



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación num. 14 de 2014

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

**Ilmo. Sr. Presidente** /  
**D. Fernando Zubiri de Salinas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Javier Seoane Prado** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /

En Zaragoza, a diecinueve de noviembre 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 14/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de enero de 2014, recaída en el rollo de apelación número 536/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas de Divorcio 772/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Ángel Marino T. M., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Isabel Pedraja Iglesias y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Virginia Laguna Marín-Yaseli, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Paloma Berta S. B., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana Santacruz Blanco y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. Pilar Español Bardají, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente D. Fernando Zubiri de Salinas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Isabel Pedraja Iglesias, actuando en nombre y representación de D. Ángel Marino T. M., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza demanda de modificación de medidas de divorcio contra D<sup>a</sup>. Paloma Berta S. B. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos se dicte sentencia por la que se modifiquen las medidas de divorcio acordadas en autos 1267/2010 y, se adopten las siguientes medidas:

“1º.- Autoridad familiar

Que se otorgue la autoridad familiar a ambos esposos, estableciéndose sobre la misma que en los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo mas favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se solicita que sea necesaria la intervención de ambos progenitores, a título sólo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio de los hijo/a/os/as menor/es de edad, a la elección de las actividades extraescolares y para cualquier tipo de intervención Psicológica, quirúrgica o tratamiento médico banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuesto de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Ambos progenitores, sin distinción, tiene derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores

tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. El progenitor custodio debe cumplir para el desarrollo de dicho derecho a favor del otro progenitor.

## 2º Guardia y Custodia

2.1. Respecto a la guarda y custodia se otorgue la guarda y custodia compartida. En cuanto a la distribución del tiempo, se plantean en principio la distribución por trimestres, de conformidad con los trimestres académicos escolares:

Los menores permanecerán un trimestre con cada uno de los padres, descontando las vacaciones escolares de verano. Continuando con la situación actual, los hijos permanecerán con su madre hasta las vacaciones de Semana Santa y desde su finalización hasta las vacaciones estivales nuevamente con la madre. Tras las vacaciones de verano, iniciarán con el padre hasta la Navidad de 2013. Tras las vacaciones de Navidad de 2013 comenzarán con la madre en 2014 y así sucesivamente.

Durante estos periodos alternarán los fines de semana alternos de viernes desde la salida del Colegio hasta los domingos a las 8 de la tarde y dos tardes intersemanales, los lunes siguientes a que no haya correspondido fin de semana hasta las ocho de la tarde y los miércoles (todos) con pernocta.

En cuanto a los alimentos los padres abrirán una cuenta conjunta común donde se domiciliaría aquellos gastos fijos habituales colegio, comedor, actividades extraescolares si las hubiese. Ingresarán, de mantenerse la situación actual de desnivel de ingresos entre padre y madre, en la proporción de 30% el padre y 70% la madre. De encontrar el padre un trabajo remunerado, por el que reciba unos ingresos similares a los de la Sra. S., se abonaría al 50%.

El resto del tiempo cada progenitor mantendrá a sus hijos y los gastos extraordinarios serán abonados y elegidos entre ambos progenitores, al 50%.

Los no elegidos conjuntamente, serán abonados por el progenitor que los decida.

No obstante, considerándose derecho necesario, se aceptaría cualquier otra forma de reparto que sea la más adecuada para el menor.

Durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa, El Pilar, y durante el verano, se interrumpirá el régimen de visitas y se procederá de la siguiente manera:

En Navidad, los hijos pasarán con cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares. En los años pares, la madre disfrutará de los menores desde el último día de clase escolar hasta el día 30 de diciembre a las 8 de la tarde y el padre desde el día 30 hasta el reintegro de los menores directamente en el Colegio el día de reanudación de clases. En los años impares el periodo de cada progenitor será el contrario.

En Semana Santa y El Pilar, los menores estarán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones escolares, desde el último día de clase hasta el reintegro en el colegio el primer día tras las vacaciones, correspondiendo elegir a la madre los años impares y al padre los pares.

Ambos cónyuges facilitarán y no impedirán al otro el contacto telefónico con los menores cuando no estén bajo su cuidado.

