

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación num. 41 de 2013

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

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

En Zaragoza, a cuatro de marzo de 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 41/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de septiembre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 356/2013, dimanante de autos de Divorcio 357/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), en el que son partes, como recurrente, D. José Luis G. M., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca y dirigida por la Letrada D^a. Olga Antón Molina, y como parte recurrida D^a.

Andrea C. B., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sonia García de Val y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Rebeca Naudín Ayesa, actuando en nombre y representación de D. José Luis G. M., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros demanda de divorcio contra D^a. Andrea C. B. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia decretando:

“La disolución del matrimonio formado por D. José Luis G. M. y Dña. Andrea C. B.- Y como medidas inherentes se solicita:

-Autoridad familiar.- La autoridad familiar del hijo del matrimonio será compartida por ambos progenitores.

-Guardia y custodia.- Se solicita se fije el sistema de custodia compartida de la siguiente forma:

-Hasta que el menor comience el último curso del ciclo escolar de infantil.- Se solicita que las estancias consistan en un régimen de tres periodos semanales, el primero desde el lunes a las 10,00 horas hasta el miércoles a las 10,00 horas, el segundo, desde el miércoles a las 10,00 horas hasta el viernes a las 10,00 horas y el tercero desde el viernes a las 10,00 horas hasta el lunes a las 10,00 horas; sucediéndose los progenitores en el disfrute de cada periodo de custodia, de modo que, cada semana, un progenitor disfrutará del primer y tercer periodo, y a la semana siguiente disfrutará del segundo periodo.

-A partir de que el menor comience el último curso del ciclo escolar infantil.- se solicita que las estancias consistan en semanas alternas de domingo a domingo a las 20,00 horas; fijando un día entresemana para el progenitor que no esté ejerciendo durante la semana la custodia (el miércoles desde salida del centro escolar hasta las 20,00 horas).- Régimen de

vacaciones: Vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo en caso de desacuerdo los años pares el padre y los años impares la madre, y comunicándolo al otro progenitor con al menos un mes de antelación.

Vacaciones de verano.- Incluirán los meses de julio y agosto; el primer grupo incluirá desde el día 1 de Julio a las 10 horas hasta el día 15 de Julio a las 20,00 , y del día 31 de Julio a las 20,00 horas hasta el día 15 de Agosto a las 20,00 horas; y el segundo grupo incluirá desde el día 15 de Julio a las 20 horas hasta el día 31 de Julio a las 20,00, y desde el día 15 de Agosto a las 20,00 horas hasta el día 31 de agosto a las 20,00 horas.

Vacaciones escolares de Navidad:

Se dividen en dos periodos:

1º.- Desde el día 23 de Diciembre a las 10,00 horas hasta el día 31 de Diciembre a las 10,00 horas.

2º.- Desde el día 31 de Diciembre a las 0,00 horas hasta el día 6 de Enero a las 20,00 horas.

Vacaciones escolares de Semana Santa:

Mientras el menor no comience su vida escolar se registrarán por el régimen ordinario de custodia; y una vez el menor comience su vida escolar se dividirán en dos periodos, y se repartirán por mitades e iguales partes; el primero comenzará a las 20,00 horas del último día clase y el segundo periodo finalizará a las 20,00 horas del día anterior a la reanudación de las clases escolares. El cambio de turno se realizará a las 12,00 horas del día intermedio de las vacaciones si el número de días no lectivos es impar; y el cambio de turno se realizará a las 20,00 horas del último día de la primera mitad cuando el número de días no lectivos sea par.

Durante las vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa se suspende el régimen ordinario de custodia (salvo lo solicitado para el periodo de Semana Santa mientras el menor no haya comenzado su ciclo escolar); si el periodo de custodia compartida quedara interrumpido por el inicio de un periodo vacacional se entiende finalizado cualquiera que haya sido su duración; una vez finalice cualquier periodo vacacional se entregará el niño al otro progenitor, que continuará en su compañía en régimen de custodia

compartida, cualquiera que sea el tiempo que reste hasta la finalización de su estancia.

Las entregas se realizarán en el domicilio del progenitor donde se encuentre el menor en el momento de hacer el cambio.

