

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación número 27/2016

S E N T E N C I A N U M . V E I N T I U N O

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
D. Javier Seoane Prado /
D. Luís Ignacio Pastor Eixarch /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a catorce de septiembre de dos mil dieciséis.

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 27/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 19 de abril de 2016, recaída en el rollo de apelación número 29/2016, dimanante de autos de modificación de medidas núm. 987/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Sergio C. E., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sonia Peiré Blasco y dirigido por el Letrado

D. Leocadio Bueso Zaera, frente D^a. Florina Cristina C., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Laura Menor Pastor y dirigida por el Letrado D. José Javier Fort Torres, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, la Procuradora de los Tribunales D^a. Laura Menor Pastor, actuando en nombre y representación de D^a. Florina Cristina C. presentó demanda de modificación de medidas contra D. Sergio C. E., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando, “se dicte sentencia por la que se acuerde la modificación de las medidas en el sentido de:

A) Respecto al régimen de visitas que ostenta el padre se determine que en vez que se distribuyan en fines de semanas pares o impares, como hasta ahora, sean fines de semana alternos.

B) Se le eliminen las visitas entre semana

C) Respecto al periodo de vacaciones:

En verano D. Sergio C. E., podrá tener en su compañía a la hija menor, entre los días 1 de julio a 15 de julio y entre el 1 de agosto y el 15 de agosto de los años impares y del 15 de julio al 31 de julio y del 15 de agosto al 30 de agosto en los años pares, debiendo recogerla en el domicilio de la madre a las 10 horas del primer día de cada periodo y reintegrarlos al mismo a las 20 horas del último.

En navidades D. Sergio C. E., podrá también tener en su compañía a la hija menor entre los días 22 y 30 de diciembre de los años pares y entre los días 31 de diciembre y 7 de enero de los impares, debiendo recoger a la niña a las 10 horas del primer día y reintegrarlos de la madre a las 20 horas del último.

Respecto a las vacaciones escolares correspondientes a la Semana Santa o a cualquier otro periodo, no expresamente previsto en los párrafos anteriores, en el que la actividad escolar se suspenda por más de cuatro días consecutivos (por ejemplo, semana blanca), D. Sergio C. E. podrá tener en su compañía a la hija menor la primera mitad del período vacacional en los años impares y la segunda mitad en los años pares. Si el periodo de vacación se integrará por un número de días impar, la primera mitad se formará con un día más que la segunda.

D) Respecto a la pensión de Alimentos se eleve a 300€ mensuales.

Los gastos extraordinarios, de naturaleza médica o no, no cubiertos por la Seguridad Social y los relativos a libros de texto y matrículas, clases de repaso, recuperaciones apoyos, actividades extraescolares, viajes escolares serán abonados por mitad independientemente que se esté o no conforme con los mismos dado que se entenderán en beneficio de la menor.

E) En cuanto al resto de cuestiones y aspectos no modificados se estará al pacto de relaciones familiares determinado en la Sentencia Trece de Diciembre de 2013, con expresa condena en costas a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en autos en tiempo y forma, lo que hicieron dentro de plazo, oponiéndose, la parte recurrida, al presentado de contrario, en base a los hechos y fundamento que expresó en ella, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la demanda presentada de contrario y se acordase:

“1º.- Que se proceda a la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de la hija menor que hasta la fecha estaba atribuida a la madre, y sea compartida por ambos progenitores de acuerdo con lo establecido en el artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, de tal manera que la menor permanecerá con cada uno de los padres, periodos semanales (de 7 días) consecutivos y sucesivamente, empezando el viernes a las cinco de la tarde o a la salida del Colegio, cuando ya esté escolarizada, y terminando el viernes siguiente a la misma hora.

La recogida de la niña se hará a las cinco de la tarde en el domicilio del progenitor con quien se encuentre, o a la salida del colegio, cuando ya esté escolarizada, por el progenitor que vaya a tener a la menor en la siguiente semana, o familiar por éste autorizado.

Y en época de vacaciones, cada progenitor la recogerá en el domicilio del progenitor con quien se encuentre la menor.

En cuando a las vacaciones de Navidad de la menor, se dividirán en dos periodos: uno comprenderá desde el primer día de vacaciones, hasta el 30 de diciembre; y el otro, desde el 31 de diciembre, hasta el último día de vacaciones.

