

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e Infracción Procesal núm. 30 de 2013

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

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 dieciocho de diciembre dos mil trece.

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 y extraordinario de infracción procesal número 30/2013 interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2013 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, recaída en el rollo de apelación número 102/2013, dimanante de autos de Divorcio 82/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Javier P. V.,

representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Elena Ciprés Marco y dirigida por la Letrada D^a. Asunción Bustillo Sofín, y como parte recurrida D^a. Yolanda C. B., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca y dirigida por la letrada D^a. Olga Antón Molina.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Ayerra Duesca, actuando en nombre y representación de D^a. Yolanda C.B., presentó demanda de divorcio contra D. Javier P. V. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: *“que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo con los documentos y copias que se acompañan, se tenga por formulada demanda de divorcio contenciosa en nombre de mi representada D^a Yolanda C. B. contra D. Javier P. V., y en su día, previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia decretando: La disolución del matrimonio formado por D. Javier P. V. y D^a M^a Yolanda C. B. Y como medidas inherentes se solicita: - Autoridad familiar: La autoridad familiar del hijo del matrimonio será compartida por ambos progenitores. – Guarda y custodia. Se adjudique la custodia del hijo a la madre D^a Yolanda C. B. – Régimen de visitas: Régimen de visitas para el Sr. P. V. esté con su hijo consistente en fines de semana alternos desde el viernes a las 17 horas o salida del centro escolar hasta el domingo a las 20 horas; y un día entre semana (miércoles) la semana que tenga visitas el fin de semana, y dos días entre semana (martes y jueves) la semana que no tenga visitas el fin de semana, siendo el horario desde las 17 horas o salida del centro escolar hasta las 20 horas. – Régimen de vacaciones: Vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los años pares el padre. En lo que respecta a la recogida y reintegro se realice en el domicilio materno, a excepción de las ocasiones que según lo solicitado en el presente escrito haya de efectuarse en el centro escolar. – Pensión de alimentos.- Se solicita que en concepto de alimentos para el hijo, el*

Sr. P. V. abone la cantidad mensual de 300 €. Esta cantidad deberá ser actualizada anualmente según el IPC y será ingresada en la cuenta bancaria que se designe al efecto por la esposa, del uno al cinco de cada mes, por mensualidades anticipadas. En lo que respecta a gastos extraordinarios del hijo, se solicita que sean abonados por mitades e iguales partes por cada uno de los progenitores. – Se solicita no se proceda a la fijación de pensión compensatoria, y ello a la vista de la situación económica de uno y otro cónyuge. –Del mismo modo, se solicita que el pago del préstamo pendiente con BBVA sea abonado por mitades e iguales partes. Por otrosí se solicitó como prueba anticipada la documental y la pericial psicológica.

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, compareciendo dentro de plazo y contestando y oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia decretando: *“La disolución del matrimonio formado por D. Javier P. V. y D^a Yolanda C. B. La Autoridad familiar del menor será compartida por ambos padres. La Guarda y Custodia del hijo sea compartida por ambos progenitores. Se establezca un régimen estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar. Se establezca un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio durante la semana de dos días, martes y jueves, desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas, reintegrándolo al domicilio al que le corresponda la estancia. Régimen de vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre. Pensión de alimentos, el padre abonará la cantidad mensual de 200 euros, esta cantidad será actualizada según el IPC y será ingresada en la cuenta bancaria que la esposa designe al efecto del uno al cinco de cada mes, en mensualidades anticipadas. Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores. No ha lugar a la fijación de pensión compensatoria dada la edad y la situación económica de ambos cónyuges. El pago del préstamo común pendiente con la entidad bancaria BBVA será abonado por*