2.2. Caso de no otorgarse la guarda y custodia compartida, con carácter subsidiario, ésta deberá ser otorgada al padre. En tal supuesto, la madre permanecerá con los menores los fines de semana alternos desde la salida del colegio los viernes hasta la entrega del menor en el colegio los lunes por la mañana. Dos tardes entre semana, lunes y miércoles, éste último con pernocta.

Las vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa y El Pilar se dividirán como en el apartado anterior.

En tal caso, la esposa abonará al padre en concepto de alimentos por sus hijos, la cantidad de 1000 euros, 500 por hijo.

Los gastos extraordinarios necesarios serán abonados al 50%.”

Solicitando por otrosí medidas provisionales coetáneas a la demanda.

**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.

La Procuradora de los Tribunales Sra. Santacruz Blanco en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Paloma Berta S. B. presentó escrito contestando a la demanda planteada de contrario, solicitando se dictase resolución por la que

desestime la petición de modificación de medidas, manteniendo íntegramente las medidas decretadas en sentencia de divorcio de fecha 17 de mayo de 2011, con la siguiente modificación:

- “Régimen de visitas del menor Carlos: se relacionará con su padre los fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas del domingo.

Con expresa condena en costas al actor por temeridad y mala fe civil”.

Solicita por otrosí la práctica de diversas pruebas.

El Ministerio Fiscal compareció en tiempo y forma.

**TERCERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 24 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Pedraja Iglesias, en nombre y representación de D. Ángel Mariano T. M. frente a Dña. Paloma Berta S. B., DEBO DECLARAR Y DECLARO haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 17 de mayo de 2011 en autos 1267/2010-A, en cuanto a los siguientes extremos:

1º/ La guarda y custodia del menor Sergio será compartida por meses alternos por ambos progenitores quienes ostentarán igualmente de forma conjunta la autoridad familiar.

2º/ La alternancia se desarrollará por periodos mensuales desde las 20’30 h del último día del mes hasta las 20’30 h del último día del mes siguiente. La entrega del menor se realizará en el domicilio del progenitor no custodio en ese momento.

Tras las vacaciones escolares de verano, la alternancia mensual de la custodia la iniciará el padre el mes de septiembre los años impares y la madre en septiembre de los años pares.

En las visitas y vacaciones se procurará la coincidencia de ambos hermanos con un mismo progenitor.

3º/ El progenitor no custodio podrá tener al menor conforme al siguiente régimen de visitas:

-Fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes donde los recogerá el padre a las 20'30 horas domingo en que el padre los retornará al domicilio familiar.

- Cuando el Sr. T. no tenga la custodia de Sergio, podrá tenerlo en su compañía todos los miércoles, coincidiendo con su hermano Carlos, con pernocta desde la salida del colegio hasta el día siguiente en que los llevará el no custodio directamente al centro escolar y los lunes siguientes a no haber disfrutado de los mismos el fin de semana, sin pernocta, desde la salida del colegio a las 20,30 horas en que los retornará al domicilio de la madre.

- Cuando la Sra. S. no tenga la custodia de Sergio, podrá tenerlo en su compañía todos los jueves con pernocta desde la salida del colegio hasta el día siguiente en que lo llevará directamente al centro escolar y los martes siguientes a no haber disfrutado del mismo el fin de semana, sin pernocta, desde la salida del colegio a las 20,30 horas en que los retornará al domicilio del padre.

4º/ Las vacaciones de verano se repartirán entre los progenitores por quincenas, desde la finalización del curso escolar en el mes de junio, hasta el inicio del curso escolar en septiembre. Los períodos comprendidos desde la terminación del curso escolar en junio hasta el uno de julio y desde el 1 de septiembre al inicio del siguiente curso se considerarán quincenas completas aunque no lo fueran, a efectos de dicha alternancia. El cambio en las alternancias estivales se llevará a cabo los días 30 de junio, 15 julio, 31 julio, 15 agosto, 31 agosto y el día anterior al inicio del curso escolar, siempre a las 20,30 horas y siempre en el domicilio materno.

Corresponde a la madre la elección los años impares y al padre los pares.

5º/ Respecto de las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad en dos períodos, el primero desde la salida del colegio del último día lectivo, hasta el 30 diciembre a las 20,30 horas y el segundo período del 30 diciembre hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 20,30 horas.