Cada progenitor disfrutará de la compañía de la menor durante uno de esos periodos. El intercambio de los periodos vacacionales navideños se hará el día 31 de diciembre a las 10,00 horas de su mañana, recogiendo a la menor el progenitor que la vaya a tener, en el domicilio donde se encuentre.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, la menor pasará la mitad de las mismas con cada uno de los progenitores, recogiendo a la misma, igualmente, en el domicilio donde se encuentre, a las 10,00 horas.

Y respecto de las vacaciones de verano, éstas se repartirán en quincenas (dos quincenas del mes de julio y otras dos del mes de agosto). Los días de vacaciones de verano relativos al mes de junio se unirán a la primera quincena del mes de julio; y los días de vacaciones de verano relativos al mes de septiembre, se unirán a la segunda quincena del mes de agosto. El intercambio de la menor tendrá lugar el día 15 de julio a las 10,00 horas, el día 1 de agosto a las 10,00 horas y el 15 del mismo mes, a la misma hora, recogéndola en el domicilio donde se encuentre la misma.

En cuanto a los periodos vacacionales se entenderán iniciados el último día lectivo a la salida del Colegio/Centro Escolar, y concluidos el día anterior al inicio de la actividad escolar, a las 21,00 horas.

La elección de los periodos vacacionales se realizará, salvo acuerdo de los padres, por la madre los años pares y por el padre los impares.

La menor podrá pasar el día del padre con su padre, desde la salida del colegio hasta las 21,00 horas, si no fuera festivo y no le correspondiese al padre, y desde las 10,00 horas de la mañana hasta las 21,00 horas si lo

fuera, y no le correspondiese al mismo. Del mismo modo, pasará el día de la madre con su madre.

La menor podrá pasar el día de su cumpleaños alternativamente, un año con el padre y otro con la madre, desde la salida del colegio o centro escolar, hasta las 21,00 horas que retornará al domicilio del progenitor que le corresponda.

La recogida y devolución de la menor en estos dos últimos supuestos, corresponderá al progenitor que no le corresponda tenerla esa semana, que la retornará al domicilio del progenitor que le corresponda.

El progenitor que tenga a la menor en su compañía deberá informar de todos los temas médicos y educativos al otro progenitor.

Comunicaciones.- El padre y la madre, cuando no tengan a la menor, podrán tener comunicación con ésta a través de los medios de comunicación existentes, siempre que lo deseen y no se obstaculice el desenvolvimiento normal de las actividades que la menor realice.

No obstante, el padre y la madre podrán comunicarse telefónicamente con su hija, cuando lo estimen conveniente, sin limitación alguna, para lo cual, si ello fuese necesario, se le informará previamente del teléfono donde localizarla.

Viajes al extranjero.- Para que la menor pueda salir al extranjero en compañía de cualquiera de sus progenitores, será necesaria la autorización expresa y por escrito del otro progenitor.

En caso de no autorizarse el viaje por el otro progenitor, podrá someterse a la consideración del Juzgado, para obtener la correspondiente autorización que, en su caso, fijará el alcance, circunstancias y duración del viaje.

2º.- Que se proceda a la modificación de la medida relativa a los alimentos y sustento de la hija menor, ya que al establecerse la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, no procederá el pago de pensión alimenticia del padre progenitor para su hija, sin perjuicio de que se mantengan los gastos extraordinarios de la hija común, tal y como consta en la Sentencia dictada el 13 de diciembre de 2013, por ese Juzgado, quedando modificado el Convenio Regulador de fecha 11 de septiembre de 2013, unido a la citada Sentencia, en el apartado III, en los siguientes términos:

III.- Alimentos y sustento de la hija menor de edad. Cada uno de los progenitores asumirá los gastos de asistencia de la hija menor, Mónica-Aurora, durante el periodo que conviva con ellos, tanto semanalmente, como durante los periodos de vacaciones de todo el año.

Cada progenitor se encargará de equipar a la menor con todo lo que precise cuando se encuentre en su compañía.

