-11-2013.

Recurrida dicha sentencia por la demandada, la sección segunda de la AP de Zaragoza revocó la misma en el solo extremo de aplazar el límite de atribución del uso de la vivienda familiar al día 30 de junio de 2014, y la confirmó en el resto de los pronunciamientos.

En lo que se refiere al régimen de visitas, ampliado por el juzgador de primer grado a los lunes de los fines de semana y a la pernocta del jueves con supresión de la tarde del lunes, arguye:

"No consta acreditado en modo alguno que este aumento de visitas que en lo sustancial viene a coincidir con lo recomendado por el informe pericial sicológico (folios 231 y ss) sea perjudicial para el menor y que exista falta de implicación por parte del recurrido en las visitas de su hijo.

Por otro lado, la ampliación de las visitas viene a ser recomendado por todos los informes periciales, no obstante, la supresión de una de las tardes viene derivada de la extensión hasta el lunes de la visita de fin de semana y la pernocta intersemanal viene aconsejada para evitar el desplazamiento del menor, así lo razona de manera acertada la Sentencia de instancia"

Y por lo que toca al domicilio familiar, la Sala, tras recordar la decisión del legislador aragonés plasmada en el art. 81.2 CDFA de limitar la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura, y que la misma pertenece proindiviso a D, José Manuel y sus hermanos, dice:

"En el presente supuesto debe valorarse la titularidad de la vivienda, la conveniencia de la apelante con otra persona con la que

compartirá gastos, los propios ingresos (674 € mensuales) de aquella y la pensión que abona el demandante (500 € mensuales) igualmente los ingresos de este, sobre los 1.500 € mensuales, por lo que expuesto parece razonable limitar el uso del domicilio familiar … no obstante, teniendo en cuenta la edad del menor y que no es urgente la necesidad de vivienda por parte del recurrido, en beneficio de la estabilidad de aquel parece razonable que el uso se limite hasta la finalización del curso escolar, es decir, hasta el día 30 de junio de 2014…"

SEGUNDO.- La recurrente interpuso recurso de casación al amparo del art. 477.2 y 3 LEC. Afirma el interés casacional en que las normas que dice infringidas por la resolución impugnada, los art. 76.3, 79 apartados 2 y 5 y 81, todos ellos del CDFA que pone en relación con los arts. 217 LEC y 90, 91 y 100 del CC, no llevan más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial al respecto.

El recurso invoca dos motivos. El segundo de los motivos de casación, dirigido a combatir la decisión sobre la vivienda, fue inadmitido por auto de 13 de marzo de 2014. El primero discute la ampliación el régimen de visitas por dos razones o submotivos, la primera, que no concurre alteración alguna de circunstancias que permita la modificación de la sentencia de divorcio, la segunda, porque entiende que el régimen de visitas instaurado es perjudicial para el menor.

TERCERO.- Entrando a conocer ya del motivo que persiste tras el filtro de la admisión, es preciso señalar que la segunda de las razones o submotivo en que se apoya adolece de los mismos defectos que dieron lugar a la inadmisión del primer motivo de casación.

En efecto, es de apreciar en la exposición de las mismas la heterogeneidad de argumentos, cita de preceptos diversos sin relación alguna entre ellos y de otros que quedan extramuros del control por la vía de casación, como ocurre con el art. 217, según ha tenido ocasión de señalar el TS desde el auto de 27 de noviembre de 2001, y contenido exclusivamente

fáctico, pues se dirigen a combatir la valoración de la prueba efectuada en la instancia por la vía errónea del recurso de casación por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso, restringido a preceptos sustantivos, y no procesales, cuya infracción puede ser alegada por la única vía de la infracción procesal, que no ha sido hecha valer en el presente caso.

El motivo ha de ser rechazado, por ende, en todo aquello que incurre en el defecto que se señala.

Por tanto, el objeto del recurso queda restringido al primero de los razonamientos o submotivos que contiene, esto es, que ha sido concedida una modificación de medidas sin que primero el Juzgado y después la Sala hayan concretado cuál es la alteración de circunstancias que permite la revisión de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio.

