



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 13 de 2016

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

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^a. Carmen Samanes Ara /

En Zaragoza, a treinta de junio de dos mil dieciséis.

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 13/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 23 de febrero de 2016, en el rollo de apelación número 679/2015, dimanante de autos de guarda, custodia y alimentos núm. 608/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D. Alberto M. R. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Elsa Baena Tamargo y dirigido por la Letrada D^a. Rafaela Poyato Gómez y como parte recurrida D^a. Vanesa M. L. representada por el

Procurador de los Tribunales D. José Alfonso Lozano Vélez de Mendizábal y dirigida por la Letrada D^a. Susana Gutiérrez Lallave, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Elsa María Baena Tamargo en nombre y representación de D. Alberto M. R. presentó demanda de guarda y custodia, alimentos y régimen de visitas, frente a D^a. Vanesa M. L., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites pertinentes, se dictase sentencia por la que “estimando la presente demanda se acuerde la adopción de las medidas solicitadas, aprobando el Plan de Relaciones Familiares que se acompaña consistente en

1.- En cuanto a la patria potestad y guarda y custodia de la menor: los progenitores ostentarán ambos la patria potestad sobre la hija menor, hasta su mayoría de edad.

La menor quedará bajo la guarda y custodia del padre, por ser este quien hasta la ruptura de la convivencia se ha encargado del cuidado de la casa y de la menor.

De modo subsidiario, y de entenderse que el régimen de custodia mejor para la menor es el de guarda y custodia compartida, se solicita que esta sea por quincenas hasta que la misma cumpla tres años de edad, en ese momento, la custodia, pasará a ser compartida por los progenitores mensualmente.

2.- Régimen de visitas, comunicación y estancia: Como régimen de visitas a favor de la madre se establezca el siguiente:

La madre podrá tener consigo a la menor dos tardes entre semana, desde la salida del colegio o en su defecto desde las 17,30 horas hasta las 20 horas.

Igualmente la madre podrá tener en su compañía a la hija fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o en su defecto desde las 17,30 horas hasta las 20 horas del domingo.

Tanto la recogida de la menor se realizara en el colegio o guardería si la menor va a ellos, o en su defecto en el domicilio paterno y la entrega siempre en el domicilio paterno.

Los periodos de vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad se dividirán por mitades partes conforme a lo siguiente:

Navidad: el primer periodo se iniciará el primer día vacacional a las 20.00 horas, hasta el 31 de diciembre a las 10.00, y el segundo periodo comenzará a las 10.00 horas del citado 31 de diciembre y finalizará el día inmediatamente anterior a la reanudación del curso escolar a las 20.00 horas.

Ambos progenitores acuerdan que el día de Reyes, y con el fin de que ambos pudieran disfrutar de esa fecha con sus hijos. Será repartido por mitad, de tal forma que la tarde será disfrutada por el progenitor con que no estuviera en ese periodo, pudiendo estar con su hijo desde las 16.00 hasta las 20.00 horas.

Semana Santa: El primer periodo se inicia desde el viernes anterior al domingo de ramos a las 20.00 hasta el miércoles a la misma hora y el segundo periodo será desde esa hora hasta el lunes de pascua a la misma hora.

Si las vacaciones escolares cambiasen se repartirán por mitad amoldándose los periodos a las nuevas fechas.

Vacaciones de Verano:

Los meses de julio y agosto, se dividirán por quincenas. Produciéndose la alternancia de tal forma que los padres no puedan disfrutar más de una quincena seguida salvo acuerdo expreso entre ellos.

Las quincenas comenzarán a las 10.00 horas del día en que comiencen hasta las 20.00 horas del último día de la quincena que corresponda.

Normas comunes.- Los padres se pondrán de acuerdo en el periodo que le corresponda respecto de cada periodo vacacional y en caso de desacuerdo regirá lo siguiente:

1º. Corresponderá la elección del periodo de vacaciones tanto de semana santa, navidad y verano, a la madre en los años pares y al padre los impares.

El progenitor al que le corresponde elegir deberá comunicarlo vía email o mensaje de texto al otro con una antelación mínima de un mes, y si no lo hiciera así corresponderá la elección al otro.

El día del cumpleaños de la menor, y con independencia de quien ostente la guardia y custodia o con quien estuvieren los menores conforme al régimen de visitas, ambos progenitores tendrán derecho a ver y a estar con ella al menos dos horas si fuera día laborable y cuatro horas si coincidieran en fin de semana o festivo.

