



T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE
ZARAGOZA

SENTENCIA: 00017/2015

Recurso de Casación núm. 3 de 2015

S E N T E N C I A N U M . D I E C I S I E T E

Excmo. Sr. Presidente /
D. /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. /
D. /
D^a. /
D. /

En Zaragoza, a veintiocho de mayo dos mil quince.

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 3/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 5 de noviembre de 2014, en el rollo de apelación número 83/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 235/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, _____, representado por la Procuradora de los Tribunales _____ y dirigido por el Letrado _____, y como parte recurrida _____, representada por la Procuradora de los Tribunales _____ y dirigida por la Letrada _____, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales , actuando en nombre y representación de , presentó demanda de Modificación de Medidas contra en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procediesen, se dictase sentencia por la que “se acuerde la modificación de las medidas establecidas en los términos solicitados en el expositivo del presente, con expresa condena en costas a la contraparte en cuanto se opusiera al presente.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda.

Dentro de plazo concedido a la parte demandada, compareció el Ministerio Fiscal y , haciéndolo en su nombre la Procuradora de los Tribunales , contestando a la demanda planteada de contrario, oponiéndose a la misma, y suplicando se dictase sentencia por la que, “con desestimación íntegra de la demanda, se absuelva a la demandada de las pretensiones ejercitadas de contrario, con expresa condena en costas de la parte actora.”

Formuló además reconvencción, con base en los hechos y fundamentos que expresó en su escrito, y terminó suplicando “se estime la presente demanda reconvenccional de modificación de medidas paterno-filiales y económicas, acordándose las siguientes medidas:

- A) La guarda y custodia del menor se atribuya a la madre.
- B) Que se fije un régimen de visitas a favor del padre, teniendo en cuenta la situación generada por motivos laborales de la madre.
- C) Que la patria potestad permanezca compartida por ambos progenitores.
- D) Como contribución del padre a los alimentos del hijo, se ha de fijar en cantidad de Quinientos Euros mensuales, con efectos desde el mes de septiembre de 2013.

E) Cada progenitor ha fijado su residencia de forma independiente, siendo el domicilio de la madre _____, el establecido por motivos laborales en Barcelona.

F) Condena en costas a la demandada si se opusiere a la presente demanda.”

Conferido el traslado oportuno, contestaron al mismo tanto el Ministerio Fiscal como el actor, oponiéndose a la reconvenición presentada y solicitando éste último que, previo los trámites legales y el recibimiento del pleito a prueba, “se dicte sentencia por la que se rechace de plano lo solicitado de contrario, con expresa condena en costas a la contraparte en cuanto se opusiera al presente.”

Por otrosi, solicitó medidas cautelares.

TERCERO.- Tramita conforme a derecho y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, se dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo: Que debo declarar y declaro que los efectos de la ruptura de la convivencia de _____ y

_____ regulados en la Sentencia de este Juzgado 123/2013, pronunciada en autos de guarda y custodia y alimentos de hijos menores 63/2013, pasan a regirse en lo sucesivo por los siguientes pronunciamientos:

1. corresponde la autoridad familiar sobre _____, mientras dure su minoría de edad y no emancipación, conjuntamente a sus padres _____ y _____, siendo el ejercicio de su custodia compartida por ambos, con quienes convivirá del siguiente modo:

- Con su padre desde las 20:00 horas del miércoles, hasta las 11:00 horas del domingo.

- Con su madre desde las 11:00 horas del domingo, hasta las 20:00 horas del miércoles, condicionado a que durante dichos periodos la progenitora resida en _____ (Teruel) o localidad próxima que garantice la escolarización del menor en _____ (Teruel). En otro caso, podrá visitar

al menor, por fines de semana alternos, entre las 20:00 horas del viernes y su reintegro al centro escolar el lunes o primer día lectivo de la semana de que se trate.

Este régimen de guarda no será de aplicación en los periodos especialmente regulados a continuación.

- Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, uno del día 23 al 30 de diciembre y el otro del 30 de diciembre al 6 de enero; en todos los casos a las 17:00 horas.

-Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos, computándose desde el último día de clase, a la salida del colegio, hasta el día anterior de inicio de las clases, a las 17,00 horas.

- Las vacaciones de verano comprenderán los meses de julio y agosto y se disfrutarán por cada uno de los progenitores alternativamente por quincenas naturales.

En caso de discrepancia sobre los periodos de disfrute, los años impares elegirá el padre y los pares la madre.

Todas las entregas y recogidas del menor, tanto del periodo ordinario como de los extraordinarios, se harán en el domicilio cuya estancia termine en el momento de hacerse el intercambio.

2. En atención al acuerdo alcanzado sobre custodia compartida, cada progenitor se hará cargo de los gastos que se ocasionen cuando el hijo se encuentre a su cargo.

