



Roj: SAP NA 3/2012  
Id Cendoj: 31201370022012100002  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Pamplona/Iruña  
Sección: 2  
Nº de Recurso: 291/2009  
Nº de Resolución: 28/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE FRANCISCO COBO SAENZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA Nº 000028/2012**

Presidente

D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ (Ponente)

Magistrados

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. ERNESTO VITALLÉ VIDAL

En Pamplona/Iruña, a 20 de febrero de 2012

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 291/2009**, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Aoiz, en los autos sobre proceso de modificación medidas nº 698/2008; siendo parte *apelante*, el demandante de modificación, D. Celso, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> ANA ECHARTE VIDAL y asistido por el Letrado D. JORGE BATALLA CASANOVAS; parte *apelada*, la demandada de modificación, D<sup>a</sup> **Santiago**, representada por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER ECHAURI OZCOIDI y asistida por la Letrada D<sup>a</sup> MARÍA ASUNCIÓN COMPAINS ROLÁN; así como el **MINISTERIO FISCAL**.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Presidente, **D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ**.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la sentencia apelada.

**SEGUNDO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Aoiz, se dictó Sentencia de fecha 18 de junio de 2009 en los autos de proceso sobre modificación de medidas nº 698/2008, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que desestimo en la forma indicada la demanda interpuesta por el procurador don Enrique Castellano Vizcay en nombre y representación de don Celso contra doña Santiago .

*Todo ello sin hacer una especial condena en las costas procesales.*

*Al notificarse ésta sentencia a las partes, hágaseles saber que, contra la presente sentencia cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Navarra, el que deben preparar ante éste Juzgado dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a su notificación."*

**TERCERO** .- Contra la indicada sentencia se preparó en tiempo y forma recurso de apelación por la parte demandante, interponiendo el mismo mediante escrito presentado con fecha 4 de septiembre de 2009, en el cual después de exponer los motivos de recurso que tuvo por conveniente, solicitaba de este Tribunal, que dictara sentencia, en la que:

*"I.- Estimando el presente recurso de apelación, revoque la sentencia de instancia y estime la demanda con las peticiones contenidas en dicho escrito y matizaciones efectuadas en la vista de 22 de enero*

II.- Subsidiariamente y para el caso de que se estime de que la custodia compartida debe alcanzarse de una forma gradual o progresiva, se solicita que durante un periodo de un año hasta que se establezca dicho régimen, se amplíen los periodos de comunicación y estancia del padre, Sr. Celso con su hija Julieta , en la siguiente forma:

a) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la mañana en que el padre reintegrará a la menor al centro escolar, ampliable en los supuestos de coincidir dicho fin de semana con un puente escolar, en que permanecerán juntos en su totalidad.

b) Los miércoles de cada semana, desde la salida del colegio hasta el jueves por la mañana en que la reintegrará al centro escolar. En caso de ser festivo el miércoles, el padre estará con la menor desde el martes a la salida del colegio, y si el jueves es festivo, el padre reintegrará a la niña al colegio el viernes.

c) Las semanas que no le corresponda fin de semana, el Sr. Celso estará con su hija el lunes por la tarde desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas, en que la reintegrará al domicilio materno.

d) La mitad de Navidad y Semana Santa, eligiendo en caso de discordia el padre los años impares y la madre los años pares.

e) Uno de los dos períodos en las vacaciones de verano:

1.- Desde la finalización del curso escolar hasta el 30 de junio a las 20 horas y el mes de agosto.

2.- El mes de julio y desde el 1 de septiembre hasta la víspera del inicio del curso escolar a las 20 horas.

En caso de discordia, el padre elegirá los años impares y la madre los años pares.

f) El padre podrá comunicarse con la menor telefónica o electrónicamente, debiendo respetar la madre la intimidad de tales comunicaciones.

III.- Estimando la tacha del perito formulada por esta parte, revoque la resolución por la que se desestimaba a esta parte el recurso de reposición formulado en el acto del juicio de 11 de junio de 2009, sin imposición de costas, tal y como se razona en el cuerpo del presente escrito" .

Solicitando mediante otrosí el recibimiento de la apelación a prueba.

Conferido el oportuno traslado, por la representación procesal de Doña. Santiago , demandada en el presente procedimiento de modificación de medidas, mediante escrito presentado con fecha 6 de octubre de 2009, se opuso al recurso de apelación articulado de adverso, interesando la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos con imposición de las costas causadas en la segunda instancia a la parte apelante.

El Ministerio Fiscal en su informe de fecha 22 de octubre de 2009, interesó igualmente la inadmisión en su totalidad del recurso de apelación articulado, así como la condena en costas a la parte recurrente.

**CUARTO.-** Enviados los autos a este Tribunal y turnados a la presente Sección, después de adoptarse las resoluciones de ordenación procesal pertinentes, mediante Auto de fecha 30 de julio de 2010 , se dispuso:

"LA SALA ACUERDA: **ESTIMAR PARCIALMENTE** , la solicitud de recibimiento de la presente apelación a prueba, y así en virtud de lo razonado en el razonamiento jurídico segundo de la presente resolución, ofíciase al Instituto Navarro de Medicina Legal, para que designe una psicóloga o un psicólogo, diverso a la Doctora Psicóloga Sra. Ana , con la finalidad, de que emita un dictamen acerca de la adecuación, al superior interés de la pequeña Julieta , del sistema de custodia compartida, propuesta, por su padre, Don. Celso .

Verificada la designación de la Sra. psicóloga o del Sr. psicólogo, se procederá por este Tribunal, a la exploración, de la pequeña Julieta , con la asistencia de la psicóloga o psicólogo designado.

Practíquese, la prueba " social " propuesta por el actor Don. Celso , en la instancia, y no practicada por causas ajenas a la voluntad de dicha parte. Todo ello, con la arreglo a lo argumentado, en el razonamiento jurídico segundo de la presente resolución.

Verificadas las anteriores actuaciones, se señalará día para la Vista, en el presente recurso, a la que será citada como testigo, la Sra. Constanza para su interrogatorio por las partes y en su caso por este Tribunal.

Se DESESTIMA la solicitud de incorporación del informe, elaborado, con fecha 26 de agosto de 2009, por la Psicólogas Sra. Celestina , así como claro está su ratificación. Debiendo devolverse, el informe en cuestión, a la parte recurrente que lo adjuntó a su escrito de interposición de recurso.

*Contra la presente resolución cabe Recurso de Reposición."*

El informe de carácter psicológico y social acordado, fue emitido, por la psicóloga forense Sra. Felicidad y la trabajadora social Sra. Justa , con fecha 11 de agosto pasado.

Con fecha 25 de enero del año en curso, se llevó al efecto la exploración por este Tribunal de la menor Julieta .

La Vista convocada, a los efectos establecidos en el precedente Auto, de 30 de julio de 2010 , se ha llevado a efecto el pasado día 1 de febrero, con el resultado que consta en el Acta y soporte informático extendido al efecto.