Los gastos extraordinarios que se generen en el cuidado y necesidades de la hija menor, Mónica-Aurora, se sufragarán al 50% por ambos progenitores; considerando como gastos extraordinarios aquéllos que no tengan una determinada periodicidad, como pueden ser gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, tratamientos odontológicos, gafas, plantillas, prótesis o material ortopédico que la niña pudiera necesitar, largas enfermedades, operaciones quirúrgicas, tratamiento psicológico; así como libros de texto y matrículas, actividades extraescolares acordadas o aconsejadas por el Centro escolar (como excursiones, asistencia a eventos culturales/deportivos y similares).

Cuando los gastos extraordinarios de origen lúdico o académico no cuenten con el acuerdo de ambos progenitores, serán abonados por el progenitor que determine la realización del gasto.

Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandante, por ser de Ley y de justicia que, respetuosamente, pido.”

TERCERO.- Al presente procedimiento, aparece acumulado el núm. 1015/14 del mismo juzgado iniciado por modificación de medidas solicitadas por D. Sergio C. E., solicitud en los mismos términos que la contestación a la presentada de contrario, frente a D^a. Florina Cristina C., en las que previo traslado del mismo a la demandada, ésta contestó, oponiéndose a la misma.

Admitida a trámite la contestación a la demanda, tanto la presentada por el Sr. C. como la presentada por la Sra. C., se procedió a la acumulación de ambos procedimientos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, dictó Sentencia en fecha 3 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLO Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Menor Pastor, en nombre y representación de DÑA. FLORINA CRISTINA C. y desestimando la demanda acumulada interpuesta por la Procuradora Sra. Peiré Blasco, en nombre y representación de D. SERGIO C. E., DEBO DECLARAR Y DECLARO haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de juicio verbal dictada por este Juzgado en cuanto al régimen de reparto de vacaciones y de comunicaciones de ambos progenitores con la menor Mónica Aurora en los siguientes términos: Mitad de las vacaciones escolares de Navidad eligiendo el padre los años pares y acabados en 0 y la madre los impares, con 1 mes de antelación al día de inicio de las vacaciones, con pérdida de derecho de elección en caso contrario. Las vacaciones escolares comprenderán desde las 10'00 h del primer día no lectivo hasta las 20'00h el día anterior al de reinicio de las clases. Los periodos serán: 1.- Desde las 10'00 h del primer día no día lectivo hasta las 20'00 h del día 30 de diciembre, y 2.- desde las 20'00 h. del día 30 de diciembre hasta las 20'00 h del día anterior al de reinicio de las clases.- En la festividad de Reyes, el progenitor al que no corresponda el segundo periodo de vacaciones podrá tener consigo a la menor desde las 17'30 h hasta las 20'00 h.- Las vacaciones escolares de Semana Santa que comprenderán desde las 10'00 h del primer día no lectivo hasta las 20'00 h del día anterior al de reinicio de las clases, se dividirán en dos mitades, eligiendo el padre los años pares y acabados en 0 y la madre los impares, con 15 días de antelación al día de inicio de las vacaciones, con pérdida de derecho de elección en caso contrario.- Quincenas alternas en las vacaciones escolares de verano en los meses de julio y de agosto, eligiendo el padre los años pares y acabados en 0 y la madre los impares, con 1 mes de antelación al día de inicio de las vacaciones, con pérdida de derecho de elección en caso contrario.- Las quincenas se dividirán de la siguiente forma: Desde las 20'00 h del día 30 de junio hasta las 20'00 h del 15 de julio.- Desde el 15 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 31 de julio.- Desde el 31 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 16 de agosto.- Desde el 16 de agosto a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 31 de agosto.- Salvo cuando se realicen en el centro escolar, las entregas y recogidas de la menor se realizarán en el domicilio materno.- La menor podrá pasar el día del padre con este desde la salida del colegio hasta las 21'00 h si fuese día lectivo