Ello no obstante, y como contribución de

a los gastos ordinarios de asistencia a su hijo _____, abonará a _____ la cantidad de _____ € mensuales, que será pagada por meses adelantados, dentro de los primeros 7 primeros días naturales del mismo y mediante ingreso en la cuenta bancaria que en cada momento designe la _____. Dicho importe se actualizará anualmente conforme a la variación que haya experimentado el Índice General Nacional de Precios de Consumo –o el que venga a sustituirlo- durante el año anterior.

Los gastos extraordinarios necesarios del hijo serán sufragados por los progenitores por mitades e iguales partes, reputándose tales exclusivamente los médicos o farmacológicos no cubiertos por el sistema público de salud.

coincidiera con un “puente”, permanecerá también con él el día o días de fiesta que se añadan al fin de semana.

Este régimen de guarda no será de aplicación en los periodos especialmente regulados a continuación:

Vacaciones de verano: Se computarán desde el último día de clase a la salida del colegio hasta el día anterior del inicio de las clases, a las 17 horas, y se dividirán en dos periodos. Corresponderá a la madre tenerlo en su compañía veinte días, y el resto al padre. En los años pares elegirá el padre el periodo de disfrute y en los años impares a la madre.

Vacaciones de Navidad: Dada la connotación especial de estas fechas se divide en dos periodos iguales para distribuir entre los progenitores las fechas principales, Nochebuena/Navidad y fin de Año/Reyes: desde el día 23 al día 30 de diciembre lo pasará con un progenitor y desde el día 30 al día 6 de enero con el otro, correspondiendo elegir el periodo de disfrute al padre en los años pares y a la madre en los años impares.

Vacaciones de Semana Santa: Se computarán desde el último día de clase a la salida del colegio hasta el día anterior al inicio de las clases a las 17.00 horas y corresponderá al padre disfrutarlas íntegramente con su hijo.

La entrega y recogida del menor se realizará en un punto intermedio del camino, como Peñíscola, debiendo acudir al mismo los dos progenitores, uno para entregarlo y el otro para recogerlo, a no ser que el progenitor a quien corresponda recoger o entregar al menor le convenga en algún caso concreto hacer todo el recorrido hasta el lugar de residencia del otro progenitor, de lo que deberá avisar a éste con antelación.

Como contribución de _____ a los gastos ordinarios de asistencia a su hijo _____, abonará a _____ la cantidad de _____ mensuales, que será pagada por meses adelantados dentro de los primeros siete días naturales del mismo y mediante ingreso en la cuenta bancaria que en cada momento designe la _____. Dicho importe se actualizará anualmente conforme a la variación que haya experimentado el Índice general Nacional de Precios de Consumo, o el que venga a sustituirlo, durante el año anterior.

Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

No ha lugar a condenar a ninguna parte al pago de las costas procesales de la otra, de modo que cada parte pagará las suyas y las comunes por mitad.”

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales
, en nombre y representación de
, presentó recurso de apelación contra la sentencia confiriendo traslado a la otra parte y al Ministerio Fiscal, contestando y oponiéndose ambos.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas las partes, en fecha 5 de noviembre de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora
en representación de
contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2014 dictada en los autos civiles núm. 235/2013, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, se revoca en parte la misma, cuyo fallo se sustituye por el siguiente:

Los efectos de la ruptura de la convivencia de

y
, regulados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Teruel, pronunciada en autos de guarda y custodia y alimentos de hijos menores nº 63/2013, pasan a regirse en lo sucesivo por los siguientes pronunciamientos:

Corresponde la autoridad familiar sobre
, mientras dure su minoría de edad y no emancipación, conjuntamente a sus padres don
y

Corresponde a la custodia de su hijo

El padre podrá permanecer con su hijo el último fin de semana de cada mes, desde la salida del colegio hasta el domingo por la noche. Si el fin de semana que corresponde al padre

Los gastos extraordinarios necesarios del hijo serán sufragados por los progenitores por mitades e iguales partes, reputándose tales exclusivamente los médicos o farmacológicos no cubiertos por el sistema público de salud.

Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

No se hace especial imposición de las costas causadas en primera instancia ni en esta alzada.”

QUINTO.- La representación legal de

interpuso ante la Audiencia Provincial de Teruel recurso de casación, basándolo en dos motivos, primero por vulneración del principio de *favor filii* al amparo de lo dispuesto en el artículo 80.2 del CDFA y segundo por error en la valoración de la prueba.

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones a la Magistrado Ponente para resolver.