-Gastos de asistencia del hijo.- Para el concepto de gastos de asistencia del hijo el Sr. G. abone mensualmente la cuantía de 150€ y la Sra. C. abone mensualmente la cantidad de 250€ mensuales, y ello en la cuenta corriente aperturaza a tal efecto en Iber-Caja, a efectos de cubrir los gastos relativos a la ropa, medicación, productos de higiene del menor, material escolar. Dichas cantidades deberán ser ingresadas dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se deberán actualizar conforme la variación del IPC o índice que lo sustituya el día 1 de mayo de cada año, de manera automática, siendo la primera revisión del día 1 de Mayo de 2.013.

Mientras este en su compañía el hijo, cada progenitor deberá satisfacer los gastos de manutención y habitación del menor.

Asimismo se solicita que con cargo a la cuenta aperturaza para el gastos del menor, deberán de tener disposición ambos progenitores para adquirir los bienes de uso corriente que necesite el menor, como cualquier otro gasto ordinario de los no enumerados en el que ambas partes estén de acuerdo. Cada progenitor deberá comunicar al otro, mensualmente, una liquidación detallada de las disposiciones que haya efectuado de la cuenta, con justificación de cada disposición. En caso de no justificar cualquier disposición, deberá reintegrar la cantidad correspondiente.

Se solicita que en lo que respecta a los gastos extraordinarios necesarios serán abonados en una proporción del 45% por el Sr. G. y el 55% por la Sra. C.; en el caso de que no fueran necesarios y si no media acuerdo entre las partes, se solicita sean sufragado por el progenitor que haya decidido efectuarlos.

-Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y autorización de venta.- Se solicita la extinción de la atribución del uso de vivienda familiar sita en Ejea de los Caballeros (Zaragoza), C/ ... que fue adjudicada a la Sra. C. en Procedimiento de Medidas, solicitando la autorización judicial de venta de la vivienda.

Se solicita que hasta la fecha que se proceda a la venta o liquidación de la vivienda el préstamo hipotecario sea asumido por mitades e iguales partes.

-Asignación compensatoria: No procede fijación de cuantía en concepto de asignación compensatoria, al tener ambos cónyuges ingresos propios.

-Uso del vehiculo familiar: Se solicita se fije la atribución del uso del vehiculo familiar marca BMW matrícula ... a favor de d. José Luis G. M., y ello en tanto se produzca la disolución de condominio del mismo.”

Solicitando por otrosí la práctica de prueba.

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.

El Procurador de los Tribunales Sr. Gascón Marco en nombre y representación de D^a. Andrea C. B., presentó escrito contestando a la demanda planteada de contrario, solicitando se dictase resolución por la que se acordase el divorcio de los cónyuges estableciendo las siguientes medidas definitivas:

“a) Se otorgue la guardia y custodia del hijo menor Adrián a la madre, Doña Andrea C. B., siendo la autoridad familiar compartida.

b) Se establezca un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos desde la salida de la guardería, colegio o las 17,00 horas y hasta el domingo a las 20,00 horas; la tarde de los miércoles desde la salida de la guardería, colegio o las 17,00 horas y hasta las 20,00 horas, en las semanas en que disfrute del fin de semana con su hijo, y las tardes de los martes y jueves desde la salida de la guardería, colegio o las 17,00 horas y hasta las 20,00 horas, en las semanas en que no disfrute del fin de semana con su hijo.

Este régimen se suspenderá en vacaciones, que se repartirán al 50% entre ambos progenitores, correspondiendo elegir los años pares al padre y los impares a la madre.

c) Se fije en concepto de alimentos para el hijo común la suma de 250€ mensuales a abonar por Don José Luis G. M. dentro de los 5 primeros días de cada mes y que se actualizarán conforme al IPC anualmente.

c) La obligación de pago de los gastos extraordinarios del hijo común al 50% entre ambos progenitores.

d) Se otorgue el uso del domicilio familiar a Doña Andrea C. B. y al hijo común, y ello hasta la completa liquidación del consorcio.”

Solicita por otrosí la práctica de diversas pruebas.