mitad por ambas partes". Por otrosí solicitó la práctica de la prueba pericial psicológica.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 4 de diciembre de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *FALLO.- Estimo la petición de divorcio formulada por Dña: YOLANDA C. B. contra D. JAVIER P. V. Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos: 1.- El hijo común, D., quedará desde esta fecha bajo la custodia compartida de sus progenitores; éstos ejercerán de forma conjunta la autoridad familiar sobre el menor, en lo que exceda de su ámbito ordinario. 2- Se fijan los siguientes periodos de convivencia alterna con cada uno de los progenitores: -septiembre y octubre, noviembre y diciembre, enero y febrero, marzo y abril, mayo y junio. 3.- Los turnos de custodia finalizarán a las 20 horas del último día del mes. 4.- El menor estará con su madre hasta el próximo 31 de diciembre, comenzando el padre el primer turno del año. 5.- En cuanto a visitas, regirá en primer lugar el acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto y desde esta fecha: en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio (17 horas en otro caso) y hasta el domingo a las 20,30 horas. Caso de poder unirse el fin de semana de visitas a un puente escolar festivo, las visitas se iniciarán a la salida del colegio del día de inicio del puente o, en su caso, tendrán lugar hasta las 20,30 horas del día de su finalización. Una tarde entre semana (los jueves), desde la salida de las clases y hasta la entrada en el colegio al día siguiente. También la del martes, desde la salida del colegio y hasta las 20,45 horas. De ser los días de visita intersemanal festivos escolares, la visita se iniciará a las 11 de la mañana. Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases hasta el día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años impares, la primera mitad corresponderá al padre; la segunda, a la madre. En años pares, a la inversa. Las fiestas del Pilar y puente de la Constitución, si en el calendario generan un periodo vacacional por unirse a un fin de semana, se dividirán por mitad con el mismo criterio de la Semana Santa. En otro caso*

(ser varios días festivos intersemanales), seguirán el criterio general de éstos. Las vacaciones de Navidad seguirán el turno de custodia que corresponda. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor al que no le corresponda el primer periodo del año, entre las 17 y las 20,30 horas. Las vacaciones de verano se disfrutarán en quincenas alternas Se dividirán en los siguientes periodos 10 de la mañana del día 1 de julio a 10 horas del día 16; 10 horas del día 16 a 21 horas del día 31 de julio; 21 horas del día 31 de julio a 21 horas del día 15 de agosto; 21 horas del día 15 de agosto a 20,30 horas del día 31 agosto. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares; la elección se hará antes del 15 de mayo. Las entregas del hijo, con excepción de las que coincidan con la finalización o comienzo del horario escolar llevarán a cabo en el domicilio del progenitor custodio. Los periodos vacacionales descritos interrumpirán alternancia de fines de semana 6. Cada progenitor hará frente a las necesidades alimenticias ordinarias del hijo en los periodos en que esté a su cargo.- Se abrirá una cuenta común antes del próximo 15 de diciembre Se cargarán en la misma los gastos escolares del hijo (matrículas libros, material escolar, uniformes, comedor, excursiones, actividades del colegio, clases de apoyo si los resultados académicos lo exigen, actividades extraescolares que esté realizando en la actualidad y posteriores consensuadas) gastos extraordinarios y otros en los que exista acuerdo. Inicialmente aportará cada progenitor 150 euros Cuando el saldo sea inferior a 50 euros, se repondrá en los anteriores importes 8.- La contribución a los gastos extraordinarios necesarios será por mitad La Última pensión alimenticia consecuencia del auto de medidas Provisionales será la de noviembre Desde este mes de diciembre entrará en vigor la nueva regulación económica 10. - Los litigantes harán frente por mitad a la amortización del préstamo suscrito con BBVA. 11.- No hago especial pronunciamiento sobre costas”.

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Ayerra Duesca en nombre y representación de D^a. Yolanda C. B. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado a las demás partes personadas, el Ministerio Fiscal

presentó escrito impugnando la sentencia y la representación del Sr. P. se opuso al recurso.