escolar y no le correspondiese tenerla consigo, y desde las 10'00 h hasta las 21'00 h si fuese festivo y no le correspondiera el mismo. Del mismo modo pasará el día de la madre con esta.- El día del cumpleaños lo pasará la menor con el padre los años pares y terminados en 0 y con la madre los impares, desde la salida del colegio hasta las 21'00 h si fuese día lectivo escolar y no le correspondiese tenerla consigo, y desde las 10'00 h hasta las 21'00 h si fuese festivo y no le correspondiera el mismo.- Ambos progenitores facilitarán la comunicación fluida de la menor con el progenitor que no la tenga en cada momento vía telefónica, webcam en su caso, etc..., respetando los horarios de actividades y deberes escolares así como los de descanso nocturno.- Permanecen inalterables el resto de los pronunciamientos de la sentencia objeto de modificación.- 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 la Procuradora Sra. Peiré Blasco en nombre y representación de D. Sergio C. E. 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 oponiéndose al planteado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, comparecidas las partes, con fecha 19 de abril de 2016, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“*FALLAMOS* Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Sergio C. E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza de fecha 3 de septiembre de 2015 en los autos de Modificación de Medidas nº nº 987/14, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer expresa declaración sobre las costas del recurso.”

QUINTO.- La Procuradora Sra. Peiré Blasco en nombre y representación de D. Sergio C. E. interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en un único motivo: “Al amparo del artículo 477.1 de la LEC se formula el motivo alegando infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. – Entendemos que se ha infringido el Código del Derecho Foral de Aragón,

aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y en concreto el artículo 80 de dicho Código.”

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 2 de junio pasado, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso de casación planteado.

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, presentando ambos escrito de oposición dentro de plazo.

Por providencia de 14 de julio pasado se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Los litigantes mantuvieron una relación sentimental de la que es fruto una hija menor de edad, Mónica, nacida el 14 de octubre de 2012.

2. Una vez cesó la convivencia, iniciaron un proceso judicial de guardia y custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales, en el que recayó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2013, aprobando el pacto de relaciones familiares consensuado. En dicho pacto se atribuye la guardia y custodia de la hija común a la madre, se fija el régimen de visitas y una pensión de 150 euros mensuales que debe abonar el padre por alimentos a la hija.

3. Por demanda que tuvo entrada en fecha 13 de noviembre de 2014 la madre, D^a Florina Cristina C., interesa la modificación de las medidas acordadas por la mencionada sentencia de diciembre de 2013, en lo que se refiere al régimen de visitas de fin de semana, supresión de las visitas intersemanales y reparto de las vacaciones escolares; así como el incremento de la pensión por alimentos a 300 euros mensuales.

4. A su vez, el padre, D. Sergio C. E., por escrito de demanda de fecha de entrada 20 de noviembre de 2014 –acumulada a la anterior- interesa se acuerde la custodia compartida, con la consiguiente modificación de la pensión alimenticia, puesto que cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de la hija común, y los extraordinarios al 50%.

5. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, en sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, se estima parcialmente la demanda presentada por la Sra. C., en el solo sentido de modificar el régimen de reparto de las vacaciones escolares y de comunicación entre ambos progenitores, desestimando la demanda acumulada interpuesta por el padre.

6. El recurso de apelación interpuesto por el Sr. C., en el que solicita la atribución de la custodia compartida y consiguiente modificación del régimen de alimentos, así como la reforma del régimen de reparto de las vacaciones escolares, es desestimado por la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 19 de abril de 2016.

SEGUNDO.- Fundamentación del recurso de casación.

7. El recurso de casación se interpone por la representación del Sr. C. al amparo del art. 477.2.3º y 3 LEC, por entender que presenta interés casacional al oponerse a la doctrina jurisprudencia de este Tribunal. Se consideran infringidos los arts. 80, 77.3.c) y 79.5 CDFA.

8. En síntesis, el recurrente alega, partiendo del carácter preferente otorgado a la custodia compartida por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, actualmente plasmada en el art. 80 CDFA, que la sentencia recurrida y la de primera instancia infringen dicho precepto, puesto que solo puede acordarse la custodia individual cuando se acredite que esa es la solución más conveniente para el interés del menor y, en el presente caso, lo más beneficioso para la hija es el cambio de régimen de custodia, estableciendo la compartida, puesto que la actitud de la Sra. C. está perjudicando a la menor,

al poner trabas a la relación con su padre, hecho que pretende acreditar con cita de la prueba documental aportada en el proceso.

Alega también, con mención de nuestra sentencia de fecha 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), que dado el carácter preferente de la custodia compartida, lo que debe probarse es que la individual satisface mejor el interés de la menor, no lo contrario, a diferencia de lo que concluye la sentencia recurrida.