En el caso de que algún progenitor tuviera algún acontecimiento familiar importante, entendiéndose por tal bodas, comuniones o bautizos de familiares directos o cualquier otro evento de especial relevancia para el progenitor, éste podrá estar con la menor aun en el supuesto de que en cumplimiento del régimen de visitas o guardia y custodia correspondiera a los menores estar con el otro, debiendo notificarlo por correo al menos con dos días de antelación.

En el caso de que alguno de los padres, en algún momento determinado no pudiese cumplir con este régimen, habrá de notificárselo por escrito y en tiempo prudencial a la otra parte.

Ambos progenitores se comprometen, asimismo, a que durante los periodos vacacionales, se informarán mutuamente de dónde se encuentran con la menor, permitiendo la comunicación telefónica directa entre ésta y el progenitor que no le tenga consigo.

Caso de enfermedad o síntomas que pudiese padecer la hija, deberá ponerse en conocimiento inmediatamente del otro progenitor, quien podrá visitarla, sin ninguna limitación, allí donde se encontrare.

Para todo lo relacionado con la docencia, educación, cambios de colegio, excursiones, viajes escolares, deportes u otras actividades de la hija, los progenitores de común acuerdo decidirán lo más beneficioso para ella, y en caso de discordia, se someten a la decisión judicial.

Para el caso de guarda y custodia compartida, regirá el mismo régimen de visitas, para ambos progenitores, produciéndose la alternancia en los fines de semana que no esté la menor en su compañía.

3. Atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar: como quiera que el domicilio que fue familiar era alquilado y se va a resolver el contrato de arrendamiento no existiendo domicilio en común, ningún pronunciamiento se requiere al respecto.

4. Pensión de alimentos para la hija:

a) custodia individual a favor del padre:

La madre entregará al padre por meses anticipados y dentro de los primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto por el mismo se indique, y en concepto de pensión de alimentos para atender los gastos de la hija menor, la cantidad de 100,-€ mensuales, ello si sus ingresos son iguales o inferiores al salario mínimo interprofesional. Si sus ingresos fueran superiores al salario mínimo interprofesional, se abonara la cantidad de 175.-€.-

La cantidad que en cada momento corresponda por pensión de alimentos será actualizada anualmente de conformidad con la variación porcentual que experimente el índice de Precios al Consumo (I.P.C.) que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo público o privado que el su futuro pudiera sustituirle, correspondiendo la primera actualización en Enero de 2015.

Respecto de los gastos extraordinarios necesarios, entendiéndose por tales los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social y de educación necesarios, serán abonados por ambos progenitores por iguales y mitades partes, y respecto de los gastos extraordinarios no necesarios requerirán el acuerdo previo de ambos progenitores y de no producirse éste será a cargo del progenitor que los genere, debiendo respetarse respecto de los gastos no necesarios relativos a actividades extraescolares, viajes o campamentos el régimen de visitas que pudiera verse afectado por los mismos.

b) custodia compartida

Cada progenitor se hará cargo de los gastos de alimentación de la menor en el periodo que le corresponde.

Respecto de los gastos extraordinarios necesarios, entendiéndose por tales los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social y de educación necesarios, serán abonados por ambos progenitores por iguales y mitades partes, y respecto de los gastos extraordinarios no necesarios requerirán el acuerdo previo de ambos progenitores y de no producirse éste será a cargo del progenitor que los genere, debiendo respetarse respecto de los gastos no necesarios relativos a actividades extraescolares, viajes o campamentos el régimen de visitas que pudiera verse afectado por los mismos.”

Por otrosí solicitó prueba y medidas provisionales.

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 por la que “desestimando íntegramente la demanda presentada por Don Alberto M. R., se acuerden las medidas detalladas el plan de relaciones familiares que se aporta como documento número cuatro y que se solicitan mediante demanda reconvenicional; todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe al haber presentado la demanda.”

Por otrosí solicitó pruebas anticipadas.