Dado el trámite oportuno a la impugnación, la representación procesal del Sr. P. manifestó que nada podía alegar y la representación de la Sra. C. presentó escrito adhiriéndose a la impugnación solicitada por el Ministerio Fiscal y elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, se dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: *“Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Yolanda C. B. y estimando en parte el formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Zaragoza, el 4 de diciembre de 2012, debemos revocar y revocamos la misma y se atribuye a la misma la guarda y custodia del hijo menor, D., estableciéndose entre padre e hijo el régimen de visitas fijado en el Auto de Medidas Provisionales de fecha 12 de diciembre de 2011, prolongándose los fines de semana hasta el lunes a la entrada del centro escolar, suprimiéndose las visitas intersemanales. Se establece, a cargo del padre, una pensión alimenticia de 300 € mensuales, pagadera en los cinco primeros días de cada mes, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C, abonando ambos progenitores por mitad los gastos extraordinarios del menor, entre los que se incluyen los gastos de uniformes y libros de inicio del curso escolar. No se hace declaración de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada”*.

QUINTO.- La representación legal de D. Javier P. V., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, basando el recurso por infracción procesal en un único motivo: *“Infracción de los artículos 265, 270, 218.2, 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución”*. En cuanto al recurso de casación: *“Motivo primero.- Infracción de lo dispuesto en el art. 80.2 del CDFA que se establece como régimen preferente el de custodia compartida. Motivo segundo.- Infracción del artículo 79.2 que establece que se dictarán medidas necesarias a fin de garantizar la continuidad y la*

efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de los progenitores, así como de la relación con abuelos y otros parientes y personas allegadas. Motivo tercero.- Vulneración de lo dispuesto en el artículo 82.1 del CDFA, que establece que ambos progenitores contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a cargo”.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 25 de julio de 2013 se dictó Providencia por la que se acordó: *“Visto el escrito de recurso interpuesto por la representación de D. Javier P. V. contra la sentencia de 30 de abril de 2.013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, considera la Sala que el mismo podría incurrir en alguna causa de inadmisión el motivo de infracción procesal por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 473.2 LEC, óigase a las partes para que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes sobre la concurrencia de la siguiente posible causa de inadmisión:*

Se formula un único motivo de infracción procesal alegando infracción de los artículos 265, 270, 218.2 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, lo que sería cita acumulada de preceptos heterogéneos que podría ser motivo de inadmisión, pero en su desarrollo la parte subdivide el motivo en dos apartados, lo que permite su examen diferenciado. En cuanto al apartado I), al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por infracción de los artículos 265 y 270 LEC en relación con el artículo 24 CE, lo argumenta la parte recurrente en la aportación de una grabación de un programa de televisión que a su juicio pudo ser aportado con anterioridad y cuya admisión le produjo indefensión. Al respecto se advierte que no resulta probado que la parte que aportó la grabación hubiera podido conocer su contenido con anterioridad, y que su contenido no resulta argumento decisivo de la sentencia, además de que podría no ser apreciada indefensión de la parte. Lo cual podría constituir causa de inadmisibilidad del recurso del artículo 473.2.2º LEC por carecer manifiestamente de fundamento”.

Evacuado el trámite anterior, el Ministerio Fiscal presentó escrito alegando que se debía inadmitir el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y las otras partes escrito de alegaciones en apoyo de sus pretensiones.

En fecha 23 de septiembre se dictó Auto por el que, declarada la competencia de la Sala, se admitió a trámite el recurso de casación en sus tres motivos, se inadmitió el apartado I del motivo único de infracción procesal y se admitió el apartado II del mismo, se confirió traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron dentro de plazo escritos de alegaciones.

Por providencia de 31 de octubre de 2013 la Sala señaló para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actora y demandado contrajeron matrimonio en Z. el 15 de noviembre de 1998, de cuya unión nació un hijo, D., el 9 de octubre de 2.006. La esposa interpuso demanda de divorcio recayendo sentencia de primera instancia de 4 de diciembre de 2012, que estableció el régimen de custodia compartida del hijo por períodos de dos meses con cada uno de los progenitores.

