



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 37 de 2013

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

**Excmo. Sr. Presidente** /  
**D. Fernando Zubiri de Salinas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Javier Seoane Prado** /  
**D. Luis Ignacio Pastor Eixarch** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /  
**D. Ignacio Martínez Lasierra** /

En Zaragoza, a diecisiete de febrero dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 37/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 9 de julio de 2013, en el rollo de apelación número 183/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 762/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Manuel P. O., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Beatriz García-Escudero Domínguez y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> de los Ángeles Laguna Bernal, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. María Vanesa R. C., representada por el Procurador de los

Tribunales D. José María Ángulo Sainz de Varanda y dirigido por el letrado D. José Alfonso De Miguel Pérez, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Beatriz García-Escudero Domínguez, actuando en nombre y representación de D. Manuel P. O., presentó demanda de modificación de medidas contra D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Vanesa R. C. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que se acuerde:

“A) La atribución de la guarda y custodia de la menor Candela P. R. a mi representado y padre de la niña con la modificación de las medidas inherentes que le sean oportunas conforme al PACTO DE RELACIONES FAMILIARES que se acompaña como ANEXO I,

B) Y subsidiariamente y para el supuesto de no estimarse la anterior petición, se acuerde la guarda y custodia COMPARTIDA de la menor entre sus progenitores, con la modificación de las medidas inherentes que le sean oportunas conforme al PACTO DE RELACIONES FAMILIARES que se acompaña como ANEXO II.

C) Y subsidiariamente y en el caso de no estimar ninguna de las peticiones anteriores se solicita la ampliación del régimen de visitas actual a favor de mi representado, de manera que pueda visitar además a su hija la tarde del miércoles desde la salida del colegio hasta la entrada de la menor al colegio al día siguiente y asimismo las visitas del fin de semana en lugar de finalizar el domingo a las 20,30 finalicen al día siguiente a la entrada de la menor al colegio.

Igualmente deberá acordarse lo siguiente para este supuesto:

- Que el cumpleaños del padre y día del padre la menor lo pasará con el padre, y el día del cumpleaños de la madre y el día de la madre lo pasará con la madre, desde la salida del colegio o desde las 10 horas si fuera festivo y en ambos casos hasta las 21,30 horas, reintegrando a la menor al domicilio en el que pernocte.

- Respecto al día del cumpleaños de la menor si fuera lectivo el progenitor que ese día no le corresponda la custodia de la menor podrá estar con la menor y comer con ella, desde la salida del colegio al mediodía hasta la entrada de nuevo. Y si fuera festivo se dividirá el día en dos periodos, el primero desde las 10,00 hasta las 16 horas y desde entonces hasta las 21,30 horas el segundo; el progenitor que tenga la custodia ese día le corresponderá el primer periodo y al otro el segundo.

- En caso de existencia de un acontecimiento familiar la menor pasará el día con el progenitor que tenga dicho acontecimiento, entendiéndose como tal celebración (cumpleaños, aniversarios, bodas, comuniones, bautizos etc.) de familiares cercanos tales como abuelos, hermanos, tíos, primos.

- Que ambos progenitores deberán informarse recíprocamente de todos aquellos aspectos sanitarios, médicos (ordinarios o de urgencia) que afecten a la menor, comunicando las fechas de revisión médica.

- Que ambos progenitores deberán informarse recíprocamente de todas actividades escolares, excursiones, boletines informativos, notas, reuniones con profesores, y actividades lúdicas en las que los padres puedan participar o acompañar a los menores.

- Que ambos progenitores deberán permitir el contacto telefónico entre el no custodio y la menor, al menos una vez al día en horario de 20 a 21 horas.

D) En cualquiera de los tres casos anteriores, se condene en costas a la contraparte si se opusiera a ambas peticiones.”

Por otrosí se solicitó la práctica de prueba, y aportó dos Planes de Relaciones Familiares.

**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 misma, lo que hizo dentro de plazo y contestó, solicitando que se dictase sentencia “por la que desestime íntegramente la demanda, acordando mantener lo dispuesto en el Convenio aprobado judicialmente, con la modificación relativa al régimen de visitas establecida por Sentencia nº 407/09, de 14 de julio de 2009, aclarada por Auto de 1 de septiembre del mismo año, con expresa imposición de las costas a la parte actora.”

**TERCERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha veintiuno de diciembre de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Que debo estimar y estimo en parte la demanda de modificación de medidas, deducida por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana Beatriz García-Escudero Domínguez, en nombre y representación de D. MANUEL P. O., contra D<sup>a</sup>. MARÍA VANESA R. C., representada por el Procurador D. José María Angulo Sainz de Varanda, declaro haber lugar a la misma en su primera petición subsidiaria, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y con efectos desde el día cuatro de marzo de dos mil trece (que corresponderá al padre, hasta el día once del mismo mes), la guarda y custodia de la hija común, CANDELA P. R., sea ejercida de forma compartida, por ambos progenitores, D<sup>a</sup>. MARÍA VANESA R. C. y D. MANUEL P. O., por periodos iguales y alternos de UNA SEMANA (desde el lunes a la hora de salida del Colegio, hasta el lunes siguiente, a la hora de comienzo de las clases), manteniéndose vigente hasta la señalada fecha el actual sistema de guarda y custodia y visitas. Los cambios de convivencia tendrán lugar los lunes de cada semana, en el

Colegio, donde deberá ser recogida por el progenitor con el que vaya a residir la menor en el concreto periodo semanal que se inicia, y donde la dejará al lunes siguiente. Si el lunes que corresponda el inicio del régimen de convivencia con uno u otro progenitor fuera no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente, la recogida de la menor tendría lugar en el domicilio en el que en ese momento residiera la menor, a las 11:00 horas, o a la que de común acuerdo adoptado en interés de la menor, los progenitores pudieran establecer, antes de las 20:00 horas de lunes correspondiente en cualquier caso.

A partir del primer fin de semana siguiente al día señalado para el comienzo de la efectividad del sistema de guarda y custodia compartida que aquí se establece (4/03/2013), regirá como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, en el periodo de que se trate, no tenga bajo su custodia al menor, el siguiente:

- Una tarde a la semana (preferiblemente martes o miércoles, salvo pacto entre los progenitores, y en cualquier caso el miércoles a falta de acuerdo), desde la salida del Colegio, hasta las 20:30 horas, en que deberá ser la menor entregada en el domicilio que le corresponda.

-En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de tal forma que en años impares, el padre pasará con la hija las primeras quincenas de julio y agosto, y con la madre las segundas quincenas de los mismos meses, siendo al contrario en años pares. Desde que la menor cumpla los diez años de edad, o en cualquier momento anterior, siempre que medie mutuo acuerdo al respecto, los padres podrán, con el acuerdo de ambos, dividir por meses el periodo vacacional de verano.

- Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que la hija cada año esté con cada uno de los

progenitores en las fecha señaladas de Navidad. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

- Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

Si procediera, por no estar expresa o especialmente previsto, la alternancia en la preferencia de la elección del turno, corresponderá al padre en años impares y a la madre en años pares.

Como contribución de los progenitores a los gastos de la hija, ambos sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, y de recreo o entretenimiento del menor en las épocas que la niña permanezca con cada uno de ellos, sin perjuicio de los reintegros que entre ellos procedan, debiendo el padre ingresar la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150 euros) mensuales, en las condiciones, periodicidad y criterios de actualización determinados en la Sentencia dictada en el juicio verbal, para atender los demás gastos ordinarios del menor (o parte proporcional de los mismos), tales como abono de las actividades extraescolares, reposición del material escolar durante el curso, y otros de similar naturaleza y finalidad.

Los gastos extraordinarios necesarios, se abonarán por mitad, y los gastos extraordinarios no necesarios, se regirán por lo establecido en el artículo 82.4, inciso final, del CDFA.

El progenitor que tenga en cada momento la custodia de la hija, deberá tener en su poder todos los documentos de la menor como pasaporte, DNI, Libro de Familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento que tuviera prescrito, o copia auténtica de los mismos.

En lo que resultaran de aplicación, se consideraran vigentes las medidas en su día adoptadas por la Sentencia de veintiséis de septiembre de

dos mil siete, dictada en el procedimiento de juicio verbal, seguido ante este Juzgado de Primera Instancia bajo el nº 868/07, por la que se aprobaba el convenio regulador propuesto por las partes, con las modificaciones introducidas por la Sentencia de catorce de julio de dos mil nueve, aclarada por Auto de uno de septiembre del mismo año, en todo aquello que no se oponga a lo que en la presente se acuerda, o sea consecuencia directa y necesaria de ello.

Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.”

**CUARTO.-** D. José M<sup>a</sup> Angulo Sainz de Varanda, Procurador de los Tribunales y de D<sup>a</sup> Vanesa R. C. interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, confiriendo traslado a las otras partes, oponiéndose al mismo la parte contraria e impugnándolo el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, y previa exploración a la menor, en fecha 9 de julio de 2013 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: “FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña MARÍA VANESA R. C. contra D. MANUEL P. O. y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 21 de diciembre de 2012 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16, de los de Zaragoza, debemos revocar la citada resolución y, desestimando la demanda de D. Manuel P. O., acordamos el mantenimiento del convenio regulador aprobado por sentencia de 26 de septiembre de 2007 (autos 868/07 del Juzgado de instancia), con la modificación relativa al régimen de visitas establecida por sentencia nº 407/09 de 14 de julio 2009, aclarada por auto de 1 de septiembre del mismo año, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.”