**QUINTO** .- En la tramitación del presente recurso de apelación, se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida en cuanto se opongan a lo que a continuación se razona.

**PRIMERO**.- En la sentencia de instancia se desestima la solicitud formulada, por el demandante de modificación de medidas (en relación con las establecidas, en la sentencia de separación de 9 de junio de 2004 , ratificadas en la sentencia de divorcio de 24 de noviembre de 2005 ), Don. Celso ; concretándose específica y exclusivamente, la solicitud de modificación de tales medidas, en la petición de atribución tanto al padre, como a la madre, la aquí demandada Doña. Santiago , de la pequeña Julieta , nacida el 22 de septiembre de 2000, de la "guarda y custodia compartida", con relación a la pequeña Julieta . Así como la solicitud de "adecuación", del resto de medidas por el momento vigentes, al nuevo sistema propuesto de guarda y custodia compartida.

En la sentencia de instancia, se desestima la solicitud de modificación, en base al razonamiento que se contiene en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de instancia, al que nos remitimos con la finalidad de evitar inútiles reiteraciones.

Los elementos claves, del razonamiento denegatorio, se concretan, en la determinación relativos a que *"...del examen de la prueba practicada resulta procedente ratificar a la madre en la guarda y custodia de la hija habida dentro del matrimonio, y ello por estimar que este pronunciamiento es más beneficioso para la menor..."* .

Realizándose determinadas consideraciones, acerca de la "excepcionalidad", sobre el establecimiento de este sistema de protección de una persona menor de edad, ante la ruptura de convivencia entre su padre y su madre. Destacándose que ante la falta de acuerdo entre el padre y la madre de la pequeña Julieta , la fijación de un sistema de guarda y custodia compartida "es excepcional". No existiendo en este caso informe favorable del Ministerio Fiscal. Considerándose el informe psicológico, emitido en la instancia con fecha 22 de mayo de 2009 - véanse los folios 230 a 239 de las actuaciones-, y sometido a contradicción en acto de su emisión, con fecha 11 de junio de 2009. Elaborado y sostenido por la psicóloga forense Doña. Ana , teniendo en consideración, la Juzgadora a quo, la opinión expresada por la indicada perito en el sentido de que es adecuado que sea la madre la que tenga atribuida la guarda y custodia.

Argumentándose en la sentencia ahora recurrida, que *"...uno de los requisitos para conceder la guarda y custodia compartida es que es necesario que exista una fluidez en la relación entre los progenitores..."* , aludiendo a la opinión manifiesta a este respecto por la psicóloga Sra. Ana . Argumentándose en la sentencia recurrida, acerca de que la relación entre los progenitores, ni es fluida, ni está exenta de diversos enfrentamientos, para subrayar que la *"comunicación es escasa porque ni siquiera se saludan"* .

Para considerarse a efectos conclusivos, que atendiendo a las circunstancias analizadas, no se ha encontrado ni una sola idea, ni cuestión que sea útil para un cambio de custodia, por ello no ha lugar a la modificación de las medidas solicitadas. Proponiéndose la posibilidad de que se pueda solicitar un régimen de visitas más amplio, atendiendo a la buena relación del padre con la hija y teniendo en cuenta también lo manifestado por la psicóloga, indicando "que no sería malo" que la menor estuviera más tiempo con su padre.

En el escrito de interposición de recurso, articulado por la representación procesal del demandante de modificación Don. Celso , se solicita, como petición principal el establecimiento de un pronunciamiento revocatorio íntegro de la sentencia de instancia y estimatoria de la demanda, con la puntal precisión, verificada en el acto de la Vista celebrada el 22 de enero de 2009 , con relación, a la permanencia de la pequeña Julieta

, con el padre o la madre, quien durante esa semana no la tenga en su compañía, el miércoles, desde la salida del colegio, hasta las 20:00 horas.

Con carácter subsidiario, se solicita una ciertamente novedosa pretensión, para el caso de que "se estime que la custodia compartida deberá alcanzarse de una forma gradual o progresiva..."

Solicitándose en tercer lugar, la estimación de "la tacha de perito formulada".

Precisamente esta última cuestión, contemplada específicamente en el párrafo a) de la alegación segunda del escrito de interposición de recurso de apelación, fue resuelta, en nuestro Auto de fecha 30 de julio de 2010, en concreto en base al contenido de su razonamiento jurídico primero. Tal y como allí argumentábamos, siendo de designación judicial la doctora psiquiatra Doña. Ana, en su calidad de psicólogo clínico forense, adscrito al Instituto Navarro de Medicina Legal, la expresada señora, tan sólo podía ser sujeto pasivo, de una "recusación", y no de tacha, porque tal y como se establece en los artículos 343 y 344 de la LEC., los "peritos designados judicialmente", sólo "podrán ser objeto de recusación". Lo que implica que los mismos no podrán ser tachados.

Por ello, ninguna consideración, debemos realizar ya en este trance decisorio, en relación con la tacha propuesta, como decimos inadmisibile "ad limine".

En este planteamiento, de "cuestiones de principio", como es bien sabido de las partes, el Tribunal, haciendo específico uso, de la posibilidad que le confiere el número 9 del art. 92 del Código Civil, tal y como argumentábamos con mayor amplitud en nuestro antes reseñado Auto, de 30 de julio de 2010, dispuso lo oportuno, para que se verificara una nueva prueba de carácter psicológico. Y que se practicara "ex novo", la prueba pericial social, con la finalidad, de proporcionar los criterios precisos de valoración por este Tribunal, en orden a la adecuación del sistema de guarda y custodia compartida, para la protección del superior interés de la pequeña Julieta.

Los informes en cuestión, han sido cumplimentados, como consta a las partes su formato escrito. Y los mismos fueron emitidos, en plenitud de condiciones de contradicción, por sus autoras, en la sesión de acto de juicio que celebramos a nuestra presencia, el pasado 1 de febrero.

También dispusimos de la pertinente asistencia, de la psicóloga Sra. Felicidad, en orden a la verificación por nosotros de la exploración de la pequeña Julieta, llevada a efecto el pasado 25 de enero.

Entendemos, que mediante esta específica actividad probatoria, por nosotros impulsada, se han desvaído, las consideraciones, que para la valoración del informe pericial emitido en la instancia por la psicóloga Doña. Ana, pudieran desprenderse, de la inadecuada desde el punto de vista jurídico-procedimental, invocación de la tacha, por la parte demandante de modificación de medidas.

Examinaremos seguidamente la petición principal, que se sustenta en el presente recurso de apelación, por Don. Celso, que ante el disenso, de quien fue su esposa Doña. Santiago, solicita la guarda y custodia compartida de la hija común de las personas aquí en litigio la pequeña Julieta.