En el mismo escrito, presentó demanda reconvenicional, con base en los hechos y fundamentos de derecho que expreso en ella, y terminó suplicando que, “dicte en su día Sentencia estimando íntegramente la presente demanda reconvenicional formulada por Vanesa M. L. contra Alberto M. R., y, en consecuencia, acordando:

a) que la autoridad familiar sobre la hija común, Naira, se atribuya con carácter compartido a ambos progenitores.

b) que la guarda y custodia de la menor Naira se atribuya de forma individual a la madre.

c) mantener el vigente régimen de visitas consistentes en fines de semana alternos desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas, con entregas y recogidas en el domicilio materno; y visitas entre semana, de martes y jueves desde las 17 horas hasta las 20 horas.

-Respecto a las vacaciones, dado que la menor tiene sólo 15 meses, se mantengan los periodos vigentes.

d) fijar como pensión de alimentos a cargo del padre la cantidad de 300 euros mensuales, que habrá de hacer efectivas a la madre del menor, en la cuenta corriente que ésta designe, por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que habrá de ser actualizada anualmente, según las variaciones que experimenten los ingresos del demandado. La cantidad abonada en concepto de alimentos, será actualizada anualmente a tenor de las variaciones porcentuales experimentadas por el IPC, a nivel nacional según conste en el certificado que a tal efecto expida el INE o el organismo que pueda sustituirlo en sus funciones.

Así mismo, los gastos extraordinarios de la hija que sean necesarios, serán sufragados al 70% el padre y al 30% la madre, dada la situación económica de ambos. Se consideran expresamente gastos extraordinarios necesarios los siguientes: gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, libros y material escolar, cualquier gastos de ortopedia, dentista-ortodoncia, oftalmólogo...

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

e) fijar la cantidad de 250 euros mensuales a cargo de Sr. M. R. en concepto de asignación compensatoria para la Sra. M. L., durante dos años, que habrá de hacer efectiva en la cuenta corriente que ésta designe, por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

f) se condene al Sr. M. al pago de las costas.”

Solicitó por otrosí el recibimiento a prueba y medidas provisionales.

TERCERO.- Admitida a trámite la reconvenición, se dio traslado de la misma, y dentro de plazo, la representación procesal de D. Alberto M. presentó su escrito oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia por la que, estimando la demanda principal, se aprobase el pacto de relaciones familiares presentado.

Practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 25 de mayo de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Baena Tamargo, en nombre y representación de D. ALBERTO M. R., frente a DÑA. VANESA M. L. y desestimando la demanda reconvenicional interpuesta en nombre y representación de esta última por el Procurador Sr. Lozano Vélez de Mendizábal, **DEBO ACORDAR Y ACUERDO** las siguientes medidas relativas a la guarda y custodia y alimentos de la hija menor de edad común de ambos Naira M. M.: 1º/ La guarda y custodia de la hija menor Naira y la autoridad familiar sobre la misma se atribuyen con carácter compartido a ambos progenitores, ejerciéndose la primera por semanas alternas desde la 20’00 h del domingo hasta las 20’00 h del domingo siguiente o del último día del puente festivo cuando se una al fin de semana, realizándose la entrega de la menor por el progenitor que lo tenga en su compañía en el domicilio del progenitor que vaya a iniciar la semana de custodia.- Ambos progenitores permitirán y facilitarán que la menor pueda disfrutar de fechas y eventos de especial significación que afecten a cada uno de sus progenitores o sus familias extensas, tales como, a modo de mero ejemplo, cumpleaños, bodas, bautizos, comuniones, aniversarios de boda o cualquier otro tipo de celebraciones similares. La participación de la menor en dichas fechas y eventos de especial significación se permitirá y facilitará por ambos progenitores con total independencia de a cuál de ellos corresponda la custodia ese día. Cuando sea el progenitor no custodio al que le afecte la fecha o evento de especial significación deberá comunicarlo al progenitor custodio con al menos 48 horas de antelación debiendo pactarse entre ambos progenitores el momento y manera de entrega y recogida de la menor en atención a la naturaleza del evento de que se trate.- Durante la semana de