TERCERO.- Previos los tramites legales y practicadas las pruebas que fueron admitidas, el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo.- Que debo estimar y estimo, parcialmente, la demanda interpuesta por José Luis G. M. contra Andrea C. B., y declaro la disolución por causa de divorcio del matrimonio celebrado entre ambos en Ejea de los Caballeros el 9 de junio de 2007, y acuerdo las siguientes medidas:

-Se atribuye a ambos litigantes la autoridad familiar compartida de su hijo Adrián.

-Se atribuye al hijo menor, Adrián, el uso del que fue domicilio familiar, sito en C/...

-Se establece un sistema de custodia compartida por semanas alternas. El cambio semanal se efectuará el domingo a las 17,00 horas, debiendo el progenitor al que le finalice el periodo de custodia abandonar el domicilio familiar a dicha hora, y entrando entonces el otro progenitor.

El régimen comenzará a regir a partir del domingo 12 de mayo de 2013. Ese día se procederá tal y como se expone en el fundamento noveno de esta resolución.

Durante la semana, el progenitor no custodio podrá estar en compañía de su hijo dos días. A falta de cuerdo, estos días serán los martes y los jueves, de 17,00 a 20,00 horas. La semana que el padre trabaje en el turno de tarde, se sustituirá esta visita por la tarde del sábado de la misma semana, desde las 17,00 a las 20,00 horas. Si la madre trabaja alguna de las tardes en que le corresponde visita, podrá optar por sustituir ambas tardes entre semana por la tarde del sábado de 17,00 a 20,00 horas. A efectos de cumplimiento de las visitas, ambos progenitores deberán comunicarse recíprocamente sus turnos de trabajo con la suficiente antelación.

Las entregas y recogidas del menor se harán siempre en el domicilio familiar.

Las vacaciones se organizarán de la siguiente manera:

Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen ordinario de custodia, cualquier que sea el momento de la semana en que se inicie el periodo vacacional, y aunque ello suponga recortar un periodo ordinario de custodia.

El período de vacaciones de verano incluirá tan solo los meses de julio y agosto, y se dividirá en dos grupos:

-El primer grupo incluirá desde el 1 de julio a las 10,00 horas hasta el 15 de julio a las 20,00 horas, y del 31 de julio a las 20,00 horas hasta el 15 de agosto a las 20,00 horas.

-El segundo grupo incluirá desde el 15 de julio a las 20,00 horas hasta el 31 de julio a las 20,00 horas y desde el 15 de agosto a las 20,00 horas hasta el 31 de agosto a las 20,00 horas.

Los años pares, el padre será quien elija el período que vaya a estar en compañía de su hijo; los años impares, la elección corresponderá a la madre.

No obstante lo anterior, hasta que el menor cumpla tres años, no se aplicará el anterior sistema, sino que los progenitores, continuarán el mismo sistema de alternancia semanal en la custodia, pero sin las visitas intersemanales. Se considera período de vacaciones de verano y, por lo tanto, sin visitas intersemanales, el comprendido entre el 1 de julio y el 31 de agosto.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos: el primero desde el día 23 de diciembre a las 10 horas hasta el 31 de diciembre a las 10,00 horas y el segundo desde este momento hasta el 6 de enero a las 20,00 horas. A falta de acuerdo, los años pares, el padre será quien elija el período que vaya a estar en compañía de su hijo, y los años impares, la elección corresponderá a la madre.

Las vacaciones de Semana Santa, mientras el menor no comience su vida escolar, se regirán por el régimen ordinario de custodia. Una vez se inicie la vida escolar del menor, las vacaciones dividirían en dos mitades, correspondiendo al padre elegir los años pares y a la madre los años impares.

Finalizado cualquier periodo vacacional, se producirá el cambio de período de custodia y uso del domicilio, respetando los días y horas que se han expuesto. Se reanudará entonces el periodo ordinario de custodia, cualquiera que sea el día de la semana, aunque resulte un periodo de custodia más corto que de ordinario.

La tarjeta sanitaria y el DNI del menor, en el caso de que lo tuviese, deberán estar en posesión del progenitor que ejerza la custodia en cada momento.

-El Sr. G. deberá contribuir al sostenimiento de los gastos de asistencia al hijo menor con la cantidad de 170 euros mensuales, y la Sra. C. con la cantidad de 230 euros mensuales. Esta cantidad deberá actualizarse conforme a la variación del IPC o índice que lo sustituya el día 1 de mayo de cada año, de manera automática, siendo la primera revisión el 1 de mayo de 2013. Los litigantes deberán ingresar estas cantidades en los 5 primeros días de cada mes en la cuenta cuya apertura se acordó en medidas provisionales.