Hallándose en trámite, el presente Rollo de apelación civil, se ha promulgado la "**Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres**". Lo que determina la necesidad de un análisis previo, con respecto a la compatibilidad del sistema de guarda compartida, propuesto por Don. Celso, demandante en el proceso sobre modificación de medidas, con el ordenamiento jurídico que debemos aplicar para la resolución de la controversia en el presente recurso de apelación, teniendo en cuenta esencialmente, que tal y como se establece en el Art. 752 LEC, las pretensiones que se formulen en los procesos entre otros "sobre matrimonio y menores", se decidirán, con arreglo a la "**Legislación civil aplicable**", tomando en consideración los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Valorando, como no puede ser de otro modo el Tribunal - en este caso de apelación -, la idoneidad o inidoneidad de las medidas que están excluidas de la libre disponibilidad de las partes, para la mejor protección del supremo interés de las personas menores de edad.

En nuestro más caracterizado precedente decisorio en la materia que constituye el centro del debate, en la presente apelación, relativa al establecimiento de un sistema de custodia compartida, por decisión jurisdiccional, a falta de consentimiento por la madre de la pequeña Julieta, sin que exista informe favorable del Ministerio Fiscal, concretado en nuestro Auto de 20 de enero de 2010, planteamos la cuestión de inconstitucionalidad, del Art. 92.8 del Código Civil en la redacción conferida por la Ley 15 / 2005 de 8 de julio, por entender, que

**" el establecimiento como exigencia ineluctable, del informe favorable, del Ministerio Fiscal, para decidir sobre el establecimiento de la custodia compartida en caso de desacuerdo entre los progenitores, colisiona, con la regulación Constitucional de los Derechos Constitucionales, a la igualdad, - Art. 14 de la Constitución -, la prohibición de injerencias injustificadas de la autoridad pública, exenta de control jurisdiccional en la vida privada y familiar, - art. 18 - y a la tutela judicial efectiva, con arreglo al Art. 24 de nuestra norma fundamental; así como con el sistema de protección jurídica, de los intereses superiores de los niños - Art. 39 CE -, todo ello desde la perspectiva del ejercicio efectivo de la potestad jurisdiccional, cuya "exclusividad" se confía en el Art. 117.3 de la Constitución , únicamente a los jueces y tribunales, que integran el Poder Judicial en el Estado social y democrático de derecho, que conforma nuestra Constitución " .**

La expresada cuestión de inconstitucionalidad, fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional, mediante providencia de 19 de mayo de 2010 ( Cuestión de inconstitucionalidad 776-2010 ), y se halla pendiente de resolución por el AI Órgano constitucional.

Después de la promulgación de la expresada Ley Foral 3/2011 y finalizado su periodo de " vacatio legis ", de tres meses a partir de publicación de dicha Ley Foral, en el Boletín Oficial de Navarra de 28 de Marzo de 2011 , a que se refiere su Disposición Final 3ª, resulta de plena aplicación al supuesto conflictual que nos ocupa, el **Art. 3.2** , de la expresada Ley Foral : **" En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos " .**

Como se ve el Legislador Foral suprime, la exigencia del informe favorable, del Ministerio Fiscal, para decidir sobre el establecimiento de la custodia compartida en caso de desacuerdo entre los progenitores.

La primera cuestión, que debemos abordar en consecuencia, es la referente a la aplicabilidad de la Ley Foral 3/2011, como "Legislación civil aplicable" a la situación litigiosa que ahora nos ocupa.

A este respecto nos parece oportuno constatar que en el Dictamen del Consejo de Navarra 37/2010, de 29 de junio, sobre la Proposición de Ley Foral, entonces denominada " sobre custodia compartida ", se pronunció con absoluta claridad, primero sobre la competencia plena de la Comunidad Foral de Navarra, para regular la materia , y en segundo lugar , afirmó que no se invade la competencia exclusiva del Estado, sobre legislación procesal, en los términos del Artículo 149.1.6ª, de la Constitución Española .

Dictamina así el más alto Órgano consultivo de esta Comunidad Foral de Navarra :

### **II.3ª. La competencia de la Comunidad Foral de Navarra**

El contenido de la proposición de Ley Foral que examinamos se encuadra en la disciplina del Derecho de familia que forma parte del Derecho civil, sobre el que la Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva en virtud del artículo 48 de la LORAFNA, que dice así:

" *Artículo 48*

1. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral.
2. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral."

Por otra parte, el Estado tiene competencia exclusiva en los términos establecidos en el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española : "Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan".

Este texto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la expresión "derechos civiles, forales o especiales" incluye tanto los ordenamientos civiles particulares que subsisten en textos escritos como aquéllos otros no formalizados en textos legales y de carácter consuetudinario. "El amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos" ( STC 121/1992 de 28 septiembre , F 1).

Siendo indiscutible la competencia de la Comunidad Foral de Navarra sobre su propio Derecho civil foral, sólo queda dilucidar si la ordenación de las relaciones **familiares** contenida en la proposición de Ley Foral que examinamos puede considerarse como Derecho foral o si, por el contrario, constituye una invasión de la competencia exclusiva del Estado sobre el Derecho civil, pues, como bien ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 88/1993, de 12 de marzo, la salvedad prevista por el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española no significa que se reconozca a las Comunidades Autónomas "una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*", que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE y no encontraría amparo en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar. En efecto, el desarrollo del Derecho civil foral "no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos ( art. 137 CE ) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios".

La proposición de Ley Foral sobre Custodia Compartida se refiere o afecta a uno de los aspectos del Derecho civil sobre los que ha existido en el pasado y sigue existiendo en la actualidad normativa propia de Navarra. Dentro del libro I ("De las personas y de la familia") de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, se contienen una serie de títulos y leyes que desarrollan la materia que constituye el objeto de la mencionada proposición de Ley Foral. No sólo se regulan las relaciones económicas o régimen de bienes en el matrimonio, sino que se contemplan también las relaciones personales de los padres con los hijos, dentro del título V que tiene como rúbrica "De la patria potestad y de la filiación".

Ciertamente, la proposición de Ley Foral introduce modificaciones en el régimen de relaciones **familiares** que son novedad y se separan de los contenidos que tradicionalmente ha tenido el Derecho navarro de familia, pero ello no es obstáculo que limite las facultades de actualización y desarrollo que ostenta el Parlamento de Navarra porque, como dice el Tribunal Constitucional, "el concepto constitucional ( art. 149.1.8)... de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece -según indicamos en el fundamento jurídico 1.º- aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales" ( STC núm. 88/1993 de 12 marzo, FJ 3).

La sentencia citada se pronunciaba sobre la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y, a pesar de que la adopción no había sido previamente regulada por el Derecho aragonés (la parte recurrente subrayó "la ausencia de toda norma sobre la adopción en los textos legales sobre Derecho foral aragonés"), el Tribunal Constitucional estimó que esta ley "no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho **familiar** y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto «de las relaciones entre ascendientes y descendientes» (Título II del Libro Primero), como «de las relaciones parentales y tutelares» (título II del mismo libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «Derecho de sucesión por causa de muerte» (Libro II), regulaciones, unas y otras en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa esta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente".