CUARTO.- De acuerdo con el art.79.5 CDFA:

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

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

"Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias"

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

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

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

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

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

Son exponentes de esta doctrina las SS AP Madrid, Sec. 22.ª, 28/2014, de 14 de enero; AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 99/2014, de 18 de febrero; AP Cádiz, Sec. 5.ª, 600/2013, de 13 de diciembre; o AP A Coruña, Sec. 4.ª, 48/2013, de 13 de febrero; doctrina de la que se ha hecho eco la AP de Zaragoza en sentencias como la SAP Zaragoza, Sec. 2.ª, 400/2013, de 23 de julio, o la que ahora es objeto del recurso que estudiamos.

En estas últimas sentencias se dice:

"La modificación de las medidas (Arts. 90 , 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera

y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Artº. 217 L.E.C .). Igualmente el artículo 79, nº 5 del Código de Derecho Foral de Aragón , indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes"

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

No obstante, en lo que se refiere a las medidas adoptadas en relación a los hijos menores, y por el impacto que en ellas tiene el principio de interés del menor que informa nuestro ordenamiento de familia, pueden ser detectadas dos tendencias. Para una primera tal principio no afecta a la exigencia de una prueba rigurosa sobre la concurrencia de una alteración sustancial de circunstancias en los términos que han quedado señalados. Por el contrario, una segunda tendencia entiende que el interés del menor ha de prevalecer en todo caso, de tal forma que basta con que se aprecie que dicho interés reclama la modificación de medidas para que la misma haya de ser acordada sin reparar en si se ha producido o no la alteración de circunstancias. Tal divergencia ha dado lugar al planteamiento de diversos recursos de casación por interés casacional ante el Tribunal Supremo (RRC 822/2008, 1768/2010, 1942/2011 y 2680/2012).

La secc. 2ª de la AP de Zaragoza se ha inclinado por la segunda de las posturas en sus SS 614/2006 y 51/2007, en las que se dice, con cita de la SAP de Madrid de 27/11/2001, que:

"si el superior interés del menor demanda en un momento determinado una medida de protección del mismo, su adopción judicial no puede supeditarse, al contrario de lo que acaece en otros supuestos que no afectan a un menor, a la concurrencia y acreditación rigurosa de una alteración sustancial de los factores que determinaron el establecimiento de la medida que ahora se intenta cambiar, cualitativa o cuantitativamente"

Que tenga conocimiento esta Sala, de los recursos de casación antes mencionados en los que se plantea la divergencia de criterio entre las AAPP, tan sólo ha el último ha llegado a sentencia, la nº 15/2014, de 10 de febrero, que no contiene un pronunciamiento claro sobre la cuestión, pues si bien afirma que en principio la doctrina del "favor filii" no puede ser utilizada como argumento recurrente para soslayar la falta de acreditación de la alteración de las circunstancias, matiza tal afirmación cuando se refiere a medidas relativas a aspectos sujetos a continuos cambios.

Pese a que la cuestión no había sido planteada frontalmente por la parte recurrente, puede ser traída a colación para ilustrar la cuestión de que tratamos la STS nº 761/2013, de 12 de diciembre (RC 774/2012), dictada en un procedimiento de modificación de medidas en el que uno de los progenitores reclamaba la modificación de la custodia individual a la compartida. En dicha sentencia el TS no discute la afirmación que pone en boca de la sala de apelación de que no había habido cambio de circunstancias, y sin embargo da lugar a la modificación de medidas que aquélla rechaza por la sola consideración de que la sala no había valorado convenientemente el interés del menor.

QUINTO.- Como ha quedado en evidencia, el art. 79.5 CDFA no emplea las misma expresión que el art. 91 CC [*"alteración sustancial de circunstancias"*] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de *concurrencia* de *"causas o circunstancias relevantes"*, lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

Por tanto, en relación a estas medidas, no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquéllas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso, como ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: "Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos".

Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor, como lo muestra el mismo precepto que analizamos, cuando indica que:

"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"

SEXTO.- Pues bien, en el presente caso, tal y como señala el Ministerio Fiscal en su informe, y resulta de lo razonado en las sentencias de instancia, de la valoración de la prueba, que no puede ser discutida en esta sede casacional, resulta que el interés del menor en el momento actual requiere el régimen de visitas ahora cuestionado, según ha sido acreditado por los dictámenes periciales obrantes en autos, por lo que no cabe sino entender que se está en el caso de concurrencia de causas o circunstancias relevantes que justifican la modificación del régimen de visitas que venía

acordado, por lo que se halla completamente justificada su modificación en los términos fijados en la sentencia combatida.

Es cierto que nuestra sentencia nº 42/2013, de tres de octubre, dictada en el recurso 22/2013, que se enfrentaba a un litigio sobre modificación del régimen de custodia que venía acordado en el procedimiento matrimonial anterior, hemos dicho que una vez transcurrido el plazo del año establecido en las disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA, no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia, sino que que los interesados en la modificación deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas, pero no es menos cierto que a continuación se justifica la denegación de la modificación pretendida porque la prueba practicada no acreditaba la conveniencia del cambio pretendido, lo que constituía verdaderamente la ratio decidendi de la decisión entonces tomada.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su sentencia nº 17/2013 de 13 de marzo, en el Recurso 55/2012, y en aquélla ocasión se otorgó el cambio pretendido porque se entendió bastante para dar lugar a él el hecho de que la menor hubiere pasado de niña (10 años) a adolescente (14 años cumplidos).

Procede en consecuencia desestimar el motivo de casación.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la naturaleza de los intereses en juego, así como la novedad de la cuestión planteada, aconsejan 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. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2013, dictada por la SEC. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

3. Decretar 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, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luís Ignacio Pastor Eixarch, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, sin perjuicio del pleno respeto al criterio mayoritario de la Sala, respecto de la sentencia dictada el día 23 de mayo de 2014 en recurso de casación número 3/2014, y al amparo de lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de enjuiciamiento civil.

No existe disconformidad alguna con lo recogido en los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, primero, segundo y tercero de la resolución. Se discrepa, sin embargo, parcialmente, del contenido de los Fundamentos de Derecho cuarto, quinto y sexto, en las consideraciones que incluyen relativas a no ser necesario el cambio relevante de las causas o circunstancias que se tuvieron en su momento en cuenta para dar lugar, en resolución posterior, a la modificación de las medidas establecidas por decisión judicial en caso de ruptura de convivencia de padres con hijos menores a su cargo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia de la que se discrepa parte de entender que basta con que se aprecie interés del menor para dar lugar a la modificación de las medidas previamente establecidas en resolución judicial para regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores. En consecuencia con tal tesis, desestima la primera de las razones o submotivos que alegaba el recurrente en el primer motivo del recurso en contra de la sentencia recurrida, basado en que ni había sido acreditada por el demandante la alteración de las circunstancias que justificaba el cambio de las medidas anterior, ni las sentencias dictadas en la instancia habían hecho mención alguna a cuál era la causa o alteración de circunstancias relevantes concurrentes para justificar la modificación del régimen de visitas del menor con la madre impuesta por la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- La nueva doctrina sentada en la sentencia, de ser bastante la invocación del principio de interés del menor para dar lugar a un cambio de medidas, es justificada en la sentencia tras la exposición de la que entiende son dos tendencias mantenidas por Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, y de la inclinación de la audiencia Provincial de Zaragoza por la segunda de las posturas. Estas tendencias son, según se expone en la sentencia, las siguientes:

"(…) Para una primera tal principio (el de interés del menor) no afecta a la exigencia de una prueba rigurosa sobre la concurrencia de una alteración sustancial de circunstancias en los términos que han quedado señalados. Por el contrario, una segunda tendencia entiende que el interés del menor ha de prevalecer en todo caso, de tal forma que basta con que se aprecie que dicho interés reclama la modificación de medidas para que la misma haya de ser acordada sin reparar en si se ha producido o no la alteración de circunstancias. Tal divergencia ha dado lugar al planteamiento de diversos recursos de casación por interés casacional ante el Tribunal Supremo (RRC 822/2009, 1768/2010, 1942/2011 y2680/2012). La secc. 2ª de la AP de Zaragoza se ha inclinado por la segunda de las posturas en sus SS 614/2006 y 5/2007 (…)."