Corresponde a la madre la elección los años impares y al padre los pares. A estos efectos y respecto a las vacaciones de Navidad, se tomará en cuenta, en cuanto a si es par o impar, el año que fina.

6º/Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa al padre y las Fiestas del Pilar a la madre y los años impares corresponden la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre.

7º/ Cada progenitor se hará cargo de los gastos de manutención básica del menor (comida, luz, vivienda, transporte, dinero de bolsillo, etc...) cuando este se encuentre en su compañía.

En cuanto al resto de los gastos ordinarios (colegio, ropa, libros de texto, material escolar de inicio del curso, teléfono móvil, etc...), ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta o libreta bancaria a nombre de los dos y de la menor en la que domiciliar tales gastos, y en la que deberán ingresar una cantidad cada uno de ellos, cantidad que será de 250 € el Sr. T. y de 250€ la Sra. S., a abonar por anticipado en los cinco primeros días de cada mes y con efectos desde el 1 de septiembre de 2013 hallándose la citada cantidad sujeta a las variaciones que al alza o a la baja experimente el 1 de enero de cada año el índice de Precios al Consumo que anualmente haga público el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Para el supuesto de que antes de finalizar el mes el saldo de la cuenta sea inferior a 50 €, cada uno de los progenitores deberá ingresar las cantidades indicadas de 250€.

Las citadas cantidades se actualizarán anualmente con efectos de uno de enero de cada año y conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el instituto Nacional de Estadística, la cantidad que el progenitor no custodio deberá abonar en concepto de pensión por alimentos para los dos hijos menores de edad, suma que deberá hacerse efectiva en los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta que designe el progenitor custodio y en doce mensualidades al año.

En materia de gastos extraordinarios los de bachiller que puedan existir los abonarán al 50% y los sanitarios no cubiertos los abonarán igualmente al 50%. El resto de gastos extraordinarios, se abonarán al 50% si se hacen de mutuo acuerdo y los que se acuerden de forma individual los pagará a su costa la parte que haya decidido su realización.

Ante el inicio de las vacaciones escolares de verano, el presente régimen comenzará a regir el próximo día 1 de septiembre, iniciando la alternancia el Sr. T..

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

**CUARTO.-** Interpuesto por las Procuradoras Sra. Pedraja Iglesias en nombre y representación de D. Ángel T. M. y por la Procuradora Sra. Santacruz Blanco en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Paloma Berta S. B., sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado de los mismos a las partes, que se opusieron al recurso interpuesto de contrario. El Ministerio Fiscal impugnó la Sentencia.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, con fecha 28 de enero de 2014 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es la siguiente:

“Fallamos.- Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por D. Ángel-Mariano T. M. , D<sup>a</sup>. Paloma-Berta S. B. y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>o</sup>. Instancia n<sup>o</sup>. 6 de Zaragoza el 24 de Junio de 2013, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos por D. Ángel-Mariano T. M. y D<sup>a</sup>. Paloma-Berta S. B..”

**QUINTO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Isabel Pedraja Iglesias, en nombre y representación de D. Ángel T. M., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo: primer motivo: en inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida del artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, referente al hijo menor Carlos; segundo motivo: en aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual a favor de la madre del artículo 80 de Código de Derecho Foral de Aragón, referida al menor Carlos; tercer motivo: aplicación indebida del artículo 80.4, al no existir circunstancias

específicas que justifiquen la separación de los hermanos; cuarto motivo: aplicación indebida del artículo 75.2 y 76.3. B del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española en infracción del principio de igualdad entre progenitores; quinto motivo: aplicación indebida del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española en infracción del principio de desigualdad entre el padre y el actual cónyuge de la madre; sexto motivo: aplicación indebida del artículo 82 del Código de Derecho Foral de Aragón.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecido el recurrente, por diligencia de ordenación de 10 de marzo se acordó registrar las actuaciones y nombrar ponente al Ilmo. D. Luis Pastor Eixarch; dicho magistrado comunicó al Presidente de la Sala la posibilidad de estar incurso en causa de abstención en dicho procedimiento por lo que se acordó la suspensión del trámite formándose el oportuno incidente.

Comparecida la parte recurrida formuló recusación contra los magistrados Ilmo. Sr. D. Luis Pastor Eixarch e Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra, por lo que una vez tenida por parte se procedió al trámite de la recusación planteada al segundo de los magistrados no así al primero por haberse planteado la abstención.