***A la vista del artículo 48 de la LORAFNA y de la doctrina constitucional reseñada, no ofrece duda alguna la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para regular una institución o unas relaciones familiares que están expresa y directamente contempladas en el Fuero Nuevo.***

En este sentido, la STC 236/2000, de 16 de octubre, en la que se discutía en recurso de amparo la posible infracción del principio de igualdad derivada de la aplicación de una norma reguladora de relaciones

paterno filiales en el Derecho civil de Navarra, afirma en su fundamento 2 que "ha de tenerse presente que el art. 149.1.8 CE , al configurar una «garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política» de las Comunidades Autónomas donde exista un Derecho civil propio, foral o especial ( STC 88/1993, de 12 de marzo ),y atribuir a éstas la competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, ha admitido que entre los diferentes Derechos civiles coexistentes en España pueden surgir conflictos o contradicciones normativas respecto a una misma materia, pues en el mismo precepto ha reservado al Estado la competencia exclusiva para dictar «las normas que resuelvan los conflictos de leyes»".

Por otra parte, las materias reguladas en la proposición de Ley Foral no están comprendidas en ninguna de las salvedades que, a favor de la competencia exclusiva del Estado, se contienen en el citado artículo 149.1.8ª de la Constitución Española : "En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial". En particular, la proposición de Ley Foral objeto del dictamen no versa sobre relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, pese a que la regulación se enmarca dentro de los procesos de separación y disolución matrimonial.

En fin, ***tampoco se invade la competencia exclusiva del Estado sobre "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas" ( artículo 149.1.6ª de la Constitución Española ). A pesar de que la proposición de Ley Foral contiene varias referencias a la intervención del Juez y a la adopción por parte de éste de medidas judiciales y medidas provisionales, así como una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil en las disposiciones adicionales 2ª y 3ª, ello no implica innovación alguna en las normas reguladoras del proceso, sino que se limita a establecer la articulación que necesariamente han de tener dentro de dicho proceso las especialidades sustantivas que, en ejercicio de la competencia foral, se prevén en la proposición de Ley Foral.***

El propio Tribunal Constitucional, en la ya citada STC 236/2000, de 16 de octubre , a propósito de una demanda de amparo por una supuesta infracción del principio de igualdad denunciada por un reclamante de paternidad a quien, en virtud de la legislación foral de Navarra, se le negó legitimación procesal activa que sí habría tenido en caso de aplicar las reglas del Código Civil, afirmó que "la aplicación del Derecho civil foral de Navarra es consecuencia de una previsión del legislador, en ejercicio de la competencia que el citado art. 149.1.8 CE le atribuye y en la que goza de una amplia libertad de configuración legal, más allá de los límites que en esta materia se derivan de la Constitución".

Por lo que respecta a las medidas judiciales en defecto de pacto de relaciones **familiares**, la proposición de Ley Foral se limita a determinar que pueden ser solicitadas por los progenitores y que serán adoptadas por el Juez. En definitiva, no se hace más que mencionar en el texto determinadas facultades que están ya previstas por la legislación y que no podrían no estarlo en la medida en que son necesaria consecuencia del principio de tutela judicial efectiva: la capacidad de acudir al Juez y de que éste adopte las medidas solicitadas en cumplimiento de la legislación sustantiva que, ésta sí, es competencia de la Comunidad Foral. Algo similar puede decirse de las remisiones a la Ley de Enjuiciamiento Civil contenidas en las disposiciones adicionales segunda y tercera , que no hacen sino invocar normas que por sí mismas son aplicables sin que se les añada nuevo.

En términos generales puede afirmarse que las referencias al proceso que se contienen en la proposición de Ley Foral se encuentran dentro de los límites que ha trazado la doctrina del Tribunal Constitucional a la intervención de las Comunidades Autónomas y que se encuentran reflejados en el fundamento 2 de la STC 135/2006, de 27 abril :

"(...) comenzando por el de legislación procesal ( art. 149.1.6ª CE ), baste recordar la síntesis de la consolidada doctrina que este Tribunal ha establecido al respecto y que se contiene en la STC 47/2004, de 25 de marzo . En dicha resolución pusimos de relieve la concurrencia de las siguientes pautas: «en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales ( SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, F. 20 ; 83/1986, de 26 de junio, F. 2 ; 173/1998, de 23 de julio , F. 16 c)]; en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6ª CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo

que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6ª CE, sino que, como indica la expresión "necesarias especialidades" del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas ( SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, F. 20 ; 83/1986, de 26 de junio, F. 2 ; 121/1992, de 28 de septiembre ; F. 4; 127/1999, de 1 de julio , F. 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas "necesarias especialidades" ( STC 127/1999, de 1 de julio , F. 5)» (F. 4)."

Como se ve, el Órgano Consultivo de esta Comunidad Foral, no encuentra objeciones, ni el plano del derecho sustantivo, ni en el procesal, para el establecimiento de una regulación específica, propia de esta Comunidad Foral, en la materia de custodia compartida. Discrepante, con la establecida en el Derecho Común, y que motivó nuestro planteamiento, de la antedicha cuestión de inconstitucionalidad. Y no nos consta, que por sujeto legitimado, se haya promovido ante el Tribunal Constitucional, o un recurso de inconstitucionalidad, o en su caso un conflicto de competencia, entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, en relación con la expresada Ley Foral 3 /2011 .

***Entendemos por tanto aplicable al supuesto litigioso, que ahora nos ocupa, la expresada Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres .***

Avanzando en nuestro análisis, debemos pronunciarnos, con carácter decisorio sobre la idoneidad o inidoneidad del sistema de custodia compartida propuesta por el demandante de modificación de medidas, Don. Celso para la mejor protección del superior interés de la pequeña Julieta , lo que requiere con carácter previo la ***constatación del actual estado de situación, tan Legislativo como Jurisprudencial , sobre idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores.***

El dictamen de la Comisión de Presidencia, Justicia e Interior, del Parlamento de Navarra, sobre la " proposición de Ley Foral sobre custodia compartida (7-10/PRO-00014) ", presentada por la A.P.F. de Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua, aprobado en las reuniones de la Comisión de la Cámara Legislativa Foral, celebradas los días 24 de febrero y 2 de marzo de 2011, modificó de un modo radical la consideración de la cuestión, con relación a la proposición de Ley; en el señalado dictamen, se constataba que en la exposición de motivos que figuraba en la proposición de Ley Foral, se indicaba " La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal ".