**QUINTO.-** La representación legal de D. MANUEL P. O. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, basándolo en los siguientes motivos:

La infracción que se denuncia consiste en la inaplicación de lo establecido en los siguientes artículos del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA):

1º) Artículo 75.2 por el que se regula el derecho de los progenitores a unas relaciones continuadas de estos con sus hijos, mediante la participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de la autoridad familiar. Asimismo pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

2º) Artículo 80.4 según el cual, “salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos”.

3º) Artículo 80.2 que establece el criterio preferente de custodia compartida teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores que en el mismo se contienen.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por Auto de 4 de noviembre de 2013 se acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso planteado confiriéndole traslado a las partes contrarias para que formalicen su oposición en el plazo de veinte días, lo que hicieron dentro de plazo, considerando el Ministerio Fiscal que debía estimarse el recurso y declarar la custodia compartida y oponiéndose el demandado al recurso planteado de contrario. Por providencia de 11 de diciembre de 2013, se señaló para votación y fallo el día 22 de enero de 2014.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por sentencia dictada el día 26 de septiembre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia 16 de Zaragoza aprobó el convenio regulador propuesto por las partes al tiempo de la extinción de su relación sentimental, fruto de la cual había nacido el día 5 de noviembre de 2005 una hija, Candela.

Presentada por el padre la demanda que encabeza este procedimiento, de modificación de las medidas establecidas en 2007, y en solicitud de fijación del régimen de custodia compartida, el mismo Juzgado dictó sentencia el día 21 de diciembre de 2012 en la que, tras exponer las distintas circunstancias concurrentes de conformidad con la previsiones contenidas en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA, en adelante), terminaba estimando en parte la demanda de modificación presentada, de modo que estableció el régimen de custodia compartida de ambos progenitores respecto de la hija menor.

La anterior resolución fue apelada, en recurso que fue estimado por la sentencia ahora recurrida en casación dictada el día 9 de julio de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que acuerda el mantenimiento del convenio regulador aprobado por la sentencia inicial del Juzgado de 26 de septiembre de 2007 y, por tanto, fija como régimen de custodia de la menor el de custodia individual a cargo de la madre.

**SEGUNDO.-** El motivo primero del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se fundamenta en la infracción del principio de igualdad de los progenitores en las relaciones familiares y participación en la crianza y educación de los hijos, con base en que considera el recurrente que sólo la custodia compartida garantiza el cumplimiento de tan básico principio.

El trato igual de los progenitores, recogido como premisa fundamental de la legislación aragonesa en el artículo 75.2 del CDFA, no permite la

conclusión obtenida por el recurrente como fundamento de su recurso, ya que, como resulta de la regulación posterior contenida en la Sección 3ª que encabeza tal norma, la concreción del principio de igualdad se coordina para cada supuesto concreto con el juego de otros fundamentos legales básicos, entre los que se encuentra, en lo que ahora interesa, el esencial de estar al interés del menor al tiempo de fijar el régimen de custodia aplicable. En consecuencia, el legislador, dentro del pleno respeto al principio de igualdad, prevé la posibilidad de que se fije un régimen de custodia individual como el acordado en la sentencia recurrida. Por tanto, no cabe estimar que exista infracción del artículo 76 en su relación con los preceptos relativos a la custodia del menor, cuando el artículo 80 autoriza el régimen de custodia individual establecido en la sentencia recurrida.

Debe, por tanto, desestimarse el primer motivo de recurso.

**TERCERO.-** El motivo segundo del recurso se articula por denuncia de infracción del artículo 80.4 del CDFA, al entender el recurrente que el fallo recurrido implica la separación de la niña, hija común de los litigantes, de su hermano menor, fruto de una relación del padre posterior a la que es objeto del litigio.

Como ya indicó sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2012 (recurso 32/2012). “El precepto establecido en el art. 80.4 del CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviese hijos habidos con sus nuevas parejas.”

Ciertamente, es deseable el fortalecimiento de la relación fraternal a que hace referencia el recurrente, y también, por supuesto, entre hermanos que no sean de doble vínculo, pero la apreciación de la relevancia que a efectos

del establecimiento de la custodia del hijo común de los litigantes debe darse a la relación familiar con el nuevo hermano, surgida después de la crisis convivencial de los progenitores, no corresponde establecerla por observancia del artículo 80.4, sino, en su caso, por el resto de preceptos contenidos en el propio artículo 80 y a que luego se hará referencia.

