

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal núm. 27 de 2015

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

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

En Zaragoza, a siete de octubre 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 e infracción procesal número 27/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 31 de marzo de 2015, en el rollo de apelación número 79/2015, dimanante de autos de Modificación de medidas núm. 261/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D. Pedro Tomás L. C.,

representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Carmen Ibáñez Gómez y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> del Carmen Alquézar Puértolas, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Alicia C. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Luisa Hueto Sáenz y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pilar Sangorrin Ferrer, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Carmen Ibáñez Gómez en nombre y representación de D. Pedro Tomás L. C. presentó demanda sobre modificación de medidas frente a D<sup>a</sup>. Alicia C. G., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites que procedentes, se dictase sentencia por la que “se modifiquen las Medidas de Pacto de relaciones Familiares, (QUINTA, SEXTA, SEPTIMA) referentes a la GUARDA Y CUSTODIA, REGIMEN VACACIONAL Y DE VISITAS, USO DEL DOMICILIO FAMILIAR Y CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS del hijo menor que deberán quedar redactadas de acuerdo con las que se proponen a continuación:

QUINTA.- Declarar extinguido el uso del domicilio familiar a favor de la esposa que se otorgó en razón de la custodia del menor.

El piso se pondrá a la venta de la forma pactada en el Pacto de Relaciones Familiares de 20 de diciembre de 2010 y la esposa deberá abandonarlo en el plazo de 3 meses desde la fecha de la sentencia dejando el piso vacío y expedito.

Todos los gastos de la propiedad del inmueble tales como IBI, carga hipotecaria, derramas extraordinarias, seguro se abonarán por las partes al 50% y los gastos ordinarios los abonará la parte que lo use y desde que quede vacío para su venta se pagarán todos los gastos del piso al 50% por las partes.

SEXTA.- La guarda y custodia del hijo menor de edad, se otorga a ambos progenitores de forma compartida, a la vez que comparten ambos la autoridad familiar.

La custodia, entendiendo por tal la atribución de la compañía del hijo menor de edad, será por años completos de forma alternativa, empezando por la madre desde la fecha de la sentencia, hasta el 30 de junio de 2014, en que pasará a ejercerla el padre por un año completo, del 1 de julio de 2014 hasta el 30 de junio de 2015 y luego ya por años alternos la ostentará cada una de las partes.

En los casos de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva lo más favorable al interés del hijo. Será necesaria la intervención de ambos progenitores, a título sólo ejemplificativo, para las decisiones relativas a las salidas al extranjero del hijo menor, para las decisiones de adoctrinamiento del hijo en una confesión religiosa o similar, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio del hijo y posteriores traslados, para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico, incluidos tratamientos dentales, esté o no cubierto por la Seguridad Social. Naturalmente todo ello fuera de los supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. La tarjeta sanitaria del menor la tendrá consigo el progenitor que en cada momento lo tenga en su compañía.

Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entiende prestado éste tácitamente, si en el plazo de 15 días naturales siguientes a aquél, no lo rechaza. En caso de discrepancia será necesaria la previa autorización judicial para poder llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro.

En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre el hijo, el progenitor custodio está obligado a comunicar al otro toda contingencia que

sólo el conozca respecto del menor, para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. Los padres deberán establecer el sistema de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefónicas entre el progenitor no custodio y el hijo, ambos progenitores deberán favorecer la que sea razonable.

Ambos progenitores tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a su hijo, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

#### REGIMEN DE VISITAS

En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que el hijo menor de edad pueda estar en compañía del progenitor no custodio, consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del Colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, a las 21 horas del domingo y, en periodo escolar hasta el lunes por la mañana en que el progenitor que lo tenga de visitas tal fin de semana lo llevará directamente al colegio el lunes por la mañana, y dos tardes por semana que, a falta de acuerdo lo serán las de los martes y jueves, desde la salida del colegio por la tarde, ya sea a las 13, 17 o a otra hora, donde los recogerá el progenitor no custodio hasta las 20 horas en que lo retornará al domicilio del progenitor custodio.

#### VACACIONES

Corresponderá a cada progenitor la mitad de las vacaciones de Navidad y un mes en verano.

Las vacaciones escolares de Navidad por mitad se dividirán en dos periodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, a las 17 horas, hasta el día 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, a las 17 horas. El padre disfrutará del primer periodo en los años pares y del segundo en los impares.