Es de considerar, y este es el motivo de formular el presente voto particular, que tal tesis, de que baste la mera alegación del interés del menor para legitimar el cambio de medidas, contradice la dicción literal de la norma, desatiende la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, altera la doctrina sostenida por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y posibilita una práctica procesal contraria al texto legal, e indeseable en sus efectos, de dar lugar a sucesivas e injustificadas pretensiones de modificación de medidas bajo la invocación genérica del principio general del interés del menor.

TERCERO.- En lo que se refiere a la contravención de la norma, el texto del Código Civil que cita la sentencia objeto de desacuerdo indica: "artículo 91: (…) Estas medidas (las adoptadas por el Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges) podrán ser modificadas cuando se alteren

sustancialmente las circunstancias". Esta norma no resulta de aplicación al caso presente, en que se está ante matrimonio sometido al régimen legal propio de Aragón, pero su cita es necesaria, en la medida en que viene referenciada en la sentencia objeto de discrepancia, y es la base jurídica que da lugar al dictado de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la propia sentencia.

Por su parte, el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón, de plena observancia en el caso de autos, ordena: "Las medidas (acordadas en defecto de acuerdo de los padres para regir las relaciones familiares) aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes (…)"

Por otro lado, y ahora desde el aspecto que legitima la acción procesal dirigida a la modificación de las medidas previamente acordadas, el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también de aplicación en los procesos seguidos en Aragón, prevé que "los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".

Como se observa, los tres preceptos citados exigen que para poder dar lugar a la modificación de las medidas previamente acordadas debe haber un cambio de la situación que fue tenida en cuenta en su momento, cuando fueron judicialmente decididas. La causa de tal regulación no ofrece duda que tiene en cuenta el principio del interés del menor afectado y, precisamente, por su pleno respeto, tanto el legislador nacional como el autonómico, no dejan al albur de una de las partes el poder interesar el cambio de lo previamente resuelto. Y las tres normas, que no se considera estén necesitadas de especial interpretación, exigen preceptivamente, sin excepción, el cambio de circunstancias. Bajo calificativo de sustancial en el caso del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, o del epíteto de relevante en el supuesto del Derecho Aragonés.

Es tal regulación legal la que se considera infringe el sostenimiento de la tesis de no ser preciso tal cambio de circunstancias que mantiene la sentencia objeto de desacuerdo.

CUARTO.- También la interpretación jurisprudencial mantenida de modo constante por el Tribunal Supremo abunda en la exigencia legal expuesta de ser necesario un cambio de circunstancias para poder dar lugar a la modificación de las medidas acordadas. Ejemplo de ello son las resoluciones dictadas en los recursos de casación a que se refiere la propia sentencia de que se discrepa, exclusión hecha, por tanto, del recurso 822/2008, puesto que no se trata de recurso de casación, sino de recurso de queja.

El primero de los recursos de casación de interés, entre los referidos en la sentencia como presentados ante el Tribunal Supremo por vía de interés casacional (recurso número 1768/2010), fue inadmitido a trámite por auto del Tribunal dictado el día 5 de julio de 2011, en el que, literalmente, se indica que la sentencia recurrida aplica la doctrina del propio Tribunal Supremo sobre el favor filii y considera que "no ha quedado acreditado que se hayan producido alteraciones sustanciales que indiquen que sea más beneficioso para la menor alterar el régimen de visitas que venía disfrutando". En consecuencia con tal afirmación de haber sido correcto exigir el cambio de circunstancias, y con las demás contenidas en el propio auto, el Tribunal Supremo considera inexistente interés casacional.