Mientras esté en su compañía, cada progenitor satisfará los gastos de manutención y habitación del menor.

En la cuenta referida se cargarán todos los gastos ordinarios del hijo menor (ropa, medicamentos, productos de higiene, etc.). Asimismo, con cargo a esta cuenta, de la que deberán tener poder de disposición ambos progenitores, se adquirirán los bienes de uso corriente que necesite el menor, tales como ropa o material escolar. Además, con cargo a esta cuenta podrá hacerse cualquier gasto ordinario en el que ambos progenitores estén de acuerdo. Cada progenitor deberá comunicar al otro, mensualmente, una liquidación detallada de las disposiciones que haya efectuado de la cuenta, con justificación de cada disposición. En caso de no justificar cualquier disposición, deberá reintegrar la cantidad correspondiente. Serán a cargo de esta cuenta los gastos de suministro de la vivienda_ electricidad, agua y vertidos y gas.

Los gastos extraordinarios necesarios serán abonados en una proporción del 45% el Sr. G. y el 55% la Sra. C.. En el caso de que no se trate de gastos necesarios, los gastos extraordinarios serán sufragados por el progenitor que haya decidido efectuarlos, si no media acuerdo entre las partes.

Se desestima la petición formulada por el Sr. G. en relación con el vehículo familiar.

No se hace expresa imposición de costas.”

Por la representación legal de la Sra. C. se solicitó aclaración y/o subsanación y complemento de la sentencia anterior, en lo relativo al uso del domicilio familiar proponiendo la siguiente redacción:

“Se atribuye al hijo menor, Adrián, el uso del que fue domicilio familiar, sito en C/ ..., y ello hasta el día que cumpla los 3 años de edad. En ese momento, cada progenitor deberá proveer al hijo de la oportuna vivienda, costeada por su cuenta.”

Conferido traslado a la otra parte, el Juzgado de Primera Instancia dictó Auto en fecha 21 de mayo de 2013 acordando estimar la petición formulada por la Sra. C. de aclarar la sentencia dictada en el procedimiento en el sentido que se indicó en el fundamento jurídico segundo de dicha resolución.

CUARTO.- Interpuesto por el Procurador Sr. Gascón Marco en nombre y representación de D^a. Andrea C. B. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose al recurso planteado.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, con fecha 17 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda dictó sentencia cuya parte dispositiva es la siguiente:

“Fallamos.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a. Andrea C. B. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros, el 26 de abril de 2013, debemos revocar y revocamos la misma parcialmente, atribuyendo a la madre la guarda y custodia individual del hijo menor, con autoridad familiar compartida estableciendo el régimen de visitas estipulado en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución y manteniendo el sistema de vacaciones fijado en la Sentencia de instancia.

Se atribuye a la madre e hijo el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación definitiva de la sociedad conyugal.

Se establece a cargo del padre una pensión alimenticia de 250€ mensuales, pagadera los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

Los gastos extraordinarios del menor se abonarán por mitad por los progenitores.

Se mantiene los restantes pronunciamientos que no se oponga a la presente resolución.

No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada.”

QUINTO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca, en nombre y representación de D. José Luis G. M. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo: primer motivo, en inaplicación del art. 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA); segundo motivo, en inaplicación del art. 80.3 y con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; tercer motivo, inaplicación del art. 76.3 b) del CDFA, y con el artículo 14 de la Constitución Española y cuarto motivo, inaplicación del art. 80.2 del CDFA y con el artículo 3.1 del Código Civil.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto por el que, declarada la competencia de la Sala, se admitió a trámite el recurso de casación, no dando lugar a la práctica de la prueba documental solicitada; conferido traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal del recurso, presentaron los correspondientes escritos de oposición.