Las vacaciones escolares de verano que correspondan un mes a cada progenitor se dividirán en dos periodos, el primero desde el 30 de junio por la tarde a las 17 horas, hasta el 31 de julio a las 17 horas, y el segundo, desde el 31 de julio a las 17 horas, hasta el 31 de agosto a las 17 horas. Corresponderá al padre el primer periodo en los años pares y el segundo en los impares.

Las vacaciones de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su corta duración corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: los años pares corresponderá la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre y los años impares la Semana Santa al padre y las Fiestas del Pilar a la madre.

En los periodos vacacionales la entrega y recogida del menor se realizará en el domicilio del progenitor custodio y deberán ambos progenitores entregar y devolver al hijo siempre con la tarjeta sanitaria y DNI, en su caso, de manera que esta documentación la ostente siempre el progenitor que tenga en su compañía al menor.

Durante los periodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas. Así, tras cada periodo de vacaciones las visitas se han de reanudar en la forma en que quedaron antes del último periodo de vacaciones y el progenitor que disfrutó del último fin de semana antes de las vacaciones no disfrutará del primer fin de semana tras las vacaciones.

Los llamados “puentes escolares” se unirán al fin de semana. Si el hijo padeciera alguna enfermedad que le impidiera las visitas y salidas del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlo una hora al día, que señalará el progenitor custodio, de los que le correspondieran por el régimen de visitas expuesto.

SEPTIMA.- Cada progenitor custodio atenderá las necesidades de alimentación, incluido ropa y otros gastos corrientes del cuidado diario del menor durante los periodos de custodia compartida.

Las partes domiciliarán todos los gastos ordinarios educativos del hijo menor referidos a coste de matrícula, mensualidades de enseñanza y libros de texto en una cuenta que abrirán de forma conjunta y en la que atenderán con ingresos al 50% los gastos indicados.

Los gastos extraordinarios necesarios del hijo serán sufragados al 50% por ambos progenitores. Se entienden por gastos extraordinarios, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico.

Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en virtud de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización.”

Por otrosi solicitó la práctica de prueba anticipada si la demandada se opusiera a la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido a la parte demandada, ésta compareció en autos contestando la demanda planteada de contrario, oponiéndose a la misma, y suplicando se dictase sentencia “que venga a desestimar la citada demanda y confirme íntegramente los efectos consensuados por las partes en el Pacto de Relaciones Familiares previo y aprobados en la Sentencia de Divorcio dictada en su día por este mismo Juzgado, por ser la custodia materna más beneficiosa para el menor, debiendo imponer las costas del proceso al actor, por su temeridad y mala fe civil.”

**TERCERO.-** Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis se dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“Fallo: Que debo estimar y ESTIMO en parte la demanda de modificación de medidas, deducida por la Procuradora D<sup>a</sup>. Carmen Ibáñez Gómez, en nombre y representación de D. PEDRO TOMÁS L. C., contra D<sup>a</sup>. ALICIA C. G., representada por el Procurador D<sup>a</sup>. María Luisa Huetto Sáez, 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 uno de octubre de dos mil catorce (que corresponderá al padre, hasta el día treinta del mismo mes), la guarda y*

custodia del hijo, ALEJANDRO L. C., sea ejercida de forma compartida, por ambos progenitores, D<sup>a</sup>. ALICIA C. G. y D. PEDRO TOMÁS L. C., por periodos iguales y alternos de UN MES (desde el primer día del mes a la hora de salida del Colegio, o, subsidiariamente, si fuera no lectivo, en el domicilio del menor, hasta el día treinta del mismo mes, con independencia de que el mes tenga treinta o treinta y un días (o el 28 ó 29, respecto al mes de febrero, a la hora de comienzo de las clases, o en el domicilio del menor), manteniéndose vigente hasta la señalada fecha el actual sistema de guarda y custodia y visitas. Los cambios de convivencia tendrán lugar, siempre que se tratase de periodo lectivo, en el Colegio, donde deberá el menor ser recogido por el progenitor que con el que vaya a residir en el concreto periodo que se inicia, y donde la dejará cuando corresponda. Si el día en que se inicie el régimen de convivencia con uno u otro progenitor fuera no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente, la recogida del menor tendría lugar en el domicilio en el que en ese momento residiera el menor, a las 11:00 horas, o a la que de común acuerdo adoptado en interés del menor, los progenitores pudieran establecer, antes de las 20:00 horas del día correspondiente en cualquier caso. Si el primer día del mes coincidiera con fin de semana que correspondiera al progenitor no custodio en ese momento, la recogida del menor tendría lugar el lunes inmediato siguiente, o el primer día lectivo, si coincidiera con un puente escolar, los cuales, en todo caso, se unirán al fin de semana que prolonguen.