En consecuencia, no infringido por la sentencia el artículo 80.4, por no ser aplicable, procede desestimar el motivo de recurso que se fundaba en tal norma.

**CUARTO.-** El tercer motivo de recurso se formula por infracción del artículo 80.2 del CDFA, al considerar la parte recurrente que no ha sido respetada la preferencia que establece tal norma de la custodia compartida sobre la custodia individual, pues, en tesis del impugnante, ninguno de los factores previstos en tal precepto para poder acordar la custodia tan solo a favor de la madre determina que deba excluirse el cuidado compartido de la menor.

Con carácter previo a resolver el concreto motivo de recurso debe hacerse mención a que, como pone de manifiesto el recurrente, la sentencia impugnada omite cualquier referencia a tres de los informes obrantes en las actuaciones: dos practicados a instancia del demandante-apelante por el médico especialista en psiquiatría, Sr. L., y otro, el evacuado a petición de la demandada-apelada por la psicóloga Sra. C.. No ha sido articulado por la parte actora motivo de recurso por infracción procesal por lo que no cabe efectuar pronunciamiento sobre si tal ausencia total de referencia a estos tres informes podría constituir motivo de anulación de la sentencia por falta de motivación.

Manteniendo, por tanto, la validez de lo actuado, no cabe, sin embargo, obviar la omisión de la sentencia respecto de tales informes. Porque, como resulta de la fundamentación de la resolución recurrida, precisamente una parte del resultado de un informe pericial psicológico ha sido elemento

determinante de que se excluya el establecimiento del régimen legal preferente de custodia compartida.

Al respecto, dada la relevancia de las cuestiones objeto de enjuiciamiento debe estarse a lo señalado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 19 de julio de 2012 en recurso 1029/2011 y las que en ella se citan) cuando indica que cuando se trata de resolver, como ocurre ahora, cuestión en que están en liza los derechos constitucionales previstos en el artículo 39 de la Constitución, se hace preciso que esta Sala de Casación integre en lo necesario el resultado probatorio, lo que, en este caso, implica completar la relevante omisión de confrontación de todo lo informado por cada uno de los peritos intervinientes, como se hará en la medida en que sea preciso para la mejor atención del concreto interés del menor en el presente caso.

**QUINTO.-** Como se deduce de lo indicado pormenorizadamente en la sentencia dictada por el Juzgado, todos menos uno de los factores que de modo expreso recoge como atendibles el artículo 80.2 del CDFA muestran la conveniencia de la custodia compartida: la edad de la niña no aparece como obstáculo; ambos progenitores son idóneos social y económicamente; pueden conciliar perfectamente su vida laboral con el cuidado de la hija; se está en presencia de aptitud personal de ambos progenitores para atención de la menor; y padre y madre tienen apoyo familiar y recursos sociales en los que está integrada la niña.

Al lado de lo anterior destaca la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y recurrida, en contra ahora de estar a la custodia compartida, que en la exploración de la menor llevada a cabo en segunda instancia la niña manifestó que no deseaba introducir modificaciones en sus condiciones cotidianas de vida. Esta opinión de la menor, como la propia sentencia indica, debe ser tomada con prudencia. Evidentemente, es lógico que una menor que se encuentra bien con su madre y su padre prefiera evitar todo cambio en su régimen de vida. Ahora bien, no puede ser en modo alguno determinante su opinión respecto de lo que, en conjunto, puede resultarle realmente mas

beneficioso, dado que a los siete años difícilmente puede llegar siquiera a coleccionar las bondades que pueda tener un régimen de custodia u otro, y nada sabe de la regulación legal. Si su manifestación fuera acompañada de datos o razones concretas que pudieran valorarse, debería estudiarse su real relevancia. Pero su mera opinión, manifestada de forma tan genérica e imprecisa, como lo es en un entorno de crisis convivencial de sus progenitores, y sin que haya más factores para su emisión que la mera comodidad a corto plazo de la niña, dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente a la custodia compartida.

**SEXTO.-** Siendo así jurídicamente irrelevante en este caso el resultado del factor de opinión de la menor previsto en el artículo 80.2 b), y resultando los demás factores favorables al respecto al régimen de la custodia compartida, inicialmente debería estarse a tal régimen, salvo que estén presentes otros elementos de relevancia que aconsejen la custodia individual.