custodia, el progenitor no custodio podrá tener consigo a la menor dos días intersemanales que a falta de acuerdo entre los progenitores serán los martes y jueves desde las 17'00 h hasta las 20'00 h en que deberá ser restituido en el domicilio del progenitor custodio en ese momento.- Respecto de los periodos vacacionales, se establece: * Las vacaciones de verano se dividirán de la siguiente forma: Desde las 20'00 h del día 30 de junio hasta las 20'00 h del 15 de julio.- Desde el 15 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 31 de julio.- Desde el 31 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 15 de agosto.- Desde el 15 de agosto a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 31 de agosto.- Elegirá periodos el padre los años pares y acabados en 0 y la madre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones antes del 1 de junio con pérdida de derecho de elección en caso contrario.- * En las Navidades se establecen los siguientes periodos: -Día 24 de diciembre desde las 10'00 h hasta el día 26 a la entrada de la guardería.- - Día 31 de diciembre desde las 10'00 h hasta el día 2 de enero a la entrada de la guardería.- Cuando la menor inicie la escolarización las vacaciones escolares de navidad se decidirán: 1º/ Desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12'00 h del día 31 de diciembre, y 2º/ Desde las 12'00 h del día 31 de diciembre hasta las 20'00 h del último día festivo.- En ambos casos elegirá periodos el padre los años pares y acabados en 0 y la madre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones antes del 1 de diciembre con pérdida de derecho de elección en caso contrario. – El día 6 de enero, el progenitor al que no corresponda la semana de custodia de la menor podrán tenerla consigo desde la 17'00 h hasta las 20'00 h.- * Las vacaciones escolares de Semana Santa que comprenderán desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 20'00 h del día anterior al de reinicio de las clases, se dividirán en dos periodos de igual duración en la medida de lo posible, teniendo lugar el cambio a las 20'00 h del día intermedio, eligiendo periodos el padre los años pares y acabados en 0 y la madre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones con un mes de antelación del inicio de las vacaciones escolares con pérdida del derecho de elección en caso contrario. – Las vacaciones de Semana Santa 2016, como consecuencia de no hallarse Naira escolarizada, comprenderán exclusivamente los días festivos de jueves santo a domingo de resurrección (al no encontrarse la menor de edad escolar),

repartiéndose en dos periodos: .- Desde las 10'00 h del jueves santo hasta las 10'00 h del sábado.- Desde las 10'00 h del sábado hasta la entrada de la menor en la guardería al lunes siguiente.- Las entregas y recogidas de la menor en estos periodos de vacaciones las realizará el progenitor que la tenga en su compañía en el domicilio del progenitor que no la tenga en su compañía.- Durante los periodos de vacaciones se suspende el régimen de visitas intersemanal y la alternancia de los periodos de custodia. Finalizadas, la semana natural siguiente, completa o incompleta, corresponderá al progenitor que no disfrutó de los días previos a las vacaciones.- El presente régimen de custodia compartida lo iniciará el Sr. M. a las 20'00 h del día 31 de mayo.- **2º/** Cada progenitor asumirán durante la semana que tiene consigo a la hija sus gastos ordinarios (alimentación, vivienda, ropa, calzado, etc..).- Para los restantes gastos ordinarios tales como colegio, guardería, comedor escolar, libros de texto, uniforme escolar y servicio de madrugadores en su caso, material escolar de inicio del curso, etc...., ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta o libreta bancaria a nombre de los dos y de la menor en la que domiciliar tales gastos, y en la que el Sr. Muriedas deberá ingresar la cantidad de 175 € y la Sra. M. la de 75 €, a abonar en los cinco primeros días del mes de junio de 2015 hallándose la citada cantidad sujeta a las variaciones que al alza experimente el 1 de enero de cada año el Índice de Precios al Consumo que anualmente haga público el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Cuando el saldo de la cuenta sea inferior a 50 €, ambos progenitores deberán realizar, cada uno, el ingreso de las citadas y respectivas cantidades.- El Sr. M. abonará el 70% y la Sra. M. el 30% de los gastos extraordinarios necesarios de la hija menor tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamiento médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, entre otras. Los gastos extraordinarios no necesarios tales como colonias de verano y otros periodos vacacionales etc... se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.- Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.”

CUARTO.- La representación procesal de D^a. Vanesa M. L., presentó recurso de apelación contra la sentencia. Se confirió traslado a las otras partes, que contestaron, oponiéndose la parte contraria y solicitando el Ministerio Fiscal la confirmación de resolución objeto de recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda y comparecidas las partes, en fecha 23 de febrero de 2016 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos.- Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D^a Vanesa M. L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 16 de Zaragoza el 25 de mayo de 2015, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de establecer la custodia individual materna de la hija común, estableciendo el régimen de visitas entre el padre y la menor estipulado en el Auto de Medidas Provisionales de 24 de octubre de 2014, dividiéndose las vacaciones de verano en periodos semanales, sin perjuicio del acuerdo que alcancen las partes sobre este extremo.