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 (1/10/2014), 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 el menor entregado 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 el hijo 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 el menor cumpla los diez años de edad, o en cualquier momento anterior, siempre que medie mutuo acuerdo al respecto, los progenitores 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 el hijo cada año esté con cada uno de los progenitores en las fechas 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 del hijo, ambos sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, y de recreo o entretenimiento del menor en las épocas que el niño 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 €) 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 del menor, 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 del hijo, deberá tener en su poder todos los documentos del 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 considerarán vigentes las medidas en su día adoptadas por la Sentencia de diecisiete de marzo de dos mil once, dictada en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, seguido ante este Juzgado de Primera Instancia bajo el nº 12/11-D, por la que se aprobaba el Pacto de Relaciones Familiares de fecha 20/12/2010, y anexo de 7/02/2011, propuesto por las partes, 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.”*

A petición de la parte demandante, se dicta Auto aclaratorio en fecha 28 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es la siguiente:

*“ACUERDO: ESTIMAR la petición formulada por la Procuradora Sra. Ibáñez Gómez de aclarar la Sentencia dictada con fecha 19/07/2014 (SIC) en el presente procedimiento, cuya parte dispositiva en lo que se refiere a la contribución de los progenitores a los gastos del hijo, se deberá entender en lo sucesivo como sigue:*

*Como contribución de los progenitores a los gastos del hijo, ambos sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, y de recreo o entretenimiento del menor en las épocas que el niño permanezca con cada uno de ellos, sin perjuicio de los reintegros que entre ellos procedan, debiendo los progenitores ingresar la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150 €) mensuales, en las condiciones determinadas en el FD CUARTO de esta resolución, (...).”*

**CUARTO.-** La Procuradora de los Tribunales Sra. Hueto Saenz, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Alicia C. G., presentó recurso de apelación contra la sentencia y auto aclaratorio. Se confirió traslado a las otras partes, que contestaron, oponiéndose la parte contraria e impugnando el Ministerio Fiscal la Sentencia de 18 de julio de 2014, interesando la estimación del recurso de apelación interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, en fecha 31 de marzo de

2015 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“Fallamos.- Que estimando los recursos de apelación interpuestos por **D<sup>a</sup>. ALICIA C. G.** y el **MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup>. Instancia n<sup>o</sup>. 16 de Zaragoza el 18 de Julio de 2014, aclarada por Auto de 28 de Octubre de 2014, debemos revocar y revocamos la misma, dejando sin efecto sus pronunciamientos, y, desestimando la demanda deducida por **D. PEDRO-TOMÁS L. C.** debemos mantener y mantenemos lo establecido en Sentencia firme de divorcio de 17 de marzo de 2011, sin hacer declaración de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada.”*

**QUINTO.-** La representación legal de D. Pedro Tomás L. C. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, basándolo en los siguientes motivos:

*“Vulneración del art. 24 de la Constitución, artículo 469.1.4<sup>o</sup> de la LEC (ST TS 429/2011 de 9 de Junio), error en la valoración de la prueba pericial incurriendo en arbitrariedad, irracionalidad o error manifiesto en su valoración que conlleva la vulneración de la tutela judicial efectiva.” E*  
*“Infracción por aplicación indebida del artículo 80.2 del Código de derecho Foral de Aragón.”*

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 Magistrada Ponente para resolver. Por auto de 29 de mayo de 2015 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición. Dentro de plazo, presentaron su oposición al recurso planteado de contrario, tanto la parte demandada como el Ministerio Fiscal, solicitando ambas partes la desestimación de aquél.

Por providencia de 8 de julio de 2015, se señaló para votación y fallo el día 16 de septiembre de 2015.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas –entre ellas, la custodia individual del menor Alejandro- acordadas en la sentencia de 17 de marzo de 2011 recaída en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Se pidió, concretamente, que se estableciera la custodia compartida del hijo común, y el correspondiente régimen de visitas y de contribución a los gastos de aquél. Se alegó, como fundamento básico de la pretensión, que había variado la circunstancia que determinó dicho régimen, cual era el hecho de vivir el padre (actor y ahora recurrente) en Tarazona.