Al amparo de la previsión genérica del artículo 80.2 f), y en todo caso para asegurar la mejor atención posible en cada caso a favor del menor, es posible valorar otras circunstancias de especial relevancia para decidir el régimen de convivencia y, dentro de tal posibilidad legal, al declinar estar a la custodia compartida, la sentencia recurrida valora dos cuestiones: la elevada tensión y conflictividad que preside la relación entre los progenitores, y la consideración recogida en uno de los informes psicológicos obrantes en autos que, según cita la sentencia, “recomienda que Candela permanezca con su madre, que dice es la figura principal de referencia del mundo afectivo de la menor”.

Sobre la primera de tales circunstancias, ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 2013, en recurso 494/2012) y por esta Sala (así, por ejemplo, sentencia de 9 de febrero de 2012 en recurso 26/2011), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia. Y en el presente caso no existe motivo para apreciar algo

distinto a lo sentado por tal jurisprudencia. Porque la sentencia no recoge como acreditado que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; no determina tampoco si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos; y porque, sobre todo y más importante, la mejor atención de la niña no debe fijarse bajo la óptica de la situación de sus progenitores, sino desde la perspectiva de qué sea mejor para la menor afectada, y desde este punto de vista nada recoge la sentencia que permita entender que la deficiente relación entre los progenitores vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida.

**SÉPTIMO:** La segunda circunstancia que la resolución impugnada valora para excluir el sistema de custodia compartida se basa en la recomendación de uno de los informes psicológicos obrantes en las actuaciones. En la sentencia se hace referencia a él de modo parcial, descriptivo, y sin especial valoración de su contenido o de las causas de la recomendación que contiene de que la menor permanezca con la madre. Por otro lado, en orden a determinar si la conclusión de la perito evidencia alguna circunstancia tan jurídicamente relevante como para excluir el régimen preferente de custodia, debe tenerse también en cuenta que, como ya se adelantó, son varios los informes obrantes sobre la cuestión y que, de ellos, tan solo el psicológico de referencia y el efectuado por asistente social son citados en la sentencia. La parquedad de la referencia al informe valorado por la resolución, así como la omisión de cita de los informes psiquiátrico y psicológico obrantes, exige valorar ahora su contenido, no para determinar los hechos acreditados y resolver en sede casacional como si de una sentencia de instancia se tratara, pero sí dentro de la función que corresponde a esta Sala de valorar si la sentencia fue ajustada a la norma de aplicación y, dentro de este marco competencial, si se atuvo a la necesidad legalmente exigida de estar a circunstancias jurídicamente tan relevantes como para producir la consecuencia de excluir el régimen de custodia compartida.

El informe recogido en la sentencia, efectuado por psicólogo cuya identificación no consta, a salvo de la denominación que emplea la informante como “Psicóloga número 8”, ha sido verificado por profesional adscrita a los Juzgados de Familia. De él, la sentencia recurrida destaca, respecto del padre: “la actitud del padre, excesivamente centrado en sus necesidades y en el conflicto personal con la Sra. R., le impide considerar las necesidades de la menor de forma independiente”. A ello añade la sentencia, como antes ya se indicó, que “(el informe psicológico) recomienda que Candela permanezca con su madre, que dice es la figura principal de referencia del mundo afectivo de la menor”. Concretada así la razón de la recomendación en la apreciación personal de la psicóloga sobre la actitud del padre, finalmente es esta la causa que cobra suficiente relevancia como para dar lugar al establecimiento del régimen legalmente situado en segunda lugar, de custodia individual. Pero, en contra de tal conclusión, debe valorarse que en el resto del propio informe, al lado de esta afirmación negativa respecto del padre, las demás son de carácter positivo a favor de su aptitud, idoneidad y medios de que dispone para el cuidado de la niña. Y, en segundo lugar, es también de considerar que todos los demás informes no comparten la conclusión del mencionado en la sentencia, pues ni siquiera el confeccionado por psicóloga por encargo de la madre hace ninguna referencia a una posible actitud negativa del padre, pues se apoya sólo en considerar que la custodia compartida puede establecerse si hay acuerdo entre los progenitores, y no en otro caso.

Al lado del informe psicológico que recoge la sentencia, también valora la resolución el efectuado por la asistente social, también sin identificar, salvo la referencia a ser “Trabajadora Social A” adscrita al Juzgado de Familia. Refiere la sentencia que “la Trabajadora Social, que no se pronuncia por uno u otro sistema (de custodia), dice que tanto el Sr. P. como la Sra. R. son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia de Candela, y que ambos pueden conciliar perfectamente la vida laboral y familiar, contando para ello con recursos económicos suficientes y una amplia red de apoyo”.