En fecha 20 de marzo la Sala dictó auto acordando tener por apartado del procedimiento al magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Pastor Eixarch considerando justificada la abstención planteada y nombrando ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

Previos los trámites legales en la pieza correspondiente en fecha 16 de mayo de 2014 la Sala resolvió no haber lugar a la recusación del magistrado Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra, acordando la reanudación del trámite del recurso.

Por providencia de 20 de mayo la Sala acordó: “que en el motivo que se expresa en el apartado f) se denuncia la infracción del art. 82 CDFA, por aplicación indebida, y en el desarrollo del motivo se parte de la aplicación al caso de lo establecido en dicho precepto, aunque la parte recurrente discrepa

de las consecuencias de tal aplicación; por otra parte manifiesta que la cuantía de la contribución es desproporcionada respecto del hermano, argumentando frente a las razones expresadas en la sentencia recurrida, pero sin invocar motivo por infracción procesal (D.F. 16º Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por ello podría incurrir este motivo en causa de inadmisión a tenor del art. 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, poniéndose de manifiesto a las partes con el fin de que en plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen convenientes.”

Dentro de plazo, las partes presentaron sus escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal que “al amparo del artículo 483.2, 2º y 4º procedía declarar la inadmisión del recurso de casación reseñado en el escrito de recurso como apartado f).”

Por Auto de 27 de junio de 2014, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso planteado, en los motivos, A), B), C), D) y E), e inadmitir el motivo F), confiriendo traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para que formalicen su oposición en el plazo de veinte días, lo que hicieron dentro de plazo, oponiéndose el demandado al recurso planteado de contrario, y solicitando el Ministerio Fiscal “la desestimación de los motivos de recurso de casación admitidos y la confirmación íntegra de la sentencia recurrida”.

Por providencia de 3 de septiembre de 2014, habiéndose considerado necesaria la celebración de vista por la Sala se señaló para la vista el día 24 de septiembre de 2014 a las 9:30 horas.

La parte recurrida solicitó la suspensión del señalamiento y conferido traslado a las otras partes por diligencia de ordenación del 17 del presente mes se acordó no dar lugar a la misma. Recurrida dicha resolución y conferido traslado a las otras partes por decreto de fecha 22 de septiembre se acordó la suspensión del señalamiento que venía acordado y por diligencia de ordenación de 24 del mismo mes se señaló nuevamente para la vista el 29 de octubre a las 9:30 horas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Los hechos acreditados

**PRIMERO.-** Para la resolución del recurso es útil consignar los hechos relevantes, tal como resultan acreditados en las instancias procesales.

1. Don Ángel Marino T. M. y Doña Paloma Berta S. B. contrajeron matrimonio el día 29 de agosto de 2003. De dicha unión hubieron dos hijos: Sergio, que había nacido el día 19 de septiembre de 1997, y Carlos, nacido el 2 de marzo de 2007.

2. Los cónyuges se separaron y se tramitó entre ellos proceso de divorcio contencioso nº 1267/2010, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, en el que recayó sentencia de fecha 17 de mayo de 2011. En ella, además de decretar la ruptura del vínculo matrimonial, se acordó que los hijos del matrimonio Sergio y Carlos quedasen bajo la guarda y custodia de su madre, custodia individual que fue decidida conforme al acuerdo adoptado al respecto por los litigantes.

Se estableció un régimen de visitas, conforme al cual y a la vista del acuerdo de las partes los hijos estarán en compañía del progenitor no custodio en fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las 20:30 horas, además de todos los miércoles con pernocta desde la salida del colegio hasta el día siguiente, en que los llevará al centro escolar, y los lunes siguientes a no haber disfrutado de los mismos el fin de semana, sin pernocta, desde la salida del colegio a las 20:30 horas. Igualmente se estableció un reparto de los períodos de vacaciones escolares.

### El proceso de modificación de medidas

**SEGUNDO.-** La representación de Don Ángel Marino T. M. interpuso demanda de modificación de medidas contra Doña Paloma Berta S. B., respecto de las adoptadas en sentencia de divorcio.