Pero contrariamente a lo que constituía el diseño de la proposición de Ley Foral y así se ha acogido normativamente, tanto en la Ley 2/2010 de 26 de mayo de las Cortes de Aragón, como en la Ley 25/2010 de 29 de julio del Parlamento de Cataluña, en la que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia; el Parlamento de Navarra, dejó de considerar , al aprobar la Ley Foral 3/2011, como opción preferente la custodia compartida, en cuanto sistema de realización práctica de las funciones de guarda inherentes a la patria potestad, en caso de ruptura matrimonial, o crisis convivencial entre los progenitores de las personas menores de edad o discapacitadas cuando en la resolución jurisdiccional relativa a su autovalimiento, comprenda la determinación de que estas personas no se hallan en condiciones de aptitud para regir con autonomía su persona y bienes. Y así en el dictamen de la Comisión, se alude a que "La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal " . Pero en lugar de instaurarse como opción preferente la misma en el Art. 1.2 se establece : **"La finalidad de la Ley Foral es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar".**

Para regularse en el Art. 3 un sistema generalista de aplicación de medidas con relación a la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, en el caso de ruptura de la convivencia, que desde luego no



acoge la redacción en la Proposición de Ley Foral , de su número 2, en el que se "sugería" al Juez, la adopción como medida preferente de guarda en defecto de acuerdo entre los progenitores "la custodia compartida " .

En la nueva regulación, se determina :

### Artículo 3. Guarda y custodia de los hijos

1. En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

2. En el caso de que la solicitud se realice por uno solo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

3. El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores:

a) La edad de los hijos.

b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.

c) El arraigo social y **familiar** de los hijos.

d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.

f) Las posibilidades de conciliación de la vida **familiar** y laboral de los padres.

g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos los hayan justificado.

h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. En cualquier caso, **la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos** .

5. Si decide la **custodia compartida, el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad** .

6. Si decide la custodia individual, el Juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

7. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

8. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.

b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.

Por tanto, el criterio determinante esencial, para establecer un concreto sistema de guarda y custodia, evoca la prevalencia del **interés superior de los hijos, que debe ser respetado e implementado en cada supuesto en concreto**, con los asesoramientos especializados requeridos y tomando en consideración la opinión de la persona menor de edad, como hemos hecho en este caso, explorando con la asistencia de la psicóloga Sra. Felicidad, a la pequeña Julieta, el pasado 25 de enero y ha de procurar **la igualdad de los progenitores**. Por cierto, tal y como acontecía en la situación normativa previa a la entrada en vigor de la Ley Foral 3/2011.

Ha desaparecido el por denominarlo "óbice procedimental", que con arreglo al Art. 92. 8 del Código Civil, nos impedía establecer en un caso como el de la pequeña Julieta, un sistema de custodia compartida.

Por ello para decidir sobre esta cuestión, poseen plena e incondicionada vigencia, los criterios jurisprudenciales, ya fijados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, como orientadores del establecimiento de una decisión constitutiva, de un sistema de guarda y custodia compartida, en el caso de disenso, entre los progenitores de la persona menor de edad concernida. Doctrina jurisprudencial, en la que se da cumplida respuesta, a la cuestión que ahora ocupa nuestra labor resolutoria, es decir la referente idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores.

La Sala 1ª del Tribunal, se ha pronunciado en el sentido de que no se puede establecer un pronunciamiento general, sobre la indicada idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, dependerá su implementación en concreto, del resultado de la actividad valorativa jurisdiccional, en relación con los medios probatorios practicados a lo largo del proceso, en los casos de disputa sobre si es o no conveniente la guarda compartida en cada caso concreto.

Y así nos parece especialmente relevante, el criterio jurisprudencial establecido a este respecto, en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 13 de octubre pasado (JUR \2011\350415), cuando argumenta sobre la insusceptibilidad de apreciación de interés casacional, en la materia relativa a la expresada idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores.

Dicen así los Fundamentos de Derecho 3º y 4º, de la indicada Sentencia :

"... TERCERO.- El recurso de casación se plantea aparentemente en un único motivo, con diversos apartados y se formula por presentar, según el recurrente, interés casacional. Se van a examinar conjuntamente los submotivos.

El primer submotivo se identifica en el apartado A) y se fundamenta en el art. 477.2, 3 LEC, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación al art 92.1 y 8 CC, en lo que afecta a la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia recurrida y la jurisprudencia contradictoria que se invoca. La argumentación se centra en la comparación de las decisiones de las Audiencias Provinciales en tres puntos: 1º) la compatibilidad o no del sistema de guarda compartida con el ordenamiento jurídico español, con cita de dos sentencias de la AP de Madrid que entienden que la guarda compartida es incompatible con el ordenamiento jurídico; 2º) sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, y 3º) sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

El segundo submotivo se identifica en el apartado B), que se formula con fundamento en el art. 477, 2, 3 LEC por tratarse de una norma de menos de cinco años de vigencia. En un tercer submotivo, dice el recurrente que en el caso presente, la denegación de la guarda compartida se funda en unos informes desfasados, que podían ser aptos en las circunstancias y tiempo en que se emitieron, pero no se pueden extrapolar a otro momento. Dice que en el informe de 2005 se afirma que el clima de conflicto entre los progenitores no favorece al menor, cuando hay sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona que dicen que este tipo de guarda favorece la comunicación. Aun en el caso de que el informe fuera contrario a la guarda y custodia, el juez puede adoptar la decisión que considere más conveniente y resumiendo, entiende que existe una clara contradicción entre la sentencia que se recurre y las que aporta como elemento de comparación de modo que

la recurrida entra en contradicción con ellas en lo referente a la guarda compartida, por lo que al no acordarla ocasiona un perjuicio al menor y dicha contradicción significa que deba estimarse el recurso.

Los tres submotivos se desestiman.

CUARTO.- En primer lugar debe recordarse aquí en qué consiste el interés casacional cuando se alega por existencia de sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales.

1º. El ATS de 12/07/2011 (PROV 2011, 263292), en recurso 2200/2010 dice: " por lo que respecta a la invocación de interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la segunda alegación [...], se aprecia que el recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional ( art. 483.2 , 3º, inciso segundo, de la LEC 2000 ).

Conviene también recordar que aquí el " interés casacional " consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye el presupuesto para el recurso), por lo que es obvio que ese conflicto jurídico debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un " interés casacional " que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y por lo que respecta a la invocación de interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la segunda alegación [...], se aprecia que el recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional ( art. 483.2 , 3º, inciso segundo, de la LEC 2000 ) .O como afirman otros AATS, que se citan a continuación, "lo que constituye «interés casacional» no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales, que ha dado lugar a esa «jurisprudencia contradictoria» que el legislador trata de evitar[...]" ( AATS 6 , 13, 20 ( PROV 2002, 688) y 27 noviembre y 4 y 18 diciembre 2001 ( PROV 2002, 23918) , entre otros muchos).