El segundo de los recursos a observar de los referenciados (casación 1942/2011) fue igualmente inadmitido a trámite por el Tribunal Supremo, en auto de 8 de mayo de 2012. En el recurso planteaba la parte recurrente la existencia de dos doctrinas distintas de las Audiencias Provinciales: la de ser bastante la invocación del favor filii para solicitar el cambio de medidas y la de ser preciso que haya cambio de circunstancias. Al respecto, el Tribunal Supremo, en el mencionado auto, indica que la sentencia recurrida "concluye que no ha acreditado el hecho esencial de la pretensión, cual era un cambio de facto de la guarda y custodia de los menores, de manera que tiene en

cuenta ambos criterios, el de favor filii y el del cambio sustancial de las circunstancias, a la hora de adoptar su decisión, sin hacer prevalecer a uno frente al otro". En este mismo auto, y respecto del conflicto entre criterios de Audiencia provinciales que alegó el recurrente, el Tribunal Supremo indica "que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el interés casacional que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental (…) En el presente caso no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente (…)

Si los anteriores autos son claros respecto de la necesidad de acreditación del cambio de circunstancias y artificiosidad de la alternatividad excluyente de favor filii versus cambio de circunstancias, el tercero de los recursos de casación referidos en la sentencia objetada y atendible ahora (Casación número 2680/2012) es determinante al respecto. En él fue dictada la reciente sentencia 15/2014, de diez de febrero, en la que el Alto Tribunal expresa: "(…) la doctrina del "favor filii" (…) no puede ser utilizada como argumento recurrente para soslayar la falta de acreditación de la alteración de las circunstancias bajo cuya influencia se pactó el convenio regulador de la separación, que es lo que determinó la estimación del recurso de apelación. Lo que se revisa no es una decisión judicial por el simple hecho de que ha transcurrido un determinado periodo de tiempo desde que se acordó, sino su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se pactó, o, por lo mismo, por una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge (…)"

Y luego, en referencia a la cuestión sobre prevalencia del principio del favor filii sobre aplicación estricta de los condicionamientos para la posible modificación de medidas, y por los que se exige un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, concluye: "En definitiva, y como con reiteración ha declarado esta Sala, el pretendido conflicto jurídico, no es real sino artificioso, no apreciando contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada, sin que, además, la parte haya

concretado el cómo, por qué y en qué sentido se ha producido la vulneración de esta doctrina, pues nada se dice al respecto, y en consecuencia no ha justificado la presencia del interés casacional en la resolución del recuso, prefiriendo acudir a la pretendida infracción de una doctrina, dimanante del principio de protección integral del menor recogido en el artículo 39 de la Constitución, que por su generalidad rara vez podrá servir por sí sola para justificar la presencia de interés casacional".

La sentencia del Tribunal Supremo 761/2013, de 12 de diciembre, citada también en la resolución de que se discrepa, casa la sentencia recurrida, porque no atendió al cambio de circunstancias que había tenido lugar. En tal sentido, literalmente, indica: "(…) Pues bien, lo que la sentencia dice es que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con generoso régimen de visitas. La sentencia reconoce también que existe entre los progenitores un vínculo afectivo normalizado, y que los hijos quieren compartir su vida con su padre y con su madre. Omite, sin embargo, que como consecuencia de la ejecución de la sentencia durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia compartida. (…)"

QUINTO.- La reiterada doctrina del Tribunal Supremo expuesta, sobre insuficiencia de la invocación del favor filii como motivo de cambio de las medidas adoptadas, y sobre la necesidad de existencia de variación de las circunstancias tenidas en cuenta para poder modificar el régimen de relaciones familiares judicialmente antes acordadas, ha sido también la sostenida, en aplicación del derecho aragonés, por esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como lo evidencia el contenido de las sentencias que cita la propia resolución discrepada y que tienen relación con la cuestión.