La sentencia de primera instancia, a la vista de los factores que establece el artículo 80.2 del CDFA, llegó a la conclusión de que no concurren en el caso elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente al interés del menor, por lo que acordó el régimen de custodia compartida.

La sentencia de apelación –con base en consideraciones que después analizaremos- revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre, decisión contra la que se formula el presente recurso extraordinario.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos se formula por infracción procesal, con base en el art. 469.1.4º LEC. Alega la parte vulneración del art. 24 CE, al considerar que ha incurrido la Sala en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, cuyo resultado –se afirma en el recurso- se ha obviado.

La sentencia objeto de impugnación expresa:

“Así, el informe psicológico practicado (folio 197 y ss) revela una alta conflictividad parental, siguiendo la demandada tratamiento psicológico desde mayo de 2013, habiendo acudido en septiembre de 2010 a consulta de trabajo social (folios 209 y 210).

El padre reconoce colaborar los fines de semana con la Asociación Yuca, y también los lunes y jueves de 6 a 7 h. de la tarde, llevando allí al menor cuando está en su compañía.

La madre ha sido la principal cuidadora del hijo menor, habiendo adaptado sus requerimientos laborales como auxiliar de enfermería a las necesidades del hijo, teniendo plena disponibilidad horaria para ello.

La perito recomienda un reparto de periodos alternativos con el hijo Alejandro, nacido el 12-12-2006, por entender que el menor muestra cierto posicionamiento hacia la madre, sin embargo, reconoce que el menor mantiene buena relación con el padre”.

En efecto, las expresiones entrecomilladas son reflejo de las que en el informe se contienen, por tanto no es cierto (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá) que se haya ignorado la prueba en cuestión, ni que se haya incurrido en error manifiesto en su valoración.

En el desarrollo del motivo indica la parte que no se ha argumentado de manera congruente la decisión de no adoptar los postulados del informe, y que se han obviado otras pruebas y actuaciones; reproduce a continuación unos fragmentos de su escrito de oposición a la apelación en los que reprocha la conducta de la contraparte, y concluye que la resolución “ha fallado en contra del régimen preferente de custodia compartida del Código Foral de Aragón, no solo sin argumentar correctamente el haber encontrado argumentos para desmarcarse de dicho régimen preferente sino directamente mediante una interpretación arbitraria e irracional (...)”.

Se utiliza, así, una técnica defectuosa, pues en el mismo motivo se mezclan diversas infracciones procesales (arbitrariedad en la valoración de la prueba y, aunque sin enunciarlo, falta de motivación) y sustantivas, con alegaciones ajenas al objeto del recurso.

Por todo lo anterior, el motivo se desestima.

**TERCERO.-** En el motivo de casación se denuncia infracción del artículo 80.2 del CDFA, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios.

De acuerdo con una constante jurisprudencia de esta Sala, que se recoge en la STSJA nº 36/2013, de 18 de julio:

"(...) decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), destacando en las sentencias sobre esta materia que el criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

La sentencia de la Sala de 1 de febrero de 2012 (recurso 24/2011), resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

'En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin ( Sentencia de 30 de septiembre de 2011 ); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011 ); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código ( Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011 ); 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' (...)"

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 evidencia 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). *A contrario sensu*, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia.

**CUARTO.**- La sentencia recurrida (Fundamento Segundo) refiere que la demanda se fundó en el hecho de vivir actualmente el actor en María de Huerva, mientras que al tiempo del divorcio residía en Tarazona, donde trabajaba. Y expresa: "Al tiempo de presentar la demanda el actor trabajaba en Tarazona, distancia considerable de Zaragoza donde reside el menor con su madre, haciéndolo ahora en Zaragoza (...)". Pero después, en otro pasaje (párrafo penúltimo del Fundamento tercero) expresa que "No existe, ni se ha probado en el presente proceso, circunstancia alguna que motive el cambio de custodia pretendido por el actor (...)".

La mera lectura de la sentencia impugnada revela pues, como pone de manifiesto el recurrente, una evidente incoherencia. Y es clara la relevancia de la cuestión a la que atañe, ya que, como se ha dicho, fue precisamente el cambio en cuestión lo que sustentó la pretensión del actor de modificación de medidas.

**QUINTO.**- La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, aduce que la modificación se pidió con base en un cambio de circunstancias no invocada ni justificada en la demanda, cuando lo que debe valorarse es la situación personal de las partes en el momento en que se interpone la demanda, ya que lo contrario infringe el principio de seguridad jurídica y le causaría indefensión.