Esta demanda se fundaba, desde una perspectiva fáctica, en que el Sr. T. ha adquirido una vivienda en propiedad, con el fin de “facilitar una vivienda a sus hijos para convivir en exclusiva y con confort y comodidad, sin

necesidad de residir junto con su madre y tener una mayor amplitud”; en que el demandante ha sido despedido de la empresa en que trabajaba, estando en situación de desempleo, lo que le permite una mayor dedicación a sus hijos; por lo que –explicaba- “el hecho de haber solucionado el “problema” inicial de carecer de vivienda independiente, junto con el deseo de sus hijos menores, ha provocado que mi representado solicite el ejercicio de la custodia compartida, como sistema más adecuado para el desarrollo de los mismos”.

Jurídicamente se ejercía la acción prevista en el art. 91 del Código civil, a cuyo tenor *“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”*.

Desde una perspectiva procesal el procedimiento seguido ha sido el regulado en el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que en su apartado primero dispone: *“1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, 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”*.

Es en este ámbito en que se produce el proceso, y desde su perspectiva de solicitud de modificación de medidas ya adoptadas judicialmente, ha de ser resuelta la pretensión casacional que formula el recurrente.

**TERCERO.-** La sentencia de primera instancia estimó la demanda en cuanto a la pertinencia de la custodia compartida del menor Sergio, estableciéndola por meses alternos, con un régimen de vacaciones y visitas, especificando que “en las visitas y vacaciones se procurará la coincidencia de ambos hermanos con un mismo progenitor”.

Respecto de Carlos, declaró no haber lugar a la pretensión ejercitada, pronunciamiento que fundó en que “la actual vinculación y dependencia afectiva del menor con su madre, su adaptación plena y satisfactoria a la nueva unidad familiar formada por la Sra. S. y su actual esposo y los hijos de este cuando los tiene en su compañía, hacen que no parezca aconsejable someter al menor Carlos a un cambio drástico de hábitos de vida que supondría una alternancia de custodia trimestral como la propuesta por el Sr. T. y ni tan siquiera por un periodo inferior”.

Contra esa sentencia interpuso el demandante recurso de apelación, para ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, alegando la procedencia de la custodia compartida del hijo menor Carlos, en las mismas condiciones que las del mayor Sergio. También recurrió la contraparte, por motivos que en este momento no son relevantes.

El recurso del actor fue desestimado por la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial. En ella se explica, tras analizar las razones que permiten mantener el pronunciamiento de custodia compartida para Sergio, que “por el contrario, el hijo menor Carlos se encuentra muy unido a su madre y muy bien adaptado en su relación con los hijos y marido de la madre. No ha expresado deseos de introducir cambios en su vida, manteniendo una relación fluida y frecuente con su hermano”. Y concluye el razonamiento expresando que “es claro que la única variación circunstancial operada desde el divorcio ha sido la expresión por el hijo mayor de su deseo de convivencia alterna con el padre”.

### **Examen de los motivos primero y segundo del recurso de casación**

**CUARTO.-** Los motivos primero y segundo del recurso de casación van a ser objeto de examen conjunto, dado que constituyen el haz y el envés de la misma cuestión. En efecto, el motivo consignado bajo el apartado A) denuncia la infracción del artículo 80 del CDFA, en cuanto establece la aplicación preferente de la custodia compartida, mientras que el apartado B) invoca la infracción por aplicación indebida de la custodia individual como excepcional.

Para la valoración de estos motivos de recurso es de considerar el proceso conforme al cual se ha tramitado la pretensión, que es el de

modificación de medidas de divorcio, regulado en el artículo 775 de la LEC. Por tanto, lo relevante no es tanto determinar si se ha producido la infracción del ordenamiento jurídico sustantivo denunciada al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, sino la de considerar que, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante. Dicho de otro modo, en el proceso de modificación de medidas hemos de partir de las fijadas en la sentencia de divorcio, que fue acatada por ambas partes, y solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor, y la sentencia de instancia no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncia.

**QUINTO.-** En el caso de autos la sentencia de primera instancia declara como hecho comprobado un cambio en la voluntad expresada por Sergio, en función de su crecimiento personal y de las circunstancias concurrentes, al expresar su deseo de compartir su vida con ambos progenitores, y en función de esta modificación el juzgado decidió cambiar el régimen de custodia estableciendo que “la guarda y custodia del menor Sergio será compartida por meses alternos por ambos progenitores”.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirma dicho pronunciamiento e indica que “es claro que la única variación circunstancial operada desde el divorcio ha sido la expresión por el hijo mayor de su deseo de convivencia alterna con el padre”.