Se fija a cargo del padre una pensión de alimentos de 275 € mensuales, pagadera en los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C.

Los gastos extraordinarios serán abonados en un 70% por el padre y por la madre en el restante 30%.

No ha lugar a hacer declaración de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada.”

QUINTO.- La representación legal de D. Alberto M. R., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

“Primero.- Basamos en primer lugar el recurso de casación en lo dispuesto en el art. 477.1 LEC infracción de lo dispuesto en los artículos 79.1 y 2 y 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por D.L. 1/11 de 22 de Marzo, en relación con el artículo 91 del Código Civil.- Segundo.- Basamos en segundo lugar el recurso de casación en lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de Casación Aragonesa 4/2005.”

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 13 de abril pasado, 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, presentó su oposición al recurso planteado de contrario tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal, interesando éste último “la desestimación del recurso de casación interpuesto y la íntegra confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial el 23 de febrero de 2016.”

No considerándose necesaria por parte de la Sala la celebración de vista, señaló para Votación y Fallo el 22 de junio de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada mantuvieron relación de pareja en la que nació una hija llamada Naira el día 14 de marzo de 2013, por lo que cuenta en la actualidad con tres años de edad. Dicha relación concluyó en abril de 2014. El padre presentó demanda de guarda, alimentos y régimen de visitas de la hija, solicitando, en lo que ahora interesa, la custodia individual para él y subsidiariamente, la custodia compartida. A ello se opuso la madre.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que, tras citar la regulación recogida en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) y la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2015, lleva a cabo una amplia exposición de la valoración que le merece el informe pericial. Y termina indicando:

“En suma, considera quien ahora juzga que se dan en el presente supuesto las circunstancias necesarias y apropiadas para establecer un sistema de custodia compartida respecto de la hija común de ambos progenitores pues: 1º/Ambos padres reúnen las cualidades y aptitudes precisas para hacerse cargo de la menor, 2º/Existe un fuerte vínculo afectivo entre la menor y cada uno de los progenitores, 3º/Ambas partes tienen similar disponibilidad horaria pues si bien el Sr. M. está sujeto a disponibilidad fuera de su horario laboral en situaciones de emergencia, se trata de supuestos excepcionales y no habituales y para los cuales dispone de apoyo familiar hasta que la madre pudiese hacerse cargo de la menor. En consecuencia, en atención a todo lo hasta aquí expuesto, procede acordar la custodia compartida de la Menor Naira (...).”

TERCERO.- Las razones que proporciona la sentencia de segunda instancia, aquí recurrida, para revocar la anterior en el extremo relativo a la custodia de la menor son las que a continuación se reproducen:

“...La madre reside en Zaragoza en el domicilio de su madre, con la hija menor y otra habida de otra unión, y trabaja desde octubre de 2014, a tiempo parcial, en labores de limpieza.

El padre es militar de profesión, Cabo adscrito a la Unidad Militar de Emergencias de Garrapinillos (...). Reside en casa de sus padres en Cadrete. Su horario laboral es de 7,15 h de lunes a miércoles, el jueves hasta las 17 h. y el viernes hasta las 14,30 h, teniendo además un horario flexible según las necesidades del servicio y de la Unidad, que se prolonga hasta el fin de semana y festivos.

La perito psicóloga, emisora del informe de autos (f. 125 y ss) recomienda la custodia materna, con fundamento en la escasa edad de la menor, que precisa de un entorno estable sin alteración de rutinas y con organización concreta que favorezca su desarrollo, y en la escasa disponibilidad del padre cuya actividad laboral le exige una constante disponibilidad y continuos desplazamientos, que siempre ha suplido la madre adecuadamente. Conclusiones que ratificó en el plenario.

TERCERO.- Con estas premisas, teniendo en cuenta que los apoyos del padre, sus padres trabajan, que su domicilio se halla en Cadrete y su centro de trabajo en Garrapinillos, que su horario laboral se inicia a las 7 de la mañana, debiendo estar permanentemente disponible por razones del servicio, que la madre trabaja 6 horas a la semana, residiendo en Zaragoza con su madre, la que no trabaja, y que ha atendido desde su nacimiento a la menor afrontando los periodos de ausencia del padre, debe concluirse que el bienestar e interés de la menor quedan mejor salvaguardados con la custodia individual materna (...).”