2º Como ya se ha dicho en la STS 578/2011, de 20 julio ( RJ 2011, 5438), resulta complejo determinar la contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en materia de guarda y custodia compartida cuando, en realidad, éstas están resolviendo sobre el punto concreto planteado y en relación con los informes aportados en los casos de disputa sobre si es o no conveniente la guarda compartida en cada caso concreto. Deciden sobre situaciones fácticas y, por consiguiente, no existe el previo antagonismo a que antes nos referíamos. Las resoluciones no pueden utilizarse como elementos de comparación, por resolver cuestiones de hecho.

3º Dicho lo anterior, debe concluirse que el recurrente no ha demostrado la existencia de contradicción entre las sentencias aportadas, lo que hace ya inadmisibile el recurso de casación " .

Respecto a la manida **"excepcionalidad" del establecimiento de un sistema de "custodia compartida"** , nos parece especialmente lúcida, la argumentación que se contiene en el Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011 (RJ\2011\5676) :

" ... En el motivo se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art 92.8 CC , por aplicación indebida del mismo, así como por derivación de los Arts. 93 , 94 y 96 CC , por cuanto existe una íntima relación de estos con el resto de las medidas adoptadas en la sentencia, respecto a la atribución del domicilio conyugal, la limitación temporal del mismo y la cuantía de los alimentos. Dice el recurrente que se niega la guarda y custodia compartida porque entre los progenitores existe una mala relación y que a juicio del recurrente resulta excepcionada por la norma alegada, que queda vacía de contenido. La Audiencia Provincial concluye que la mala relación entre los cónyuges excluye la posibilidad de guarda y custodia compartida, con lo que está excluyendo la aplicación del art. 92.8 CC . **Se hace necesario fijar la doctrina jurisprudencial en este punto al objeto de precisar de forma objetiva qué causas son las "excepcionales" a que se refiere el art. 92.8 CC , dada la inexistencia de criterios en la aplicación de los presupuestos derivados de la excepcionalidad prevista en el art. 92.8 CC , porque la sentencia recurrida equipara malas relaciones entre cónyuges como imposibilidad de guarda y custodia compartida.**

El motivo se desestima.

**El texto actualmente vigente del Art. 92.8 CC** , redactado por ley 15/2005, **admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores** . La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del ministerio

fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor".

**La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.**

Las situaciones que prevé el art. 92 CC son:

1º Acuerdo de los padres: art. 92.5 CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el Art. 92.6 CC.

2º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 CC y ello con las garantías que se establecen en el propio Art. 92 CC para proteger dicho interés.

Relevante precisión sin duda, la que ha establecido recientemente la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la "excepcionalidad" de la guarda y custodia compartida, como forma de protección de los menores, cuando entre ellos exista disenso, no viene determinada, porque **solo con el establecimiento de esta forma de protección de las personas menores de edad, se protege adecuadamente su interés superior**; sino que tal repetimos "excepcionalidad", **se configura por la referencia a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que deba apreciarse la existencia de circunstancias específicas para acordarla.**

Argumentándose, en el Fundamento de Derecho 4º, de la Sentencia que se acaba de reseñar -de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011 -, con relación al criterio nuclear, fijado por la Juzgadora "a quo", para denegar el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida ("las partes no tienen una comunicación adecuada...", "existen enfrentamientos entre los progenitores...") y la específica mención que se contiene en el cuarto párrafo del Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia ahora recurrida en apelación, que "Uno de los requisitos para conceder la guarda y custodia compartida es que es necesario que exista una fluidez en la relación entre los progenitores...":

"...En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTS, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311)) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

**De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.**

Resulta prevalente, por tanto para decidir sobre el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida, la determinación jurisdiccional, que mediante al establecimiento de este sistema, se está satisfaciendo el prevalente "interés del menor".

Y así como de modo recopilatorio se argumenta en el Fundamento de Derecho 7º de la Sentencia de dicha Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 (RJ\2011\5008):

**"... Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa "el interés del menor", que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.**

La STS 623/2009, que anuló la anterior de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban "criterios tales como:

**la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;**

**los deseos manifestados por los menores competentes;**

**el número de hijos;**

**el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales;**

**el resultado de los informes exigidos legalmente,**

**y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"**

Añadiéndose en el precedente decisorio del Alto Tribunal, que ahora consideramos :

"... Estos criterios se utilizan también en las SSTS de 10 ( RJ 2010, 2329) y 11 marzo 2010 ( RJ 2010, 2340).

**Por ello la interpretación del Art. 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea "**

Actualizando la indicación orientativa del criterio resolutorio que ha de ser observado, que se contiene, como hemos visto, específicamente, en el Fundamento de Derecho tercero de la precitada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011 ante el disenso entre los padres de la pequeña Julieta en la guarda compartida, el Tribunal puede reconocer este tipo de guarda, siempre que con esta atribución se proteja el interés de la pequeña Julieta y tal establecimiento ha de estar fijado con las garantías establecidas en la preceptiva civil sustantiva de aplicación, para proteger dicho interés. Considerando específicamente, que la decisión que en definitiva se adopte, ha de permitir en este caso a la pequeña Julieta llevar una vida adecuada, en una convivencia, que tal y como se establece en la sentencia también antes citada de 7 de julio de 2011 de la Sala Primera del Tribunal Supremo "forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

En este caso, tenemos que, tal y como se ha podido valorar por este Tribunal, específicamente, en virtud de la exploración llevada a efecto el pasado 25 de enero de la pequeña Julieta , y los datos que a este respecto, se pueden obtener, de los dos informes psicológicos practicados a lo largo del presente proceso. Y del informe social elaborado por la trabajadora social Doña. Justa ; en la actual situación, de la pequeña Julieta , ella se halla perfectamente integrada, en el grupo **familiar** complejo, con el que mantiene la convivencia. Y así en el "test de la familia", elaborado, por indicación de la psicóloga Sra. Felicidad , dibuja a sus padres y a ella misma, también a la esposa de su padre, y al novio de su madre. La pequeña Julieta , proyecta una adecuada valoración de ambos progenitores, sin que los elementos considerados en dicho informe psicológico, del los que se deduce, que la pequeña Julieta tiene una mayor confianza con su madre para contarle sus problemas; no inciden especialmente, en la proyección expresada de una adecuada valoración de ambos progenitores.

Asimismo, en la actualidad, se puede percibir una adecuada autovalorización propia de la pequeña Julieta , quien vive ajustada a la realidad vivencial que experimenta, presenta una adecuada adaptación personal escolar social y **familiar**. Y su estado evolutivo de madurez es totalmente adecuado.

Desde la perspectiva de los estilos educativos de los padres, la pequeña Julieta , percibe como satisfactorio el de su padre y como muy satisfactorio el de su madre.

La pequeña Julieta , exterioriza una imagen positiva de todo su grupo **familiar**, sintiéndose querida por todos sus miembros.