Por último, afirma el recurrente que han variado las circunstancias que fueron tenidas en consideración al firmar el convenio regulador por el que se atribuía la custodia individual a la madre, por lo que, al no modificarse el régimen de custodia, se están vulnerando los arts. 77.3.c) y 79.5 CDFA.

TERCERO.- Preferencia de la custodia compartida y cambio de régimen de custodia.

9. Entrando a conocer sobre las alegaciones del único motivo del recurso, efectivamente, tal como señala el recurrente, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter preferente de la custodia compartida en numerosas resoluciones (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor. Entre otras muchas, en la de fecha 4-03-14, recurso de casación 41/2013 (reproducida en la de 17-09-15; recurso de casación 17/2015), dijimos *“que el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores”*. Y en la de 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), mencionada en el recurso, se recoge que *“la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea*

la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor”.

10. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial fundamenta la denegación del recurso de apelación en que *“la solicitud de custodia compartida viene a basarse en una serie de divergencias y desavenencias surgidas entre las partes lo que no constituye razón alguna para acceder a la solicitud del recurrente”*, añadiendo que *“habría que acreditar que el cambio de custodia pretendida sea más beneficiosa para la menor que el pactado en su momento en fecha reciente, nada de esto consta probado, ni se ha practicado prueba pericial psicológica ni solicitado por el recurrente para acreditar que el sistema de guarda solicitado sea más beneficioso que el pactado en su día (vigente el CDFA), tal como razona de forma adecuada el Juzgador de instancia, pretensión desestimatoria que de igual manera se extiende a la aplicación del período vacacional pretendido, dada la edad de la menor, la ausencia de prueba alguna que así lo aconseje, así como lo relativo a la pensión alimenticia, petición planteada por el apelante de manera correlativa a la solicitud de guarda y custodia compartida”*. Se observa que la sentencia recurrida parte de la inexistencia de prueba que justifique la conveniencia del cambio de régimen de custodia en interés de la hija menor, pasando de la individual pactada a la compartida.

Frente a este razonamiento judicial, entiende el recurrente que la sentencia infringe la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), que considera -dado el carácter preferente que el legislador atribuye al régimen de custodia compartida desde la Ley 2/2010- que éste no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente permite alterar dicho régimen legal. En esta sentencia se cita la de 9-04-12 (recurso 29/2011), en la que se dice: *“De modo que, se concluye, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última”*.

Sin embargo, la sentencia mencionada, y otras con la misma doctrina, resuelven supuestos de hecho claramente diferentes al que aquí nos ocupa, pues en aquellos se revisa el régimen de custodia acordado por las partes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2010, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera establecida en dicha norma (actual Disposición Transitoria Sexta del CDFA). En esta disposición transitoria el legislador aragonés parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permite que sea sometido a revisión el régimen de custodia, con sujeción a la adecuada valoración de las circunstancias concurrentes por parte de los tribunales, pero sin necesidad de que se haya producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción

En sentencias posteriores de esta Sala se aclara perfectamente esta doctrina para los supuestos en los que ya ha transcurrido el plazo de un año fijado en la Disposición Transitoria Primera, exigiéndose una alteración de las circunstancias tenidas en consideración al acordar el régimen de custodia inicial. Así, en la sentencia de 3-10-13 (recurso de casación 22/2013), entre otras, se dice:

“En consecuencia con tal normativa transitoria, durante el periodo indicado de un año desde el 8 de septiembre de 2010 se posibilitaba pedir la modificación del anterior régimen de custodia individual por el de custodia compartida sin necesidad de que estuviera presente el cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó inicialmente el régimen, como exige con carácter general el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Para hacer factible tal posibilidad de solicitud de cambio se optó por introducir, en el periodo indicado, como causa suficiente para justificar la petición de cambio de las medidas iniciales reguladoras de la crisis parental, el solicitar la custodia compartida en vez de la individual.

Consecuentemente, una vez transcurrido el plazo indicado de un año 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 de divorcio, sino que debe estarse al régimen general indicado del artículo 775 de la LEC ,

de modo que 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, deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas”. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 23-05-14 (recurso de casación 3/2014).