CUARTO.- El recurso de casación se articula en dos motivos. El primero, por infracción de lo dispuesto en los artículos 79.1 y 80.2 del CDFA en relación con el artículo 91 del Código civil, y el segundo con base en lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de casación aragonesa, al entender la parte que la sentencia recurrida se opone a la doctrina sentada por esta Sala sobre el precepto del artículo 80.2. Realmente, el segundo no constituye un motivo autónomo, sino que, aludiendo a algunas sentencias dictadas por esta Sala de casación, sirve como refuerzo de lo expresado en el primero.

QUINTO.- Como hemos expresado en muchas sentencias anteriores, en materia de custodia de hijos menores, el legislador aragonés considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor. Y a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la determinación de los criterios y elementos generales a los que ha de atender para decidir en cada caso el sistema de custodia que mejor se adapta al interés del menor, opta por establecer unos criterios a los que se ha de atender en tal cometido. Ahora bien, como la propia parte indica en su escrito de recurso, este régimen preferente puede sustituirse por la custodia individual cuando ésta se considere más conveniente para el menor. Es decir, el juzgador ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquél interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en qué sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema de custodia compartida el que mejor se acomoda al interés del menor.

SEXTO.- Dijimos en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2016:

“...debemos recordar lo expuesto en nuestra reciente sentencia de 13 de enero de 2016:

El interés del menor (como el propio recurrente recoge en su escrito) es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de “interés del menor” no es ni un dogma, ni un estándar

de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades.

El Preámbulo de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo expresa así:

Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

(...).

Pues bien, nos encontramos, una vez más, y como ya ha quedado expuesto, ante una facultad discrecional del Juez que, por eso mismo, no controlable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico. 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. El Tribunal

Supremo ha dicho (STS 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor 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 la sentencia de 17 de septiembre de 2015 también hemos expresado que el artículo 80.2 confiere al juzgador un margen de discrecionalidad al efecto de determinar, en el caso concreto, qué tipo de custodia satisface más el interés del menor.

SÉPTIMO.- En el caso que nos ocupa, la parte recurrente no razona ni justifica que la sentencia recurrida haya infringido el precepto. Se hace una extensa alusión al contenido de la sentencia de primera y de segunda instancia, así como al informe psicosocial, cuya valoración no combate. Y a continuación expresa que, poniendo en relación con el caso concreto los factores del artículo 80.2, "todos ellos juegan a favor de que se otorgue la custodia compartida". Mas esto no es sino la particular apreciación de la parte, que no llega a alegar que la decisión de la sentencia recurrida al establecer la custodia individual, fundamentada y avalada por una prueba pericial que así lo aconseja, sea irrazonable y vulnere por ende el precepto.

En ocasiones anteriores hemos dicho que el tribunal de casación no puede actuar como un tribunal de tercera instancia en la revisión de la decisión sobre el sistema de custodia que ha de ser aplicado; así lo hemos resaltado en sentencias como la de 18 de febrero de 2016 que cita de la de 30 de junio de 2015:

<< Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en

una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Es cierto que en la ley aragonesa el legislador se ha ocupado de establecer los factores a los que ha de atender el juzgador a la hora de decidir cuál de los sistemas de custodia posibles es el que más conviene en cada caso al menor, y establece una preferencia por la custodia compartida que obliga al juzgador de instancia a partir en su análisis de tal premisa, pero de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor.”

En la ya aludida sentencia de esta sala de 17 de septiembre de 2015 tras señalar que la decisión sobre custodia pertenece al ámbito discrecional de la instancia, se afirma que en la tomada por los tribunales de instancia “solo podría apreciarse su infracción [la del art. 80.2 CDFA] en el caso de que la misma [decisión] resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor”.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa apreciamos que la Audiencia Provincial razona y justifica los motivos que le llevan a aplicar la posibilidad legal de custodia individual, por considerarla más conveniente para la menor, con una fundamentación suficiente, atendiendo de modo especial al informe pericial tal como se prevé en la norma aragonesa, y destacando la escasa edad de la menor y las dificultades de conciliación laboral y familiar del padre. Por ello, de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, se concluye que no hay vulneración de los preceptos invocados, por lo que el recurso debe ser desestimado.

OCTAVO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la naturaleza de los intereses en juego aconseja 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, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2016, dictada por Sección Segunda 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.

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

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