Olvida la demandada, con ese modo de razonar, que en los procesos atinentes a menores no rige con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del

componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4<sup>a</sup>, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4).

Sucede, además, que en el acto del juicio, como consta en la grabación, ya se indicó por la Letrada al hilo de la presentación del documento acreditativo de la superación de la oposición, que podría elegir plaza, por lo que al curso siguiente probablemente ya estaría en Zaragoza.

**SEXTO.-** No obstante lo anterior, el mero hecho de que el padre haya pasado a residir (al tiempo del dictado de la sentencia recurrida y como se expresa en ella, también a trabajar) en Zaragoza, podría no bastar para variar, sin más, el régimen existente. Pues hace falta –habremos de repetirlo– que el cambio aparezca como más conveniente al interés del menor.

Corresponde por tanto a continuación, detenerse en las demás circunstancias a que alude la sentencia en su fundamentación, pues podría ocurrir que, pese a la modificación aludida, cupiera concluir la suficiencia de aquellas para sustentar la decisión.

Se alude, primeramente, a la ausencia de un plan organizativo concreto sobre la asunción de los cuidados del menor por el padre. Es ésta una expresión vaga, que no atiende (al menos no se nos dice por qué razón no lo tiene en cuenta) el dato de que en el informe pericial, y pese a que señala que *ambos progenitores* necesitan apoyos para compaginar su vida laboral y el cuidado del menor, se expresa que el régimen de custodia compartida propuesto permite cubrir todas las necesidades del menor. Tampoco en ese informe se contempla como un inconveniente (y no parece que lo sea ni la sentencia razona por qué lo considera así) la segunda de las circunstancias que menciona la resolución, cual es que el padre carece de vivienda

independiente, al margen de familiares. En tercer lugar, se apunta la pendencia de un proceso penal seguido contra el actor por violencia de género. Está aportada la sentencia firme absolutoria, en la que se indica que la denuncia por malos tratos se presentó en fecha 19 de febrero de 2014 (es decir, después del inicio del proceso de modificación de medidas) y lo fue por hechos ocurridos en meses y días no especificados de los años 2005, 2006 y 2009, apreciándose la prescripción.

No cabe, en absoluto, acoger las alegaciones de la contraparte en su escrito de oposición al recurso, cuando afirma que, pese a la sentencia absolutoria, debe aplicarse el artículo 80.6 del CDFA, ya que los hechos denunciados sirven como indicios fundados de violencia sobre la esposa. Esta afirmación es completamente gratuita y además no tiene en cuenta la interpretación que de dicho precepto ha hecho esta Sala en su sentencia de 2 de julio de 2013 dictada en recurso de casación 7/2013.

**SÉPTIMO.-** En fin, la sentencia guarda silencio sobre la clara recomendación que hace el informe psicológico, propugnando la custodia compartida, y del que cabe destacar que el niño se relaciona con su padre según el sistema acordado, de forma regular y sin dificultades; que ambos progenitores son referentes para el menor, expresando un buen concepto de los mismos; que el niño expresa su deseo de pasar más tiempo con su padre, aunque también muestra su preocupación porque valora que un cambio en este sentido afectaría emocionalmente a su madre. Esto último lleva a la experta a la afirmación de que el mantenimiento de la situación existente puede dar lugar a un distanciamiento del niño con su padre en defensa de la postura de la madre, por lo que considera importante reforzar la relación paterno filial, aconsejando finalmente que el niño permanezca con cada uno de los progenitores en períodos mensuales alternos.

Por cuanto ha quedado expuesto, considera la Sala que procede estimar el motivo y revocar la sentencia, manteniendo el pronunciamiento del Juez de primera instancia.

**OCTAVO.-** La estimación del recurso de casación determina la no imposición de las costas devengadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la LEC.

### **FALLAMOS**

**PRIMERO.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Pedro Tomás L. C., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 31 de marzo de 2015, en autos de modificación de medidas núm. 261/13, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

**SEGUNDO.-** Confirmamos íntegramente el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en su sentencia de 18 de julio de 2014.

**TERCERO.-** No hacemos imposición de costas.

**CUARTO.-** Hágase entrega al recurrente del depósito constituido.

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

**SEXTO.-** Esta sentencia es firme por ministerio de la ley y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.