Por su parte, el informe evacuado por el Dr. L. el día 18 de junio de 2012, no mencionado en la sentencia, respecto de la afirmación recogida en el informe evacuado por la psicóloga número 8, de mayor preocupación del padre de sus sentimientos y necesidades que de los de su hija, indicó: “No logro adivinar a través de qué exploración psicológica se ha podido llegar a esas conclusiones”. Expone cómo la niña en ocasiones cita como padre al que es actual esposo de la madre, y cómo y por qué el informante no ha sacado la conclusión de que el padre piense más en sí mismo que en su propia hija.

El informe efectuado por el mismo Dr. L. el día 27 de julio de 2012, también omitido en la sentencia, recoge por qué considera el informante que existe una peligrosa trayectoria hacia el secuestro emocional o síndrome de alienación parental.

Y por último, el informe efectuado a instancia de la demandada por la psicóloga Sra. C. el día 30 de agosto de 2012, tampoco referenciado en la sentencia recurrida, indica “la niña tiene bien asumidas las dos figuras parentales de referencia, identificando de forma adecuada a sus dos progenitores, con los que mantiene un vínculo afecto adecuado. No se ha detectado en la menor ningún tipo de distorsión afectiva ni de rechazo hacia la figura paterna”. Explica por qué no cabe dar relevancia especial a que la niña mencione como padre a persona distinta del recurrente, y concluye que “este tipo de custodia (la compartida) debe establecerse a partir de una serie de acuerdos de los padres, no de los desacuerdos que existen en la actualidad”, y por tal razón, entiende mejor el establecimiento de la custodia individual.

**OCTAVO:** La obligada exposición en esta sentencia de los distintos extremos de los informes, obrantes, junto con las consideraciones antes efectuadas sobre el informe psicológico valorado en la sentencia recurrida, evidencia, en fin, que la relevancia que otorga la sentencia recurrida a este último informe no puede ser considerada de tal especialidad como para, dentro de la posibilidad del artículo 80.2 f) el CDFA, excluir el régimen

preferente de custodia compartida. Porque la contradicción entre las conclusiones de unos y otros, la duda sobre el inicio de una trayectoria de alienación parental de la niña, las confusiones que la propia menor tiene sobre quién es realmente la figura paterna, o el apoyo del último informe únicamente en la consideración, contraria a la previsión legal, de que la custodia compartida sólo en caso de acuerdo de los padres debe hacerse, impiden aceptar, como hace la sentencia recurrida, que sea claro en este supuesto que exista una circunstancia de especial relevancia que dé lugar a excluir el régimen preferente.

El interés del menor, que de modo genérico cita la sentencia como motivo último de razonamiento, debe así ser integrado en este caso concreto mediante las valoraciones expuestas ante la situación específica que se presenta. Y, con ello, no existente razón jurídicamente aceptable para excluir el régimen preferente de custodia compartida, debe estarse a él, por lo que procede la estimación del recurso de casación, y la anulación de la sentencia recurrida. Y actuando esta Sala como tribunal de instancia por consecuencia de la estimación del recurso, no se observa motivo para modificar los razonamientos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos fundamentos son ajustados al texto legal, por lo que no existe razón para modificarlos ni, por ello, para alterar su Fallo.

**NOVENO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dado que la demanda es finalmente estimada tan solo en parte, no procede tampoco hacer condena a su pago.

Vistos los preceptos citados, la Sala, observando lo prevenido en el artículo 201 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha resuelto dictar el siguiente fallo.

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Manuel P. O. contra la sentencia dictada el día 9 de julio de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que casamos, dejándola sin efecto.

**SEGUNDO.-** En lugar de lo acordado en la sentencia anterior, se estará al fallo de la sentencia dictada el día 21 de diciembre de 2012 por el Juzgado de primera Instancia número 16 de Zaragoza.

**TERCERO.-** No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

**CUARTO.-** Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Dése su destino legal al depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular los Magistrados Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado e Ilma. Sra. Dª. Carmen Samanes Ara, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS**  
**ILMOS. SRES. D. JAVIER SEOANE PRADO y D<sup>a</sup> CARMEN**  
**SAMANES ARA**

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamentamos tener que formular voto particular a la sentencia de fecha 17 de febrero de 2014, al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que basamos en las razones expuestas a continuación.

Aceptamos el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Aceptamos los fundamentos primero a tercero de los la sentencia mayoritaria.

**SEGUNDO.-** El interés superior del menor es la guía para decidir toda medida que pueda afectarle, entre las que se encuentran las relativas a su guarda y custodia. Así ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: “Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos”.

Otras normas que recogen este principio son los arts. 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; el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia, de 21 de septiembre de 1992; el artículo 24.2 de la

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, en fin, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996.