En fecha 8 de enero de 2014 la Sala, habiendo sido solicitada la celebración de vista y considerando necesaria la misma, se señaló su práctica el día 5 de febrero de 2014, a las 9,30 horas, en que se llevó a cabo con el resultado que obra en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Antecedentes procesales

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros se interpuso demanda de divorcio por la representación de D. José Luis G. M. contra D^a. Andrea C. B., en la que se solicitaba una sentencia por la cual se acuerde la disolución del matrimonio y, entre otras medidas, la guarda y custodia compartida del hijo común Adrián. Tras la tramitación del proceso, la sentencia de 26 de abril de 2013 acordó la estimación parcial de la demanda, declaró la disolución por causa de divorcio del matrimonio celebrado entre los litigantes y, como medidas derivadas, atribuyó a ambos la autoridad familiar respecto de su hijo Adrián, al que se atribuyó el uso del domicilio familiar, estableciendo un sistema de custodia compartida por semanas alternas. La fundamentación jurídica para adoptar esta decisión expresaba que *“el beneficio que para el menor supone la custodia compartida se encuentra en el mantenimiento del contacto del hijo con los progenitores, de una forma parecida, de modo que no pasa a existir en su vida una figura parental principal y otra secundaria”*. Tras el examen de la prueba practicada, concluía que *“en el caso que nos ocupa no concurren elementos suficientes que desvirtúen la aplicación de la regla general establecida en el Código de Derecho Foral. Es más, entiendo que la custodia individual a favor de cualquiera de los progenitores puede ser incluso perjudicial para el menor”* –Fundamento de Derecho Octavo-.

SEGUNDO.- La sentencia fue recurrida en apelación por la representación de D^a. Andrea C. B. Tras el trámite pertinente, recayó sentencia de 17 de diciembre de 2013, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estimó el recurso de apelación y, revocando en parte la sentencia impugnada, atribuyó a la madre la guarda y custodia individual del hijo menor, con autoridad familiar compartida y estableciendo un régimen de visitas respecto del progenitor no custodio y reparto del tiempo de vacaciones.

Las razones que condujeron a la estimación del recurso se centran en los siguientes argumentos: a) los niños deben mantener la mayor estabilidad en sus rutinas y condiciones de vida de pernocta y domicilio, no resultando beneficioso un sistema alterno de custodia que mantenga al menor en

ámbitos separados sin comunicación; b) existe una escasa disponibilidad laboral del padre que le impide ejercer de forma real y personal los cuidados habituales del niño; c) es procedente, en beneficio del menor y para procurarle su estabilidad y correcto desarrollo, otorgar a la madre su custodia individual, por estimarla mas beneficiosa para los intereses del niño, al margen de las expectativas o deseos particulares de los progenitores.

Motivos del recurso

TERCERO.- Frente a dicha sentencia la representación de Don José Luis G. M. ha interpuesto el presente recurso de casación, fundado en cuatro motivos, para concluir solicitando de esta Sala que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y en su lugar acuerde la confirmación en todos sus términos de la sentencia dictada por el Juzgado de Ejea.

El motivo principal es el primero, que denuncia la infracción del art. 80.2 del CDFA, por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida. Los restantes abundan en la misma consideración, añadiendo pormenores relativos a la infracción de otros preceptos constitucionales o legales. Centraremos el examen de las cuestiones debatidas en el primero de los motivos de recurso, sin perjuicio de hacer referencia especial a los restantes.

Examen del primer motivo

CUARTO.- El primer motivo de recurso se fundamenta en la infracción del art. 80.2 del CDFA, entendiendo el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial lo ha incumplido, al no aplicar el criterio preferente de custodia compartida respecto al hijo común Adrián. En el planteamiento y desarrollo del motivo se refiere al preámbulo de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, cuyo texto ha sido posteriormente incorporado al citado Código. Expone seguidamente la necesidad de que el Juez adopte la guardia y custodia compartida, como norma imperativa, para satisfacer así el interés superior del menor. Examina la fundamentación jurídica de la

sentencia impugnada y alega que, con el fallo recaído en la misma, no se produce la igualdad en las relaciones familiares y que las pruebas aportadas por su parte van en contra de la atribución de la custodia individual a favor de la madre, pruebas que no son valoradas ni tenidas en cuenta por la Sala.

Concluye afirmando el criterio preferente de la guardia y custodia compartida, la excepcionalidad de la atribución de dicha guarda a uno solo de los progenitores, y que el único factor contemplado, referente a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, ha sido inadecuadamente analizado por la Audiencia.