Desde una perspectiva que pudiéramos considerar más "material", tal y como se desprende del informe social, elaborado por la trabajadora social Doña. Justa , la pequeña Julieta , dispone de habitación propia, perfectamente equipada, tanto en la vivienda ubicada en Gorraiz, donde en la actualidad vive junto a su madre; como en la vivienda ubicada en Mutilva Alta, donde desempeña el régimen de visita, con su padre.

Pudimos percibir, en la exploración, que la pequeña Julieta , se encuentra perfectamente adaptada y habituada, a los traslados entre ambas viviendas, en desempeño del régimen de visita por el momento vigente.

En los informes psicológicos, tanto de la psicóloga Doña. Ana , como de la psicóloga Sra. Felicidad , los elementos esenciales, que se consideran para no "recomendar", una custodia compartida, hacen referencia a la existencia de "un conflicto interparental cronificado en el tiempo"; "escaso o nula comunicación entre los padres con respecto a las cuestiones de su hija con necesidad de recurrir a los abogados" y "el planteamiento a la niña de un conflicto de lealtades respecto a ambos padres...", (producido) "...por la situación actual de confrontación constante entre los progenitores, por cuestiones relacionadas con la menor..." (fragmento este último del informe de la psicóloga forense Sra. Ana , en su formato escrito que puede consultarse al folio 254 de las actuaciones).

Pero, recordando, los criterios jurisprudenciales que antes se han reseñado, en el pronunciamiento relativo a que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes para determinar la guarda y custodia compartida. "Sólo se convierten en relevantes cuanto afecten perjudicándolo, el interés del menor..." (del Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011 ), tenemos, que las relaciones entre los cónyuges, no afectan perjudicialmente, al menos con la entidad necesaria para impedir el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida, al interés de la pequeña Julieta . No se puede olvidar, que la que pudiéramos denominar "fase álgida...", de la confrontación, quedó superada, después de la suscripción del Acuerdo de 21 de noviembre de 2007, entre las personas aquí en litigio. En la exploración a nuestra presencia, la pequeña Julieta , no exteriorizó, ningún tipo de actitud de preocupación relevante, por razón de las situaciones de conflicto que hubieran podido darse entre sus padres. Y por el contrario, expresó su deseo, de mantener una más intensa relación, con su padre, respecto del cual, ha venido manteniendo exclusivamente un régimen de visita.

La consideración que se establece, en el informe en su formato escrito por la psicóloga Sra. Felicidad , relativa, a que en este caso no se considera recomendable la custodia compartida porque "la menor mantiene una vinculación afectiva con ambos padres pero un mayor grado de confianza con la madre", ciertamente no se considera relevante, para excluir, en base a esta específica consideración, el establecimiento del sistema propuesto de custodia compartida; para nada se puede desdeñar, para la expresión de ese sentimiento por parte de la pequeña Julieta , ante la Sra. psicóloga, cuando explicó que "me comprende mejor y me escucha", que la entidad e intensidad de la relación convivencial, de la pequeña Julieta con su madre, es comprobadamente mucho más extensa e intensa que con su padre, dado el sistema de atribución de guarda a aquélla y el reconocimiento a éste de un régimen de visita.

Valorando los anteriores criterios indicativos, puntualmente reseñados, para determinar el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida, tenemos que:

1.- La práctica anterior tanto del padre como de la madre, en orden al establecimiento de decisiones ciertamente vitales, para la evolución en su integridad personal, **familiar** y social, de la pequeña Julieta , se revela como perfectamente colaboradora y escrupulosamente atenta, a la satisfacción por parte de ambos cónyuges, de su superior interés. En extremos claves, como lo es el relativo, a la determinación y seguimiento por ambos progenitores, de su escolarización y evolución en sus estudios. En ningún aspecto vital esencial, ni accesorio relativo a la estabilidad emocional de la pequeña Julieta , las confrontaciones, que han podido existir entre ambos progenitores, han incidido negativamente, en el expresado aspecto evolutivo y de adaptación personal escolar social y **familiar** de la pequeña Julieta . Y así ha quedado justificado, en virtud de los informes psicológicos, incorporados a las actuaciones.

2.- No podemos desdeñar, que a nuestra presencia, la pequeña Julieta , exteriorizó su sentimiento en orden a intensificar, la relación convivencial con su padre.

3.- Tanto el padre como la madre, dispensan, en el ámbito material y personal; en lo que cuentan con la colaboración, de su familia tanto próxima como extensa, un adecuado apoyo, a las necesidades, personales, afectivas, educacionales, y en general, fomentadoras de un adecuado desarrollo personal, **familiar** y social, de la pequeña Julieta .

Así configurados los elementos que justifican, nuestra valoración, sobre el prevalente interés de la pequeña Julieta , entendemos que el sistema de guarda y custodia compartida, solicitado por Don. Celso , en este proceso de modificación de medidas, satisface adecuadamente, el expresado interés superior de la pequeña Julieta .

**TERCERO.-** En orden a la determinación del contenido propio de la presente decisión de modificación de medidas, teniendo en cuenta, que las mismas, tal y como hemos expresado precedentemente, no están sometidas a la disponibilidad de las personas aquí en litigio, estableceremos las siguientes decisiones.

En cuanto a las relativas a la titularidad y ejercicio de la patria potestad por su padre y su madre sobre la hija común Julieta , determinaremos que la misma será compartida por ambos progenitores de modo efectivo, y así, todas las decisiones de relevancia en materia de educación y sanidad, han de ser adoptadas por ambos conjuntamente salvo en casos de urgencia.

En cuanto a la determinación de los períodos, durante los cuales, cada uno de los progenitores, ha de relacionarse, cuidar y traer en su compañía, a su hija Julieta , los fijaremos en el Fallo de la presente resolución.

La hija Julieta , tendrá como domicilio el de su padre Sr. Celso cuando se encuentre con él y el de su madre la Sra. Santiago cuando se encuentre con ella.

Don. Celso y Doña. Santiago , contribuirán al sostenimiento de las cargas familiares y alimentos de su hija Julieta , haciéndose cargo cada uno de ellos de todas sus necesidades, durante los períodos en que esté en su compañía.

Esta decisión comporta, que quede sin efecto, la obligación de pago, por parte Don. Celso , de la cantidad actualizada que en concepto de pensión alimenticia, fue fijada, en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de esta ciudad, con fecha 9 de junio de 2004 . Y confirmada en cuanto a su continuación, en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Aoiz con fecha 24 de noviembre de 2005 .

Por razón del contenido propio, en el aspecto económico, de la custodia compartida que se va a establecer, no ha de ser determinado un régimen específico en materia de gastos extraordinarios. Cuando surjan necesidades diversas a las alimenticias en sentido estricto y habitacionales, no coincidentes cronológicamente, con los períodos de tiempo en que la pequeña Julieta esté en compañía de su padre o de su madre, a título ejemplificativo, las relativas a gastos educacionales, actividades extraescolares, viajes en el ámbito escolar, etc... El Padre y la madre, habrán de ponerse de acuerdo, acerca del modo de afrontar económicamente las mismas. En caso de disenso, y a falta de una decisión mediada, será precisa la intervención jurisdiccional. Existiendo la opción, de constituir, una cuenta, en la que se ingrese periódicamente, una suma proporcionada, para atender estas necesidades contempladas en un sentido amplio.