Así, la sentencia de esta Sala 42/2013, de 3 de octubre (casación 22/2013) señaló: "(…) los interesados en la modificación del régimen de

custodia que fueran establecidas en el momento inicial de regulación de la situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, debe alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas. Así lo indicó la sentencia dictada en este procedimiento por el Juzgado de Primera Instancia y, luego, la ahora recurrida, que asume plenamente los motivos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y recoge que el régimen de custodia debe establecerse al margen de meras conveniencias de los progenitores. (…)"

Y la sentencia 17/2013, de 13 de marzo, al tratar de la incidencia del derecho transitorio del Código de Derecho Foral Aragonés respecto de la innecesariedad de acreditar la modificación de circunstancias durante un plazo de tiempo, indicó: "pasado el año de vigencia de la nueva regulación, deja de ser causa de revisión de las medidas acordadas la mera solicitud de custodia compartida: a dicha revisión, como a la de cualquier otra medida, le es de aplicación el precepto del art. 79.5 del CDFA. Por tanto, la norma contenida en la Disposición Transitoria no establece un plazo preclusivo para ejercitar la pretensión de custodia compartida, como parece entender la recurrente cuando afirma que la pretensión es extemporánea, sino que opera en el único sentido de excluir, en ese período de tiempo, la exigencia de que se acredite un cambio relevante de circunstancias."

Una y otra de tales sentencias evidencian así la jurisprudencia hasta ahora mantenida por este Tribunal, acorde con la expuesta propia del Tribunal Supremo, de ser preciso un cambio de circunstancias para poder acordar la modificación de las medidas judiciales previamente instauradas para regular las relaciones familiares en casos de crisis de convivencia.

SEXTO.- La regulación y doctrinas jurisprudenciales expuestas sobre necesidad del cambio de circunstancias para poder modificar las medidas adoptadas son observadas por la sentencia ahora recurrida, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Así resulta de lo expuesto en su Fundamento de Derecho segundo, donde, por referencia al Código Civil, resalta que "La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código

Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias (…) transcendentes (…), permanente o duradera (…)" Y por referencia al Código de Derecho Foral de Aragón, señala que "(…) las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes". Atendida así la regulación legal y doctrina jurisprudencial por la sentencia recurrida, sobre necesidad de cambio de circunstancias, no es dable al recurrente hacer cuestión de ellas.

Tampoco cabe aceptar que pueda ser modificada la conclusión que se obtiene en la sentencia recurrida de que sí se ha tenido en cuenta el cambio de las circunstancias familiares, pues, aun sin citar expresamente que tal modificación haya tenido lugar, es evidente que parte de ella, cuando entra a considerar los hechos después de haber explicado que es preciso el cambio, y cuando está a la situación actual de la familia, con superación de la que se tuvo en cuenta cuando se dictó la sentencia que fijó las primeras medidas.

SEPTIMO.- En consecuencia con lo expuesto, el submotivo del recurso referido a si hubo o no cambio de circunstancias familiares debe ser rechazado. Pero no por posible controversia respecto de la necesidad o no de modificación de medidas, ya que la sentencia recurrida respetó plenamente la legalidad y doctrina aplicable al respecto. El recurso debe ser desestimado por la pretensión que contiene de nueva valoración del resultado probatorio y de los hechos que la sentencia impugnada consideró, pues está era realmente la causa del recurso presentado, que utilizó la cuestión tratada, de si es preciso que haya modificación de circunstancias, artificiosamente, como mero instrumento procesal para pretender pronunciamiento de si fue correctamente valorada la prueba documental obrante.

En consecuencia con ello, se comparte el fallo dictado de desestimación del recurso, pero no el cambio de la doctrina sentada hasta la fecha por este Tribunal, en respeto de la legalidad aplicable y en coherencia con la doctrina del Tribunal supremo, sobre necesidad de cambio relevante de las circunstancias para poder dar lugar a la modificación de las medidas

judicialmente establecidas en un momento anterior como reguladoras de la relación familiar en crisis.

Voto particular que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch en Zaragoza a veintiséis de mayo de dos mil catorce.