

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 26/2017

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

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspás	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
D. Javier Seoane Prado	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a quince de septiembre dos mil diecisiete.

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 26/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 11 de abril de 2017, recaída en el rollo de apelación número 790/2016, dimanante de autos de modificación de medidas núm. 95/2016, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. L. A. M. M. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco y dirigido por la Letrada D^a. Silvia Benedicto Aranda, frente a D^a C. M. B., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Silvia Tizón Ibáñez y dirigida por la Letrada D^a. M^a Cristina Ruíz-Galbe Santos, siendo parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco, actuando en nombre y representación de D. A. M. M., presentó demanda de modificación de medidas, contra D^a. C. M. B., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, <<se dicte sentencia por la que se modifique la resolución dictada el día 22 de enero de 2013 en Rollo de Apelación 593/2012 proveniente de Autos de Procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos nº 183/12-A del Juzgado de Primera Instancia nº 16 en el extremo referente a la guarda y custodia de la hija menor de edad y, en consecuencia, se dicte sentencia por la que se establezca un sistema de custodia compartida de la hija común P. por días alternos, con fines de semana también alternos, de tal forma que P. pernocte con su madre los lunes y los miércoles, y con su padre, los martes y jueves, y fines de semana completos alternos desde el viernes a la salida del colegio, y hasta volver el lunes al centro escolar (o desde las 17 horas del viernes hasta las 10 horas del lunes, para los días no lectivos en los que no se aplique lo dispuesto para períodos vacacionales); y derivado de este cambio de custodia que se solicita, se interesa igualmente la modificación de la sentencia de referencia en la cuestión relativa a alimentos de la menor, acordándose que ambos progenitores habrán de asumir los gastos ordinarios de alimentación y vestido en las fechas en las que su hija esté en su compañía; para el resto de gastos, se interesa el establecimiento de la obligación de que cada uno de los progenitores ingrese en una cuenta creada al efecto la suma 100 euros mensuales con los que se cubran los gastos de libros y material escolar, ocio y demás gastos ordinarios necesarios, manteniendo el resto de pronunciamientos.>>

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y

forma, haciéndolo dentro de plazo tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida, oponiéndose ésta a la demanda presentada de contrario y solicitando que, previo los trámites legales oportunos dicte sentencia por la que “se desestime íntegramente cuanto se solicita de contrario, declarando subsistentes las medidas adoptadas por Sentencia firme de fecha 22 de enero de 2013 de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza, modificada por Sentencia firme de fecha 18 de Octubre de 2013, del Juzgado al que me dirijo, dictadas en el procedimiento cuya modificación de medidas se pretende y en el Procedimiento de Modificación de Medidas nº 912/2012-B, ambos del Juzgado al que me dirijo.”

Por su parte, el Ministerio Fiscal contestó a la demanda sin admitir ni negar los hechos de la misma, y solicitó que se estuviera al resultado de la prueba a practicar en autos.

TERCERO.- Por auto de 27 de abril de 2016, se admitió a trámite la contestación a la demanda y se convocó a las partes a la preceptiva vista, que tuvo lugar con la asistencia de ambas y de Ministerio Fiscal.

Practicada la prueba propuesta que fue admitida, el Juzgado de Primera Instancia nº Dieciséis de Zaragoza dictó sentencia de fecha 25 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

F A L L O

*“Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Santacruz Blanco, en nombre y representación D. A. M. M. frente a DÑA. C. M. B., **DEBO DECLARAR Y DECLARO** NO HABER LUGAR a la modificación de medidas de guarda, custodia, visitas y alimentos de la menor Paula establecidas en la sentencia dictada por este Juzgado el 27 de julio de 2012 en autos 183/2011, modificadas por la dictada en grado de apelación el 22 de enero de 2013 por la Sección 2ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza, permaneciendo invariables los pronunciamientos de esta última.”*

CUARTO.- Interpuesto por la representación legal de D. L. A. M. M. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera

Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, se confirió traslado del mismo a la contraparte. Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, por Auto de fecha 10-1-17, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza rechazó la documental aportada por la parte apelante, por resultar innecesaria su aportación y, no considerando necesaria la vista, se señaló para deliberación, votación y fallo.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 11 de abril 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

FALLAMOS

“Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don A. M. M. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza el 25 de octubre de 2016, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada. Se decreta la pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal procedente.”

SEXTO.- La representación legal de D. L. A. M. M. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación en base a los siguientes motivos:

- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se formó rollo de casación nº 26/2017, se designó ponente, según el orden establecido por la Sala, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Seoane Prado, y comparecidas las partes, por Auto

de fecha 15 de junio de 2017, se acordó declarar la competencia de la Sala y admitir a trámite el recurso de casación interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, el primero alegó la concurrencia de causa de inadmisibilidad del recurso, y opuso al mismo, y el segundo manifestó que procedería la estimación del Recurso de casación.