La sentencia recoge el contenido del informe pericial psicológico del Juzgado, que aconseja una custodia individual a cargo de la madre, y del mismo destaca lo siguiente:

- *“D. se encuentra bien adaptado a la situación actual.*
- *El menor tiene una buena vinculación afectiva con ambos progenitores, con las familias extensas, materna y paterna, así como con la actual pareja del padre. Manifiesta su deseo de pasar más tiempo con su padre D. J.*
- *D^a. Yolanda. reside con su madre y el menor. Regenta un puesto de pollería en el que trabaja de 6 a 14 horas. Cuenta también con el apoyo de una hermana.*

- *La madre reconoce que D. se lleva bien con su padre.*
- *D. J. trabaja en una pescadería, en horario de mañanas. Convive desde hace escasas fechas con su actual pareja. Cuenta con la ayuda de sus padres y una hermana.*
- *Se detecta cierto déficit en los recursos personales del padre, delegando en la familia extensa cuando el hijo está con él.*
- *Ambos progenitores reúnen buenas condiciones para atender al hijo común.”*

Fundamenta el establecimiento del régimen de custodia compartida en lo siguiente:

“En el presente caso no se ha acreditado ninguna circunstancia que permita descartar una custodia compartida. Solo una observación sobre que el padre tiende a un exceso de delegación, perfectamente subsanable. Ambos progenitores precisan el apoyo de terceras personas y tienen la fortuna de disponer de ellas; tienen capacidad para atender al menor y éste tiene una buena relación con ambos progenitores. En definitiva, se va a hacer un reparto igualitario del tiempo por períodos bimestrales, que dará estabilidad al menor, con visitas amplias.”

En consecuencia, fija un régimen de custodia compartida cada dos meses comenzando el padre el primer turno a partir del 1 de enero de 2013. En el apartado económico, además de declarar la obligación de cada progenitor de hacer frente a las necesidades alimenticias ordinarias del hijo en los períodos en que esté a su cargo, señala una aportación igual a cargo de cada uno tanto para los gastos ordinarios como extraordinarios, inicialmente de 150 euros cada uno a ingresar en una cuenta corriente.

Interpuesto por la representación de la madre recurso de apelación, la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 30 de abril de 2.013 lo estimó y revocó la dictada por el Juzgado atribuyendo a la madre la guarda y custodia del hijo, y estableció para el padre el régimen de visitas fijado en el auto de 12 de diciembre de 2011 de Medidas Provisionales, con prolongación de los fines de semana hasta el lunes a la entrada en el centro escolar pero con supresión de las visitas intersemanales.

La sentencia valora los informes de detectives aportados por la apelante, deduciendo del seguimiento al padre entre diciembre de 2012 y

febrero de 2013 que trabaja a jornada completa de lunes a viernes, mañanas de 8 a 14 horas y tardes de 17 a 20 horas, y las mañanas de sábado, y que, correspondiéndole en esas fechas la custodia o régimen de visitas, el hijo no se encontraba con él sino, al parecer, con sus abuelos paternos. De donde concluye la inexactitud de los datos alegados por el padre respecto a su horario laboral y disponibilidad de tiempo para su hijo.

Del informe psicológico reproduce la buena vinculación afectiva del niño con ambos progenitores y la óptima y frecuente relación con la familia extensa de los dos, afirmando querer una mayor relación con su padre, y que sobre él se aprecia una cierta influencia paterna. También, que advierte en el padre déficit en sus recursos personales para atender al menor delegando siempre en su familia cuando permanece con él, comiendo, cenando y pernoctando con los abuelos paternos a pesar de contar el padre con domicilio propio donde reside con su pareja.

De ello y de los posteriores informes de detectives que corroboraban la habitual estancia del menor con sus abuelos mientras el padre trabajaba o permanecía en su casa, deduce la sentencia que existe prueba suficiente que demuestra la inconsistencia del padre sobre la custodia compartida del hijo *“por cuanto carece de interés y de disponibilidad horaria para asumir personalmente los cuidados cotidianos del hijo, que delega habitualmente en sus padres”*.