La [STC 141/2000, de 29 mayo](#), lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", y destaca como relevantes a estos efectos la [Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990](#), la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (en parecidos término SSTC [298/1993](#), [187/1996](#), y [ATC 28/2001, de 1 febrero](#)).

También pueden ser citadas en apoyo de la consideración del interés del menor como superior criterio de decisión las SSTJUE dictadas en los asuntos C 211/10 PPU y C 403/09 PPU, y el TEDH en los casos RAHIMI c. GRÈCE y LYUBENOVA c. BULGARIE.

Asimismo, el TS lo ha recogido en multitud de resoluciones, como las nº 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009.

Tal principio es de orden público y aplicable a toda ruptura de la convivencia de los progenitores, cualquiera que sea el derecho personal que resulte aplicable.

Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto.

**TERCERO.-** El tercer motivo del presente recurso de casación se formula por infracción del artículo 80.2 del CDFA, al considerar la parte recurrente que no ha sido respetada la preferencia que establece tal norma de la custodia compartida respecto de la custodia individual, pues, en tesis del impugnante, ninguno de los factores previstos en tal precepto para poder acordar la custodia tan solo a favor de la madre determina que deba excluirse el cuidado compartido de la menor.

Entendemos que el precepto del artículo 80.2 no prevé *factores para poder acordar la custodia individual*. El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la definición de lo que ha de entenderse por interés del menor, y omiten toda indicación para concretarlo, opta por establecer unos factores a que ha de atender el juez a la hora de decidir sobre qué sistema de custodia de la prole común menor de edad satisface de mejor modo el interés de ésta tras la ruptura de la pareja formada por los progenitores.

Pero el precepto referido no enumera ni tasa excepciones al régimen preferente de custodia compartida, ni da indicaciones sobre qué circunstancias y de qué entidad constituyen inconvenientes para acordarla. Ni siquiera los aludidos factores son exhaustivos, ya que en la letra f) se alude a *cualquier otra circunstancia* de especial relevancia. Esto es algo completamente lógico, pues sólo el juez, ponderadamente y atendiendo a cada caso concreto, puede decidir qué es lo más adecuado. Pues cabe, incluso, que circunstancias análogas afecten de distinto modo a un menor que a otro, en función de la personalidad de éste, para lo que será de especial trascendencia la valoración de la prueba pericial. Por eso estimamos que, si el artículo 80.2 permite al Juez acordar la custodia individual cuando considere que así se protege mejor el interés del menor que con la compartida, y si aquel resuelve en tal sentido apreciando cabalmente que así lo aconsejan las circunstancias que rodean al caso, no se vulnera el precepto.

No podemos compartir, por ello, la afirmación que se hace en la sentencia de la mayoría (Fundamento séptimo) en el sentido de que la Sala de casación debe examinar si la sentencia recurrida *se atuvo a la necesidad legalmente exigida de estar a circunstancias jurídicamente tan relevantes como para producir la consecuencia de excluir el régimen de custodia compartida*. O la que, en idéntico sentido, y a propósito de los informes periciales, se hace en el Fundamento octavo: *...impiden aceptar, como hace la sentencia recurrida, que sea claro en este supuesto que exista una circunstancia de especial relevancia que dé lugar a excluir el régimen preferente*. Y tampoco aceptamos que esta Sala de casación deba valorar el contenido de los informes periciales (ni del resto de las pruebas en las que se basó la sentencia

impugnada, como la exploración de la menor) ni siquiera al amparo de la doctrina establecida en la STS de 19 de julio de 2012 y las que en ella se citan, ya que no se atisba aquí atentado alguno a los derechos constitucionales del menor.

**CUARTO.-** Compartimos la opinión mayoritaria de que el art. 80 CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor, pero ello no implica sino la posición de partida en la que se ha de situar el juzgador a la hora de decidir el sistema más conveniente en el caso concreto. No significa, sin embargo, una jerarquía de este sistema sobre los demás posibles que desvíe al juez del interés superior del menor como única guía a la hora de decidir el caso concreto, y menos supedita la observancia de tal principio a ninguna otra consideración.

Ello supone la concesión de un margen de discrecionalidad cuyo ejercicio corresponde a los tribunales de instancia, y que no tiene otro límite que la observancia de los criterios señalados en la norma, y la exigencia de una motivación fundada en ellos que no implique una abierta infracción del mandato legal, que no es otro que el que la decisión sea tomada en interés del menor.

**QUINTO.-** La divergencia entre los miembros de la Sala se produce por la falta de acuerdo en torno a la posibilidad de control casacional de esa determinación - realizada por el tribunal de instancia- de lo que en el caso concreto resulta más conveniente al interés del menor.