Fue señalado para votación y fallo del recurso el día 13 de septiembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La primera cuestión que ha de ser abordada por esta Sala es la alegación en contra de la admisión del recurso efectuada por la parte recurrida en su escrito de oposición.

Sostiene dicha parte que el recurso no debió ser admitido porque desconoce los hechos sentados como probados en la instancia.

Tal alegado no puede ser admitido, pues lo que alega el recurrente son infracciones de norma material imperativa partiendo de la valoración de los hechos sentados por el tribunal de instancia, que no pretende sean alterados por la Sala, sino sus consecuencias jurídicas.

SEGUNDO.- El único motivo de casación que D. A. hace valer contra la sentencia de la secc. 2ª Audiencia Provincial, que confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 16, que denegó la modificación de las medidas acordadas en la anterior sentencia de fecha 22 de enero de 2013, dictada en autos de guarda, custodia y alimentos de la hija común no matrimonial de los litigantes, P., nacida en día 26 de agosto de 2010, afirma infracción del art. 80 del CDFA, pero su desarrollo indica que la infracción se predica exclusivamente del apartado nº 2 de dicha norma.

Las medidas cuya modificación se pretende son el sistema de custodia individual atribuida a la madre, que se quiere mutar por el de custodia compartida por días alternos con pernocta; y la obligación de alimentos para la hija común por importe de 400 € mensuales establecida a cargo del actor, cuya supresión se pide, como una consecuencia del cambio del régimen de custodia, para que cada uno de los padres asuma los gastos ordinarios de alimentación y vestido en las fechas en que la menor esté en su compañía, así como los extraordinarios no necesarios que decida unilateralmente; que ambos contribuyan con la suma mensual de 100 € para cubrir los gastos de libros y material escolar, ocio y demás gastos ordinarios necesarios; y que asimismo ambos contribuyan al cincuenta por ciento a sufragar los gastos extraordinarios necesarios.

El actor propone una custodia compartida por días alternos, con fines de semana también alternos, de tal forma que P. pernoctase con su madre los lunes y los miércoles, y con él los martes y los jueves los días entre semana, manteniéndose el régimen de los fines de semana. Y arguye en el hecho tercero de su demanda que <<este sistema, en realidad, es una ampliación del que ya se viene siguiendo, con visitas intersemanales los martes y jueves, en los que P. pasa las tardes desde la salida del colegio hasta las 20 horas con su padre. Ahora se trataría de que esos días, los martes y los jueves, la niña pueda pernoctar con su padre, logrando de este modo una relación más equilibrada con ambos progenitores>>.

La modificación se pide exclusivamente por el hecho de que la menor ha alcanzado la edad de cinco años, dado que la sentencia de la Audiencia que decidió el primer proceso estableció que:

<<Una vez la menor cumpla los cinco años de edad, se planteará por los progenitores la conveniencia de pasar al sistema de guardia y custodia compartida en caso de discrepancia en ejecución de Sentencia y previo informe del Gabinete Psicosocial se planteará, si procede, fijar la guardia y custodia compartida de la menor.>>.

No alega el actor otra variación de circunstancias que justifiquen la modificación de la pensión alimenticia, pero entiende que el cambio del sistema de custodia justifica el que pide en relación con dicha obligación a su cargo.

La sentencia de primer grado rechaza el cambio en el sistema de custodia por entender acreditado que el individual acordado sigue siendo el más adecuado al interés de P., dado que el alto grado de conflictividad existente entre los padres -manifestado durante los cinco años transcurridos desde el primer proceso- impide cualquier grado de colaboración entre ellos en relación a las cuestiones referidas a la hija común; y que ha sido constatada por el informe psicológico practicado la ausencia de toda necesidad de introducir cambios en la actual situación de la menor, en tanto que ha permanecido con su madre desde su infancia, que ésta le proporciona estabilidad y seguridad, requiriendo su presencia en los momentos de dificultad personal, y que la menor muestra su agrado con la situación actual. Todo ello sin perjuicio de las buenas relaciones que la menor mantiene con su padre.

Extrae el juzgador de primer grado todo lo anterior de la valoración del informe psicológico elaborado por el equipo adscrito a los juzgados de familia, en el que se concluye que resulta absolutamente desaconsejable la *medida de ejercicio de la custodia compartida, pues supondría hacer a la menor partícipe de dos mundos no interrelacionados, sin comunicación ni coparticipación entre ambos, lo que no resultaría beneficioso para la misma*. Destaca el juzgador de primer grado que frente al anterior dictamen no ha sido practicada ninguna otra prueba que los desvirtúe.