Por providencia de 4 de febrero pasado se acordó:

“Vistas por la Sala las presentes actuaciones, se aprecia que en el apartado sexto del recurso se incorpora un motivo de infracción procesal, formulado por *error en la valoración de la prueba*, sin justificar adecuadamente, más allá de la lógica disconformidad de la parte, la existencia de una actividad valorativa arbitraria, ilógica e irracional en la sentencia objeto de impugnación. Por ello, puede concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, procede dar el trámite previsto en el artículo 483.3 de la Ley procesal, poniendo de manifiesto a las partes la referida circunstancia a fin de que en el plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen procedentes.”

Dentro de plazo, las partes presentaron sus escritos de alegaciones y por auto de 4 de marzo 2015 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso, admitiendo el primero de los motivos de casación formulados, no así el segundo de los motivos, que se inadmite, confiriéndose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, por 20 días, para oposición. Dentro de plazo, presentaron su oposición al recurso planteado de contrario.

Por providencia de 15 de abril, se señaló para votación y fallo el día 13 de mayo de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas acordadas en la sentencia de 24 de abril de 2013. Se pidió concretamente que, continuando con el régimen de custodia compartida establecido en aquella, el hijo común, nacido el 16 de septiembre de 2008, pasase la mitad del tiempo con cada progenitor y que se eliminase la pensión de a cargo del padre.

En el apartado que la sentencia de primera instancia dedica a los hechos probados se expresa que, en septiembre de 2013, aduciendo una situación económicamente insostenible, la madre del menor decidió trasladar su residencia y la del niño a Barcelona, por vivir allí su familia más cercana y por la circunstancia de haber sido empleada en la peluquería de su hermana a media jornada prestando servicios los jueves de 9 a 13 y de 15 a 19 horas, los viernes de 9 a 13 horas y de 16 a 19 horas y los sábados de 9 a 14 horas. Continúa la sentencia refiriendo que, solicitada intervención judicial para remediar la privación de hecho de la guarda del menor por su padre, se acordó mediante auto una serie de medidas que resultan prácticamente confirmadas en la sentencia en los términos que han quedado recogidos en los antecedentes de la presente.

La sentencia de apelación, como también ha quedado expuesto, revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre. Y las razones que ofrece para adoptar tal decisión son las siguientes:

...tal como ha expuesto el Magistrado-Juez a quo, cada progenitor puede establecer su residencia donde tenga por conveniente; ahora bien, no puede mostrarse conforme este Tribunal con que dicha libertad de residencia pueda tener consecuencias negativas respecto a la guarda de la descendencia si, como en este caso, dicho cambio de localidad no obedece a una mala fe por parte de la madre sino a una necesidad real de trabajar y estar en compañía de su familia. Por otra parte, entiende la Sala que por la escasa edad del menor, seis años, no puede hablarse de un fuerte arraigo del mismo en una localidad determinada (...). Pero para poder mantener dicho régimen (de custodia compartida) es preciso que las localidades de residencia de los padres lo permita, siendo un obstáculo insalvable la existencia de una gran distancia entre ambas (...). A pesar de tenerse que acordar en este caso la custodia individual a favor de uno solo de los progenitores por la razón expuesta, deberá establecerse respecto al no custodio un amplio régimen de comunicación (...). Así las cosas, atendiendo al informe pericial (...) con arreglo al cual “la madre ha sido la principal cuidadora del menor durante la convivencia, quedando objetivado, en los resultados psicométricos y en el testimonio de ambos, que puede cubrir las necesidades del menor en solitario de manera adecuada. El padre cubre, en la actualidad, las necesidades del menor con ayuda de apoyos, observándose en los resultados de las pruebas realizadas carencias en factores de independencia, capacidad para establecer vínculos afectivos o de apego y capacidad de resolución de duelo” estima la Sala la conveniencia de otorgar la guarda y custodia del menor a la madre (...).

SEGUNDO.- En el motivo de casación que resultó admitido por la Sala se alega, con invocación del precepto del artículo 80.2 del CDFA, vulneración del principio del *favor filii*. **Considera el recurrente que no es al interés del menor a lo que se ha atendido en la sentencia impugnada, sino al de la madre; que lo que aquel interés pide es que el niño continúe donde se ha criado y donde tiene a su padre, abuela y amigos, y no que se traslade a Barcelona, a un ambiente que no conoce y con un idioma que no habla, no habiéndose dado una sola razón por la que vaya a estar**

mejor en Barcelona que en Teruel. Y viene a señalar que el derecho de la madre de residir en Barcelona no puede anteponerse al del niño.