Respecto del menor Carlos, no existe cambio alguno. Es cierto que en la sentencia recurrida se afirma – fundamento de derecho segundo – que el actor fundó su demanda en el cambio operado tras el divorcio, constituido por la adquisición de una vivienda apta para acoger a sus hijos, en el despido sufrido en su empresa y en el deseo de sus hijos menores de permanecer mayor tiempo con él. Este relato se recoge como parte de la alegación del demandante en la que fundamenta su acción, pero del contexto de dicha sentencia solo puede entenderse como acreditado el hecho de la adquisición por el Sr. T. de una nueva vivienda, apta para acoger a sus hijos con

amplitud, y su mayor disposición de tiempo libre. Desde luego, no está comprobado el hecho de que Carlos haya deseado pasar mayor tiempo con su padre.

Por el contrario, de la valoración de la prueba practicada en las instancias resulta que se mantienen las circunstancias que en su momento dieron lugar a la adopción de un sistema de guarda y custodia individual para la madre, con amplio régimen de visitas para el padre. Así, se recogían como elementos valorables la joven edad de Carlos, nacido el 2 de marzo de 2007, su sentimiento de unión con su madre y su buena adaptación al nuevo hogar de ella, constituido con su actual marido y los hijos de éste.

Consecuencia de lo anterior es la desestimación de estos dos motivos de recurso, puesto que la sentencia de la Audiencia Provincial no infringe lo prevenido el artículo 80.2 del CDFA, habiendo justificado las razones por la que estima necesario mantener ese régimen de custodia individual, en interés del menor. Tales razones no resultan en modo alguno arbitrarias ni contrarias a los criterios establecidos por esta Sala en orden a la fijación del régimen de custodia (sentencias de 15 de diciembre de 2011, 1 de febrero de 2012 y 30 de septiembre de 2013, entre otras).

En consecuencia, los motivos A) y B) se desestiman.

### **Examen del motivo tercero del recurso de casación**

**SEXTO.-** El tercer motivo de recurso, articulado como apartado C), se funda en la infracción de lo establecido en el artículo 80.4 CDFA, pues al haberse adoptado la guarda y custodia de Sergio en forma compartida por ambos progenitores y mantenido la guarda individual de Carlos por su madre, entiende el recurrente que se ha vulnerado el citado precepto.

A su tenor *“salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptaran soluciones que supongan la separación de los hermanos”*.

En la situación anterior el criterio establecido era de custodia individual por parte de la madre respecto de ambos hijos, lo que ha sido modificado actualmente, al considerar la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, la procedencia de la custodia compartida respecto del hijo mayor. Se ha producido así una modificación que implica la

separación de los hermanos, de forma que la situación fáctica a que se refiere este motivo de recurso deriva, al contrario que los anteriores, del propio contenido de la sentencia recaída en el proceso de modificación de medidas.

La parte recurrente imputa a la sentencia de la Audiencia no justificar la separación de los hermanos, expresando en el desarrollo del motivo que nunca debe fomentarse dicha separación. Se acoge en apoyo de su denuncia a la valoración de la prueba practicada, respecto a la afinidad y buena relación entre los hermanos.

Sin embargo, el recurso no puede ser estimado. Ya hemos dicho en sentencias anteriores que el legislador aragonés no impide la separación de los hermanos, sino que establece, como criterio de normalidad recogido como imperativo jurídico, que de modo general, no deben los tribunales adoptar soluciones que supongan dicha separación –sentencia de 30 de octubre de 2013, nº 46/2013-, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la medida adoptada y se razone debidamente en la sentencia la fundamentación de la decisión.

En el caso de autos se ha procedido, efectivamente, a establecer un régimen jurídico distinto para cada uno de los hijos, lo que implica su separación a los efectos establecidos en el precepto citado. Pero en la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, se expresan las razones que justifican esta decisión.

Al efecto hemos de tener en cuenta la notoria diferencia de edad entre Sergio y Carlos, lo que determina diferentes niveles de escolarización, intereses vitales y hábitos de conducta. Se tiene en cuenta además que, siendo Sergio de diecisiete años de edad al tiempo de dictarse esta sentencia, y próximo a esa edad cuando se dictó la de apelación, en menos de un año llegará a la mayoría de edad, con lo cual no existirá respecto del mismo régimen alguno de guarda y custodia, quedando por tanto sin posible aplicación al caso la disposición establecida en el artículo 80.4 mencionado.