11. Por tanto, vigente la nueva regulación desde la Ley 2/2010, habiéndose pactado por los progenitores la atribución de la custodia a la madre en el pacto de relaciones familiares por considerarla más conveniente para la menor, para proceder a la modificación del régimen de custodia resulta necesario acreditar que concurren en la actualidad nuevas causas o circunstancias relevantes que aconsejen el cambio en interés de la hija común, tal como dispone el art. 79.5 CDFA, sin que sea posible valorar la conveniencia de uno u otro régimen como si nos encontrásemos ante la toma de la decisión inicial. Es en este último supuesto, o en el de aplicación de la mencionada disposición transitoria primera, cuando se desenvuelve con plenitud la doctrina según la cual, a falta de una prueba convincente de que la custodia individual satisface mejor el interés del menor, debe prevalecer la compartida, en atención a su preferencia legal.

CUARTO.- Concurrencia de causas o circunstancias relevantes que permiten la modificación del régimen de custodia.

12. Sentado lo anterior, debemos entrar a conocer si, en el presente caso, concurren esas causas o circunstancias relevantes que permiten la modificación del régimen de custodia.

A estos efectos debemos poner de manifiesto la diferente regulación del art. 79.5 CDFA, en los términos expuestos, frente al art. 91 CC, que admite la modificación cuando se alteren sustancialmente las circunstancias que fueron tenidas en consideración. Esta mayor flexibilidad de la norma aragonesa, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores, supone que no se trata tanto de acreditar una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de

la decisión inicial que fijó el régimen de custodia, como de constatar que esas circunstancias ya no satisfacen adecuadamente el interés del menor, por concurrir otras de la suficiente relevancia que justifican la modificación (STSJA de 23-05-14; recurso de casación 3/2014).

13. El recurrente entiende que han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al firmar el convenio regulador en el que se atribuía la custodia a la madre. Alega que, cuando se firmó, la madre quería favorecer en todo momento la relación de la hija menor con su padre, fijando un régimen de visitas que iba a ampliarse paulatinamente pero, actualmente, la madre pone todos los impedimentos que están a su alcance para dificultar la relación y visitas de la menor con su padre, creando una barrera infranqueable que perjudica e influye negativamente en la hija común.

Sin embargo, tanto la sentencia de instancia, como la de apelación que la confirma, señalan que en el proceso no se ha practicado prueba alguna que acredite los recíprocos reproches y acusaciones que se cruzan los progenitores, ni que el sistema de guarda solicitado por el padre sea más beneficioso para la menor que el acordado en su día. Es por ello que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, rechazando la nueva valoración probatoria que pretende el recurrente mediante la remisión a la prueba documental aportada en autos.

La mención reiterada que el recurrente realiza a la cláusula II del convenio regulador, en la que se pactó que *“La guardia y custodia de la hija común se atribuye a la madre, con la que convivirá (o en su caso al padre, sin perjuicio de que quepa la posibilidad de convenir una guardia y custodia compartida)”*, tampoco puede justificar la modificación peticionada, puesto que solo abre la puerta a un cambio de custodia consensuado por las partes, lo que no es el caso.

Por último, no puede considerarse como una causa o circunstancia relevante la diferencia de edad de la hija que media entre el momento en que se acordó la custodia individual por sentencia de 13 de diciembre de 2013, y el momento en el que se solicita la modificación de régimen, por demanda del

hoy recurrente (acumulada a la presentada por la contraparte) de fecha 19 de noviembre de 2014, no habiendo transcurrido ni un año. Que la menor, nacida el 14 de octubre de 2012, tuviese catorce meses cuando se hizo cargo de la custodia la madre, y veinticuatro meses cuando se pide la modificación del régimen de custodia, carece de toda relevancia, puesto que resulta una diferencia de edad tan nimia que, por sí sola, no permite la modificación pretendida.

Lo expuesto lleva a concluir que no se han vulnerado por la sentencia recurrida los arts. 80.2, 77.3.c) y 79.5 CDFA, desestimándose el recurso de casación, tanto en su petición de cambio de régimen de custodia, como en el de alimentos y sustento de la hija, consecuencia de aquél.

QUINTO.- Costas.

14. Desestimado el recurso de casación, conforme al art. 398 de la LEC, el pago de las costas corresponde efectuarlo al recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, corresponde ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

1. Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio C. E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 19 de abril de 2016.

2. Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación.

3. Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

4. Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

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.