La representación de la madre se opone al recurso alegando que ha quedado probado que la decisión de la madre de trasladarse de localidad responde a una necesidad real de trabajar y no a mala fe. No es admisible, -razona- la *falsa confrontación entre el derecho de residir y trabajar de la madre y el interés del menor. La cuestión a dilucidar era si el cambio de residencia era caprichoso e inmotivado (...)* Y a continuación, resolver lo más adecuado para el interés del menor en dichas circunstancias. No considerando posible la custodia compartida a causa de la distancia entre los domicilios de los progenitores, entiende correcta la solución adoptada, que desecha que a los seis años el niño haya establecido vínculos relevantes, y que tiene en cuenta que la madre ha sido la principal cuidadora y es capaz de asumir en solitario -frente a lo que sucede con el padre- el cuidado del menor.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de casación al considerar que el régimen de custodia individual instaurado vulnera el *favor filii* al reducir de manera sustancial la estancia y la guarda del menor con su padre, familia amplia de éste y el entorno habitual del niño, con la sola base de una circunstancia de hecho ejecutada de manera unilateral por la recurrida.

TERCERO.- Como hemos señalado en ocasiones anteriores, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el

principio, además del artículo 76.2 del CDFA, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye "un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional" (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un "criterio básico y preferente" en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que "debe inspirar la actuación jurisdiccional" (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso "ex officio" sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer "incluso por encima del de sus progenitores" (STS Sala 1ª de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

CUARTO.- Partiendo de lo anterior, debe recordarse que la función propia de los tribunales de casación consiste en pronunciarse sobre el ajuste a la ley de la resolución recurrida. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor.

QUINTO.- Lo que acaba de señalarse es lo esencial y en lo que debe centrarse la resolución del problema que nos ocupa, y frente a ello resulta secundario establecer si el cambio de residencia de la madre era caprichoso

e inmotivado o, por el contrario, era necesario como sostiene con vehemencia la recurrida. Ello no obstante, cabe recordar lo declarado por el TS en sentencias como la de 11 de diciembre de 2014:

Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 lo siguiente:
"Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

*Es cierto que **la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro***

lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia".

SEXTO.- El régimen de custodia compartida acordado en la sentencia de 24 de abril de 2013 recaída en el procedimiento de guarda y custodia seguido tras la ruptura de los ahora litigantes, se estableció al no existir ningún obstáculo para considerar que dicho régimen era el más conveniente al interés del menor. En tal caso, esto –la custodia compartida– es precisamente lo que la regla del artículo 80.2 contempla como sistema preferente.

La solución adoptada por el juez de primera instancia en el procedimiento del que dimana el presente recurso descansa sobre esa misma base, reforzada con el apoyo de un informe pericial al que se hace referencia en la fundamentación de la sentencia, y del que destaca que advera la idoneidad parental de ambos progenitores. Si bien, ante el hecho constatado de que la madre optó por trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde trabaja de jueves a sábado (19 horas semanales) modifica el reparto del tiempo de estancia del niño con cada progenitor. Y lo hace de un modo que es compatible (aunque costoso para la madre) con la situación. Pero no acuerda la continuación del régimen de custodia compartida sin más, sino que defiere a la madre la decisión de llevarlo a cabo efectivamente o bien aceptar una custodia individual, a favor del padre, con un régimen de visitas para ella. Esta segunda alternativa, es decir, que el niño quede bajo la custodia del padre y no de la madre, se motiva en la sentencia. **Y esa motivación es irreprochable, pues no hay duda de que, siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno, máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.**

Pues bien, frente a la razonabilidad de esa decisión del Juez de primera instancia contrasta llamativamente lo acordado en la sentencia de apelación. En ella, la revocación de lo decidido se justifica con la endeble alusión, como con acierto pone de relieve el Fiscal, a una parte del informe pericial que no pasó inadvertida al Juez a quo, pero que desechó precisamente por la irrelevancia de su contenido. Pese a que se expresa en la sentencia de segunda instancia que la razón de acordar la custodia individual es la distancia entre las localidades de residencia de los progenitores – no se niega, pues, la aptitud de uno y otro- justifica la atribución de dicha custodia a la madre por el dato de haber sido la principal cuidadora del menor durante el régimen de convivencia; porque puede cubrir las necesidades del menor en solitario mientras que el padre las cubre con apoyos, y por algunas carencias observadas en los resultados del test psicométrico del padre. Esto revela que en realidad, lo que ha sucedido es que se ha dado prevalencia a la situación de hecho existente, de modo que lo que realmente sustenta la decisión adoptada es la aceptación de esa situación y no la efectiva atención al interés superior del menor.

Debe entenderse, en consecuencia, y de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, que la sentencia impugnada ha vulnerado el art. 80.2 en la atribución del régimen de custodia. En consecuencia, procede la estimación del recurso, anulando la sentencia impugnada.

SEPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de



SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2014 dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Teruel en el rollo de apelación núm. 83/2014.

TERCERO.- Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, en fecha 30 de abril de 2014, en el autos de Modificación de Medidas num. 235/2013.

CUARTO.- No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

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

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