La sentencia recurrida acoge en lo sustancial los argumentos desenvueltos en la sentencia apelada, y añade:

<<El actor alega que los anteriores conflictos judiciales se debían a meros problemas interpretativos de las medidas judiciales, y el examen de las múltiples resoluciones recaídas aportadas revela la clara inconsistencia de ese fundamento,

hasta el punto de haberse estimado necesaria la intervención de profesionales para efectuar las entregas y recogidas de la menor, y la persistencia del actor en la exigencia de cuestiones fácilmente solventables.

Finalmente, tampoco cabe entender que una custodia por días alternos vaya dirigida a proteger el interés de la hija, como sostiene el recurrente, sabido como es que incluso en cualquier adulto, semejante trasiego y cambios de domicilio, alternarían su necesario sosiego y tranquilidad, revelándose esa petición como únicamente favorable a su exclusiva convivencia e interés personal.>>.

El recurrente sostiene que la decisión adoptada en la instancia infringe el art. 80 CDFA porque las dos sentencias tienen en esencia por base para denegar el establecimiento de un sistema de custodia compartida la constatación de una mala relación entre los progenitores que recoge el informe psicosocial, y ello, a su parecer, contradice los criterios establecidos en las sentencias de esta Sala que cita.

TERCERO.- La sentencia de primer grado, en problemática no abordada ya en la de apelación, contiene la Jurisprudencia existente sobre la necesidad de una alteración de circunstancias para que pueda procederse a la modificación de medidas ya adoptada en los procedimientos de familia como el que nos encontramos. Pero como en dicha sentencia se sostiene, la oportunidad de este nuevo examen del sistema de custodia a que se ha de sujetar la menor P. se desprende de la misma sentencia que estableció el de custodia individual atribuida a la madre actualmente en vigor, que dispuso que, una vez que la menor cumpliera los cinco años de edad, *se planteará* por los progenitores la conveniencia de pasar al sistema de guardia y custodia compartida en caso de discrepancia en ejecución de Sentencia.

CUARTO.- Motivo único de casación.

El único motivo en que se sustenta el presente recurso de casación afirma infracción del art. 80 del CDFA.

En apoyo de tal motivo sostiene el recurrente que los dos Tribunales de instancia han *obviado todos y cada uno de los factores recogidos expresamente por la legislación aplicable a tener en cuenta a la hora de establecer uno u otro sistema de custodia, y se separa de la regla general que ha de ser la compartida sin justificar tal decisión más allá de la constatación de una mala relación que el gabinete psicosocial entiende incompatible con una custodia compartida*, y afirma además que la relevancia que la sentencia recurrida da a la mala relación entre los progenitores como factor que se opone a la custodia compartida contradice la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 2012, 17 de febrero de 2014 y 18 de diciembre de 2015.

La lectura de las sentencias refleja que dos son las razones por las que se deniega el cambio de sistema de custodia: La primera, la conflictiva relación entre los progenitores; la segunda, la inadecuación del concreto sistema de cambio diario de progenitor custodio que se propone, que la Sala de apelación entiende que alternaría el necesario sosiego y tranquilidad de la menor. Ambas han sido incluidas entre los factores a considerar, como se verá de lo que sigue, por lo que no podemos compartir la afirmación del recurrente de que han sido omitidos todos y cada uno de los establecidos en la norma.

Con relación al primero de los factores, esta Sala ha señalado, en la misma línea sentada por el TS, que no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia (SS nº 36/2013, 46/2013, 11/2014, 37/2015, 28/2016), pero sí ha de serle reconocida tal importancia cuando por su intensidad pueda ir en perjuicio del menor; así la hemos tenido como factor contrario al establecimiento de la custodia compartida en nuestra S 10/2015, al igual que el TS lo ha entendido en SS tales como la nº 559/2016.

En el presente caso, la Sala de apelación destaca que ha sido necesario el pronunciamiento de una sentencia para regular el mecanismo de entrega de la menor a través de un punto de encuentro, y, en conclusión que extrae

del informe psicológico elaborado por el equipo psicosocial, señala que la mala relación existente entre los padres sí repercute negativamente en la menor, aspecto este para cuya debida apreciación parece oportuno hacer uso de la facultad integradora de los hechos de que dispone el Tribunal de casación (STS nº 159/2006), a fin de recoger determinados extremos de especial significado del citado informe, sin que ello suponga alteración del resultado probatorio alcanzado en la instancia. Así puede leerse en el informe.