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. Así lo ha entendido este Tribunal en SS nº 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

Ello está en línea con la postura que, en relación con la revisabilidad en

casación de la significación jurídica que extrae el juzgador de los hechos probados (o la de los conceptos jurídicos indeterminados) ha mantenido el Tribunal Supremo en numerosos pronunciamientos en los que ha entendido que aquella consiste en una valoración de la razonabilidad del juicio del juzgador *a quo*, en lo que denomina *criterio de buen sentido* (STS de 29 de junio de 2010 y las ahí citadas). Así, en ocasiones ha señalado que, cuando se trata de juzgar la trascendencia de los hechos declarados probados por la sentencia impugnada es posible en tales casos el control en casación, si bien a los efectos de apreciar la posible incoherencia o falta de racionalidad de las conclusiones obtenidas en la instancia (véanse SSTs de 15 de noviembre de 2010 y 30 de octubre de 2008 a propósito del incumplimiento de las obligaciones, o 4 de marzo de 2009 en relación con la calificación de los contratos). En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

“el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa".

En parecidos términos se pronuncian las SSTs nº 228/2010, la nº 578/2011, o la nº 373/2013, de 31 de enero de 2013.

En resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se ha evidenciado en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. Así, SSTsJA de 27 de febrero de 2013, 8 de febrero de 2012, 1 de febrero de 2012, 19 de octubre de 2012. Con claridad se expresó en la de 17 enero 2012:

*El interés del menor será apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, por lo que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.*

La sentencia nº 36/2013, de 18 de julio, con cita de otras muchas que la preceden destaca el componente valorativo de la prueba y establece el necesario razonamiento como requisito de la sentencia que se aparte de la preferencia legal:

“d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales -art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFA-.

Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada”.

**SEXTO.-** En consecuencia, lo que corresponde a la Sala de casación es velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor fijado en la ley, y no otra consideración. Por ello, el examen que aquella ha de realizar, sobre si la sentencia que acuerda la custodia individual se ha ajustado a la norma que sólo lo permite si resulta lo más conveniente al interés del menor, debe limitarse a la razonabilidad y coherencia lógica de la conclusión alcanzada a partir de la base fáctica. Aunque el criterio valorativo del tribunal de instancia aparezca (desde la perspectiva, siempre más alejada del caso, del tribunal de casación) como

discutible, sólo si es arbitrario debería poder ser sustituido. Pues la función propia de los tribunales de casación consiste en pronunciarse sobre el ajuste a la ley de la resolución recurrida; no, sobre el fondo del asunto. No es el litigio lo que se somete a tales tribunales, sino la decisión tomada por la Audiencia. Y, -hemos de insistir en ello- en la medida en que la ley le confiere un margen discrecional, y aquélla no actúa con arbitrariedad al moverse dentro de ese margen, no es posible apreciar violación de ley. Aquí, la calificación de los hechos, aun siendo una operación jurídica, es el resultado de la convicción del Juez. En el caso que nos ocupa, esa convicción alcanzada por el tribunal de instancia se sustenta sobre las circunstancias concurrentes, explicitadas en la sentencia y que le han llevado a la conclusión de que en el caso el interés del menor queda más protegido con la custodia individual. Consideramos, por ello, que si la Sala entra a valorar la trascendencia o el alcance de esas circunstancias desciende a las particularidades del supuesto controvertido y, por ende, suplanta la labor de aquel.

**SÉPTIMO.-** En el presente caso, la sala sentenciadora no se ha apartado del criterio legal establecido en el art. 80 CDFA, pues parte de la preferencia en abstracto del sistema de guarda y custodia compartida y, a partir de la valoración de las pruebas practicadas (que no ha sido tachada de irracional o arbitraria mediante la formulación del motivo correspondiente de infracción procesal) razona suficientemente la concurrencia de circunstancias de hecho en el caso concreto que, de acuerdo con los criterios legales de determinación del interés legal del menor, determinan que el sistema de guarda que mejor lo satisface es el que establece.

En consecuencia, la sala de apelación ha hecho uso de una facultad discrecional para optar motivadamente por una de las opciones de custodia de la hija menor de los litigantes que ha de quedar al margen del control por la vía del recurso extraordinario de casación, que no puede servir como una tercera instancia para decidir el caso concreto.

**OCTAVO.-** La desestimación del recurso conduce a la confirmación de

la sentencia recurrida, si bien se plantean dudas de derecho que aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ

**VISTOS** los artículos citados y demás de general aplicación,

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente

### **FALLO**

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2013, dictada por la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos los magistrados expresados en su encabezamiento, en Zaragoza a veinte de febrero de dos mil catorce.