En definitiva no se ha producido la infracción del precepto denunciado, por cuanto concurren en el caso de autos las circunstancias a que se refiere la norma legal para justificar una diferencia en el régimen jurídico de los hermanos lo que, por otra parte, no implica un alejamiento entre ellos. El hecho de que asistan al mismo centro educativo, que se

mantenga un régimen de visitas amplio respecto de Carlos por parte de su padre, y que se haya dispuesto en sentencia que se procurará en periodos de visitas y vacacionales la coincidencia de los hermanos son elementos que coadyuvan a la confirmación de la decisión.

### **Examen del motivo cuarto**

**SÉPTIMO.-** Este motivo, consignado bajo el apartado D), denuncia la infracción de lo prevenido en los artículos 75.2 y 76.3, apartado b), del CDFA, en cuanto se establece que en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres estos tienen, respecto de sus hijos menores de edad, el derecho a la igualdad en sus relaciones familiares.

La denunciada infracción no puede ser estimada. El artículo 75 del CDFA fija el objeto y finalidad de la regulación, mientras que el artículo 76 tiene por rúbrica “derechos y principios”, y establece de modo general el derecho a la igualdad de ambos progenitores en sus relaciones familiares respecto a los menores de edad. Pero dicha igualdad no impide que, en casos determinados, puedan establecerse medidas respecto de los menores que supongan un trato diferente para cada progenitor y respecto de cada uno de los hijos, en función de las circunstancias concurrentes y razonándolo debidamente.

El Tribunal Constitucional ha establecido, respecto del derecho fundamental a la igualdad, en relación con las decisiones judiciales, que “*lo que garantiza el derecho a la igual aplicación de la Ley es, específicamente, que el juicio jurisdiccional no pueda realizarse con base en prejuicios discriminatorios, sea por razón de las personas intervinientes como por otras posibles circunstancias del litigio*” –sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 71/1998, de 30 de marzo de 1998-.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando el artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha mantenido que una diferencia de trato es discriminatoria si carece de justificación razonable y objetiva (*if it lacks reasonable and objective justification*), es decir, si no persigue un fin legítimo

o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.

Tales criterios jurisprudenciales no han sido ignorados por la sentencia recurrida, al establecer la custodia individual de Carlos a favor de su madre, puesto que explica, en los términos ya expresados, las razones determinantes del régimen de guarda y custodia aplicable al referido menor, y las argumentaciones vertidas al efecto no resultan arbitrarias ni ilógicas.

### **Examen del quinto motivo**

**OCTAVO.-** El último de los motivos admitidos denuncia la aplicación indebida del art. 80 del CDFA, en relación con el art. 14 de la Constitución española, en infracción del principio de igualdad entre el padre y el actual cónyuge de la madre e igualmente entre las dos parejas actuales de sus respectivos cónyuges. Explica la parte recurrente como el actual sistema de guarda y custodia de los menores implica una gran desigualdad entre el Sr. T. y el actual cónyuge de la ex esposa demandada.

El motivo decae, ya que en derecho no pueden ser objeto de comparación, para valorar la posible infracción del principio de igualdad, situaciones personales resueltas en procesos distintos, entre partes que no son las que comparecen en estos autos, existiendo en ese otro proceso alegaciones y probanzas que no pueden ser enjuiciadas en éste, ni siquiera para establecer términos de comparación.

En consecuencia, todos los motivos han de ser desestimados, y con ellos el recurso de casación en su totalidad.

### **Costas**

**NOVENO.-** De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede en este caso hacer imposición de las costas del recurso, dado que la compleja cuestión debatida en el proceso, en cuanto afecta a intereses personales de menores y genera dudas de derecho, hace aplicable el criterio excepcional previsto por el legislador.

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Desestimar el presente recurso de casación núm. 14/2014, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Isabel Pedraja Iglesias, en nombre y representación de D. Ángel Marino T. M., contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

**SEGUNDO.-** No hacer imposición de las costas del recurso.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Dese el destino legal al depósito constituido.

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

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