<<La comunicación entre los progenitores es inexistente, comunicándose en las ocasiones en las que no queda más remedio mediante otras personas o instituciones [...]

En la situación de este grupo familiar, la muy elevada conflictividad entre los progenitores, la ausencia total de comunicación entre ellos, las discrepancias educativas existentes en todos los aspectos relativos a su hija común, son factores que no solamente exceden los que puedan considerarse habituales en una pareja en proceso de ruptura, sino que tanto cualitativa como cualitativamente son de mucha mayor entidad, se mantienen en el tiempo desde la ruptura, e incluso han venido incrementando en intensidad desde la misma, pudiendo llegar a afectar a la calidad de los cuidados recibidos por la menor, al no ser capaces los progenitores de consensuar ningún tema relativo a la misma. [...].

[L]a introducción en la vida de la niña de un sistema de custodia alterna en el que no se comparta entre los progenitores su devenir cotidiano, sino que implique para ella que cada padre en su período de tiempo de custodia asume la responsabilidad exclusiva, haciendo que Paula permanezca alternamente en dos mundos no interrelacionados, sin comunicación ni coparticipación entre ambos no resultaría beneficioso para la menor >>.

En definitiva, pese a lo argüido por el recurrente, de los anteriores datos cabe concluir que la conflictividad existente entre los progenitores sí perjudicaría a la menor de establecerse un sistema de custodia compartida, lo que se erige como un importante obstáculo para adoptarlo, de acuerdo con la Jurisprudencia que ha quedado reseñada.

QUINTO.- El segundo de los factores que ha llevado a la Sala de apelación a rechazar el recurso ante ella interpuesto consiste en la falta del necesario sosiego y tranquilidad de la menor provocada por el constante

trasiego y cambio de domicilio en razón de la alternancia diaria con pernocta que se pide como sistema de custodia compartida.

Pues bien, hemos dicho en diversas ocasiones que la ruptura de los padres necesariamente ha de provocar cambios en las rutinas de los hijos menores, y que estos pueden ser razonablemente asumidos por estos. Así nuestra S n° 13/2014:

<< En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia, según hemos visto>>.

Pero lo dicho no impide entender que uno de los factores que han de ser tenidos en consideración para valorar el interés del menor es su estabilidad, pues así resulta de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor tras su modificación por la LO 8/2015, cuyo artículo 2.3.d) establece como elemento que ha de ser tenido para ponderar los criterios a que atender para determinar en cada caso dicho interés:

<<La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. >>.

Es por ello por lo que este Tribunal ya ha entendido que, en general, el sistema de alternancia diaria como el solicitado en S 48/2013 no es adecuado; y en el mismo sentido el TS ha rechazado por ser contrario a esta necesaria estabilidad del menor el sistema de custodia compartida de alternancia diaria con pernocta como el que se propone en SS 283/2016 y 553/2106, en las que se afirma que si se acude al sistema de custodia compartida ha de ser para que los menores tengan *estabilidad alternativa* con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

Si a todo ello unimos que en la instancia ha sido declarado probado sin elemento alguno de prueba en contrario, y sin que hubiera sido objeto de impugnación por motivo de infracción procesal, que las preferencias de la menor se decantan por el mantenimiento de la situación actual, que se encuentra especialmente unida a su madre, quien representa la principal figura de su mundo afectivo, y que es ella la que proporciona a la menor estabilidad y seguridad, no cabe sino entender que la sentencia impugnada no infringe el art. 80 CDFA al mantener la custodia individual, pues, como hemos dicho en multitud de ocasiones, dicha norma no impide la adopción de un sistema de custodia individual cuando el tribunal estime motivadamente que este, y no el de custodia compartida, es que mejor responde al interés del menor, y así lo hemos indicado en SS como nº 10/2015, en la que se lee en relación con tal norma:

<<Sin embargo, este carácter preferente al que se refiere la dicción literal del precepto, viene siempre supeditado al superior interés de los hijos menores, de tal manera que podrá acordarse la custodia individual si resulta más favorable para los hijos. En todo caso, la ponderación del interés del hijo menor se debe realizar partiendo de las circunstancias del caso concreto, fijadas en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida>>.

En consecuencia con todo lo dicho, procede la desestimación del único motivo de casación hecho valer.

QUINTO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la especial naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer aplicación del criterio objetivo del vencimiento.

El depósito constituido para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2017 dictada por la Secc. 2ª de la AP de Zaragoza en el rollo de apelación nº 790/2016.
2. No hacer imposición de 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.

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