QUINTO.- Para el examen del motivo hemos de partir de la naturaleza y función del recurso interpuesto. La parte recurrente no interpone motivo por infracción procesal, como pudo hacerlo, de modo que las referencias a la valoración de la prueba practicada en autos no pueden ser objeto de consideración por esta Sala.

El recurso de casación tiene una función preferentemente nomofiláctica, como control de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico sustantivo y para la fijación de jurisprudencia, de modo que no resulta posible en el ámbito de este recurso extraordinario realizar una nueva valoración de la prueba o sustituir la fijación de los hechos realizada por la Audiencia Provincial, puesto que el recurso de casación constituye un nuevo grado de jurisdicción pero no una tercera instancia. Como ha expuesto reiteradamente el Tribunal Supremo, *“la casación no es una tercera instancia ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho y el carácter extraordinario del recurso de casación, al que se reserva el examen de la correcta aplicación del derecho sustantivo a la cuestión de hecho, ha sido subrayado por la LEC, de cuyo régimen se deduce que todo lo relativo a la prueba, incluyendo su valoración, constituye una cuestión procesal cuyo conocimiento se encuentra reservado al recurso extraordinario por infracción procesal, dentro de los estrechos cauces en que por la vía de este recurso se admite la revisión de los hechos que considera probados la sentencia recurrida”* - sentencia de 15 de enero de

2014, nº 3/2014, y las en ella citadas-. Siendo así, es necesario partir de los hechos que la sentencia impugnada considera acreditados.

En cuanto al fondo, es cierto que el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores.

La sentencia recurrida parte de los siguientes hechos, que considera relevantes para la decisión adoptada:

a) La joven edad del menor Adrián, nacido el 22 de mayo de 2011, que en la fecha de la resolución tenía dos años de edad recién cumplidos;

b) El menor no estaba en tal fecha escolarizado, aunque los progenitores habían decidido inscribirlo en una guardería el próximo curso escolar, por lo que se desconocían los horarios que mantendrá el niño;

c) Existe una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores;

d) La madre vive sola en la vivienda familiar, trabaja de enfermera con un régimen de turnos que le permiten cuatro días seguidos de descanso y que puede flexibilizar con sus compañeros de trabajo, gozando del apoyo de familiares, en especial de sus padres;

e) El padre tiene una escasa disponibilidad laboral que le impide ejercer de forma real y personal los cuidados habituales del niño.

SEXTO.- Partiendo de tales hechos, no puede estimarse el primer motivo de recurso, ya que la Audiencia Provincial no ignora el criterio de adopción preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 del CDFA sino que, en ejercicio del margen de discrecionalidad que el legislador atribuye a los tribunales de instancia, ha decidido fundadamente que en el caso de autos la custodia individual a favor de la madre satisface el interés superior del menor, con mayor efectividad que el de custodia compartida propugnado por el recurrente.

Debe significarse, además, que la muy joven edad de Adrián constituye un elemento a considerar para que se mantenga bajo el cuidado de su madre y que la existencia de una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores constituye, en este caso, una causa que dificulta la custodia compartida por tiempos alternados, al no existir en el momento en que se adoptó la decisión un ámbito de relación fuera del familiar en el que el menor se encontrase y pudiera propiciar la comunicación respecto de hábitos de conducta, alimentación y sanidad, como sería en caso de estar ya escolarizado. La custodia que previene el legislador es alterna en el tiempo pero compartida en el ejercicio, lo que exige un mínimo de cooperación y comunicación entre el padre y la madre, no siendo equiparable a ella una custodia repartida con ausencia total de comunicación de decisiones que afecten al desarrollo del menor.