Tomando en consideración, cuanto antes se ha argumentado en el precedente Fundamento, no procede atender la solicitud de la parte promovente de la modificación de medidas, en el sentido de que se "extinga", el derecho al uso de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal, ubicada en Gorraiz, atribuido a la Sra. Santiago . En efecto, uno de los criterios, en los que hemos basado nuestra decisión, es el relativo a la disponibilidad, en el actual domicilio de sus dos progenitores, por parte de la pequeña Julieta , de un entorno habitacional perfectamente adecuado. Si esta disponibilidad, se quiebra, por razón de modificación del sistema de atribución del uso de la vivienda conyugal, a la Sra. Santiago , desaparecería uno de los elementos ciertamente trascendentes, para determinar, el establecimiento del sistema de guarda y custodia compartida que ahora verificamos.

**CUARTO.-** Por las razones expuestas, el recurso examinado ha de ser parcialmente estimado, la sentencia de instancia ha de ser revocada. Y en el fallo de la presente resolución, estableceremos, las determinaciones oportunas para la efectividad del sistema de guarda y custodia compartida, que configuramos en esta resolución.

De conformidad con lo establecido en el número 2 del art. 398 de la LEC ., no procede verificar especial imposición de las costas causadas en la tramitación del presente recurso de apelación.

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

### III.- F A L L O

ESTIMANDO PARCIALMENTE, el recurso de apelación, sostenido ante este Tribunal por la Procuradora Sra. ANA ECHARTE VIDAL, en representación Don. Celso , frente a la sentencia de fecha 18 de junio de 2009 , dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Aoiz en los autos de proceso sobre modificación de medidas nº 698/2008, DEBEMOS REVOCAR, la sentencia recurrida. Y en su lugar, ESTIMANDO PARCIALMENTE, la demanda de modificación de medidas, establecidas en la sentencia

dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de esta ciudad, con fecha 9 de junio de 2004 ; ratificadas en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Aoiz con fecha 24 de noviembre de 2005 :

A.- ACORDAMOS, como medidas relativas a la realización práctica de la guarda y custodia, de la pequeña Julieta , las siguientes:

1.- El ejercicio de la patria potestad, Don. Celso y de Doña. Santiago , sobre su hija Julieta , nacida el 22 de septiembre de 2000, se configura con carácter COMÚN, y así la guarda y custodia, inherente al ejercicio de la expresada patria potestad, será COMPARTIDA, por ambos progenitores de modo efectivo, de forma que todas las decisiones relevantes en materia de educación y sanidad, han de ser adoptadas por ambos progenitores conjuntamente, salvo en casos de urgencia.

2.- Ambos progenitores, tiene que relacionarse, han de cuidar y han de tener en su compañía, a su hija común Julieta , en los domicilios, donde actualmente residen, respectivamente ubicados en las localidades de Gorraiz ( Doña. Santiago ) y Mutilva Alta ( Don. Celso ), durante los períodos que a continuación se detallan:

a) Cada progenitor permanecerá, en las viviendas expresadas, una semana alterna con su hija Julieta , desde el lunes a la salida del colegio, hasta el lunes de la siguiente semana en que la llevará al colegio por la mañana. Julieta permanecerá en compañía del progenitor que no le tenga en su compañía el miércoles de la semana correspondiente, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas.

b) En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, los progenitores estarán en compañía de su hija Julieta , alternando por años, uno de los siguientes períodos: desde el primer día no lectivo, a las 10:00 horas, hasta el día 31 de diciembre, a las 10:00 horas; y desde el día 31 de diciembre, a las 10:00 horas, hasta la víspera de la reanudación del curso escolar, a las 20:00 horas.

El Sr. Celso , tendrá en su compañía a Julieta , durante el primer período cuando el inicio de las vacaciones de Navidad se corresponda con un año cuya última cifra sea par; y durante el segundo período, cuando se trate de un año cuya última cifra sea impar.

c) En lo que respecta a las vacaciones escolares de Semana Santa, los progenitores estarán en compañía de Julieta alternando por años, uno de los siguientes períodos: desde el miércoles Santo a las 20:00 horas, hasta el lunes de Pascua, a las 20:00 horas; y desde el martes de Pascua a las 10:00 horas, hasta el domingo siguiente víspera de reanudación del curso escolar, a las 20:00 horas.

El Sr. Celso , tendrá en su compañía a la hija común durante el primer período cuando el inicio de las vacaciones de Semana Santa se corresponda con un año cuya última cifra sea par; y durante el segundo período cuando se trate de un año cuya última cifra sea impar.

d) En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los progenitores estarán en compañía de Julieta durante el mes de julio o el mes de agosto.

El padre Sr. Celso , concretará el mes elegido, los años cuya última cifra sea impar y la madre los años cuya última cifra sea par; comunicando el progenitor al que corresponda la elección, antes del día 30 de mayo de cada año, al otro progenitor el mes elegido.

Durante los períodos de verano antes señalados, en que la hija Julieta permanezca con un progenitor en su domicilio, el otro progenitor podrá estar en compañía de los hijos comunes un fin de semana, desde el viernes a las 20:00 horas, hasta el domingo a las 20:00 horas, debiendo comunicar con siete días de antelación al otro progenitor que tenga consigo a Julieta su voluntad de ejercer esta facultad, así como el fin de semana elegido.

3.- Julieta tendrá como domicilio el de su padre, cuando se encuentra con él y el de su madre, cuando se encuentre con ella.

4.- Doña. Santiago y Don. Celso , contribuirán, a los alimentos en sentido estricto, y a las necesidades habitacionales, de su hija Julieta , haciéndose cargo, de todas las atenciones vinculadas a los conceptos que se acaban de expresar, durante los períodos en los que Julieta esté en su compañía.

Por lo que respecta a los restantes gastos, ha de estarse a lo determinado en el Fundamento de Derecho tercero de la presente resolución.

B.- Queda sin efecto, la obligación de pago, atribuida Don. Celso , de la suma de la pensión actualizada, como contribución al sostenimiento de la hija común, fijada en las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de esta ciudad con fecha 9 de junio de 2004 . Ratificada, en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Aoiz con fecha 24 de noviembre de 2005 .





C.- Se desestiman el resto de pretensiones formuladas por el demandante de modificación de medidas, que no son expresamente acogidas en esta sentencia.

No procede verificar especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias. De modo que cada una de las partes soportará las costas causadas a su iniciativa en las respectivas instancias, siendo las comunes por mitad.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banesto, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