Examen del segundo motivo

SEPTIMO.- El motivo segundo se interpone por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida, en infracción del principio de seguridad jurídica. Invoca la parte recurrente los arts. 80.3 del CDFA y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y lo plantea “en íntima conexión con el anterior”. Para su consideración hemos de remitirnos a las consideraciones que se han efectuado anteriormente, relativas a la invocada vulneración del art. 80.2 del CDFA añadiendo: a) que el precepto del Código aragonés a que se refiere el recurrente no constituye una norma de carácter sustantivo, sino adjetiva o instrumental, en cuanto permite al juez utilizar y valorar determinados medios probatorios de relevancia para que pueda adoptar una decisión conforme a derecho: “*Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores*”; b) que la referencia al art. 217 es materia procesal, solo introducible en recursos extraordinarios por vía de infracción procesal, en los términos del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su Disposición Final 16ª, vía no utilizada en este caso; c) que la norma regula las

consecuencias de la falta de prueba de determinados hechos, “*Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones*”, pero en el caso de autos la Audiencia Provincial ha declarado unos hechos como probados y extraído de ellos la consecuencia jurídica, conforme a la norma sustantiva; d) las restantes alegaciones del recurrente inciden directamente en la valoración de la prueba practicada, lo que no es posible dada la vía de recurso utilizada.

Examen del tercer motivo

OCTAVO.- El tercer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 76.3 b) del CDFA, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, por inaplicación del criterio de adopción preferente de custodia compartida, en infracción del principio de igualdad. El desarrollo del motivo, además de incidir en las cuestiones anteriormente planteadas, y a las que hemos dado respuesta en los precedentes apartados, expresa que el cambio de custodia favorece a la madre pero supone desigualdad con respecto al padre, lo que determina una situación de desequilibrio y desigualdad.

El motivo no puede prosperar. El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuges en las relaciones parentales, y así constaba en el propio enunciado de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, actualmente incorporada al CDFA; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progenitores, el padre o la madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor.

Lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el

titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior.

No se vulnera el principio de igualdad, constitucionalmente, cuando se da un trato diferenciado por razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada una de las personas. Como acertadamente expresaba el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, “el desarrollo argumental del recurrente llevaría a la prohibición de cualquier custodia individual”, y esta forma de argumentar por parte del recurrente pugna con la doctrina del Tribunal Constitucional recaída al respecto: *“no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una determinada materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del art. 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable; pues como regla general el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas. Por lo que dicho precepto constitucional, en cuanto límite al propio legislador, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable; prohibiendo el principio de igualdad, en suma, aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos o razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”* –Sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno, de 27 de mayo de 1993, nº 176/1993-.

Por ello el motivo se desestima.

Examen del cuarto motivo

NOVENO.- El cuarto motivo del recurso invoca inaplicación del art. 80.2 del CDFA en relación con el artículo 3.1 del Código Civil, por inaplicación del criterio de adopción preferente de custodia compartida, en infracción de la realidad social y de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y de este mismo tribunal.

El motivo ha de ser desestimado, pues la cita de las sentencias que se realiza en su desarrollo jurídico no permite apreciar que en este caso se haya

producido la infracción legal denunciada, única que puede ser objeto de la pretensión casacional.

En cuanto a la interpretación de las leyes conforme “*a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”, constituye un mandato del legislador, contenido en el Código Civil, tendente a lograr una aplicación de la ley acorde con las cambiantes relaciones sociales y culturales, y dirigido especialmente a los supuestos en que la decisión ha de adoptarse aplicando leyes antiguas, que no han adaptado su redacción al paso de los años.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2012, nº 348/2012, recuerda que: “*La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico en la interpretación de las leyes -si bien debe ser utilizado con ponderación según afirman las sentencias 927/2007 de 26 noviembre, y 954/2008, de 17 de octubre -. Dicho canon exige la constante adaptación de la interpretación de la norma a la evolución de los valores sociales en cada momento histórico y, como no podía ser de otra manera, a los cambios legislativos*”.

Pero en el caso de autos la ley aragonesa es de reciente promulgación y ha sido más tarde –en el año 2011- integrada en el texto refundido del Código Foral, de modo que no es preciso atender a esa prevención para realizar una correcta interpretación de la norma que, insistimos, permite en determinados casos un régimen de custodia individual de los hijos menores, como se ha realizado fundadamente en la sentencia de la Audiencia Provincial.

En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Pronunciamiento sobre costas

DÉCIMO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, pero existiendo decisiones de signo contrario en las instancias y en atención a la complejidad fáctica y jurídica del caso no procede hacer imposición de costas en este recurso, conforme permite el art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y normas de general aplicación.

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Luis G. M. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de septiembre de 2013, que confirmamos.

No hacemos imposición de las costas causadas por el recurso.

Decretamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

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

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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