Por ello, al contar la madre con mayor disponibilidad y disposición para afrontar el cuidado del hijo, le otorga su custodia por resultar más favorable para su estabilidad. Rechaza establecer visitas intersemanales para el padre dado que no puede disfrutarlas personalmente, quedando el niño a cargo de terceros.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación de D. Javier P. V. recurso de casación y extraordinario de infracción procesal, éste basado en dos motivos, el primero al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por infracción de los artículos 265 y 270 de la misma ley procesal en relación con el artículo 24 CE, por la aportación con el recurso de apelación por la parte actora y apelante de una grabación de un programa de televisión

emitido el 2 de mayo de 2012, en relación con el trabajo que realizaba el Sr. P. y lo que cobraba mensualmente. Este motivo fue inadmitido.

El segundo motivo de infracción procesal fue interpuesto al amparo del artículo 469.1.4º LEC por vulneración de su artículo 218 por falta de valoración adecuada de las pruebas y, en concreto, con alusión al artículo 348 por error en la valoración de la prueba, que la parte recurrente considera arbitraria e ilógica. Se refiere a la valoración del informe psicológico porque, según afirma, la sentencia omite lo referente en el informe a la evaluación positiva del padre sobre sus buenas condiciones para afrontar la crianza del hijo y el apoyo familiar con que cuentan ambos progenitores. Y en cuanto al informe de detectives porque lo que el mismo afirma es que el establecimiento en el que trabaja tiene horario de apertura de martes a viernes en turno de mañana y tarde y el sábado por la mañana. Afirma el recurrente que la prueba debía haberse tenido en cuenta con exactitud en toda su extensión y no solo en las partes perjudiciales para él.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo la errónea valoración de la prueba solo puede plantearse al amparo del artículo 469.1.4º LEC cuando se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. En el presente supuesto el recurrente conduce este motivo de infracción procesal por la vía de la arbitrariedad al entender que la sentencia recurrida ha limitado tal valoración a los aspectos negativos de los informes periciales examinados.

A tal efecto afirma que del informe psicológico no se citan los aspectos positivos que le incumben, pero de la lectura de la sentencia se comprueba (inicio del fundamento jurídico cuarto) que expresamente recoge literalmente el mismo párrafo que el recurrente transcribe en el párrafo tercero de este motivo del recurso, relativo a la buena vinculación del hijo con ambos progenitores, la buena vinculación con ambas familias y su deseo de tener mayor relación con el padre. Lo mismo sucede con la valoración de la prueba de detectives que, según el recurrente, únicamente acreditaría, en abstracto, el horario de la pescadería en la que trabaja, omitiendo la parte interesadamente que en el mismo se da cuenta del resultado de varios días de seguimiento en los que se detecta no solo el horario sino la concreta

dedicación laboral del Sr. P. en la forma descrita en la sentencia recurrida, y las recogidas del niño para su entrega en el domicilio de los abuelos paternos.

En definitiva, incurre el recurrente en el error que denuncia, omitiendo en su recurso lo que resulta negativo en los aspectos valorados en la sentencia (mucha dedicación laboral y escasa atención al niño). Por el contrario, no oculta la sentencia su aptitud general para atender a su hijo, en términos muy similares a los que recogía la sentencia de primera instancia, pero también aquellos aspectos de los informes indicados de los que deduce la mayor disponibilidad y disposición de la madre, que llevan a considerar más favorable la custodia individual de la misma.

Todo ello no constituye valoración arbitraria ni ilógica en los términos exigidos por la jurisprudencia por lo que el alegado motivo de infracción procesal debe ser rechazado.

TERCERO.- El primer motivo del recurso de casación es interpuesto por infracción del artículo 80.2 del CDFA, el segundo por infracción del artículo 79.2, y el tercero por infracción del artículo 82.1, también del CDFA.

En cuanto a la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida, afirma el recurrente que, frente a la lectura real y ponderada de lo expuesto sobre el informe pericial (psicológico) por la sentencia de primera instancia, en la de apelación el único criterio utilizado para establecer la custodia individual es el simple contraste de los datos laborales de los progenitores, errando en los mismos.

Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto lo que la sentencia de apelación ha tenido en cuenta para llegar a la conclusión de que la custodia individual es en este caso la más favorable para la estabilidad del menor. No se han obviado en la sentencia los aspectos positivos deducidos del informe psicológico, relativos a la aptitud de ambos progenitores, la buena vinculación del hijo y su deseo de mayor contacto con el padre, coincidentes todos ellos con los destacados en la sentencia del Juzgado. Pero, además de ellos, se reflejan en la sentencia recurrida los datos relativos a la amplia dedicación laboral del padre y, sobre todo, al hecho de que en los ratos que dicha dedicación le dejaría libres, el niño es atendido esencialmente por los abuelos.

Ya en la sentencia de primera instancia que ha sido transcrita en este punto se hacía referencia al déficit de los recursos del padre, según el informe psicológico, que en ese caso se traducía en excesiva delegación, que la primera sentencia consideraba subsanable.

Como se ha expuesto, el motivo de infracción procesal interpuesto por el recurrente no ha acreditado que la valoración de los aspectos reseñados haya resultado arbitraria, ilógica o irracional, sino que por la evolución del régimen de custodia y visitas detectó la sentencia recurrida la evidencia de la excesiva delegación en los abuelos paternos llegando así a una conclusión distinta sobre la subsanabilidad de ese déficit del padre.

Esta Sala ya ha destacado en numerosas sentencias dictadas sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también indica con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. Por todas, 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, que ambas partes también conocen y reflejan en sus escritos:

“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)”.

Se debe comprobar si la sentencia recurrida, al apartarse de la regla general de la custodia compartida, ha seguido adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada y, como se ha dicho, en el presente caso los factores tenidos en cuenta han llevado al tribunal de apelación a estimar que era más conveniente para el menor la custodia individual, lo que no puede ser sustituido por la propia valoración de la parte.

CUARTO.- El motivo segundo del recurso de casación alega infracción del artículo 79.2 del CDFA porque, habiéndose suprimido, además, las visitas intersemanales, la relación con el hijo queda reducida a cuatro días al mes lo que priva al menor de la relación con los abuelos paternos y con su tía paterna, con los que mantiene una excelente relación.

Llega el recurrente a tal conclusión porque los pocos días de visitas mensuales que resultan de la sentencia recurrida los empleará el padre con su hijo quedando así relegada la relación con el resto de la familia, lo que le resulta, comparativamente con las posibilidades de relación del niño con la familia materna, una vulneración del derecho a la relación con ambas familias.

Ciertamente, la propia esposa demandante había solicitado la custodia individual con un régimen de visitas que incluía un día o dos entre semana, como también hizo el Ministerio Fiscal, y así lo aconsejaba el informe psicológico (dos tardes por semana). La sentencia recurrida aprecia un incorrecto uso del tiempo de visitas lo que le lleva a la supresión de las intersemanales, pero de ello no se deduce la privación de la relación del niño con la familia paterna que se podrá seguir manteniendo, aun en menor tiempo, sin perjuicio de que las partes lleguen a acuerdos que permitan su ampliación si, como estimaban, resulta beneficioso para el menor.

En consecuencia este motivo del recurso debe ser rechazado.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso se funda en infracción del artículo 82.1 del CDFA, por entender que la pensión de 300 euros mensuales asignada para el hijo no se ajusta al criterio de proporcionalidad establecido en el citado precepto.

A este respecto ya ha dicho la Sala, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la sentencia nº 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil, que *"corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 , de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"*.

El mismo criterio ha de seguirse en la interpretación del artículo 82.1 del CDFA, sin que pueda aceptarse la proporción que establece el recurrente sobre unos supuestos ingresos de 900 euros mensuales cuando la sentencia recurrida parte de unos ingresos de 1.320 euros netos al mes.

No cabe sustituir el criterio judicial por el propio, por lo que el motivo debe ser igualmente rechazado.

SEXTO.- En cuanto a costas, dado el diferente signo de las sentencias de primera instancia y de apelación y la naturaleza de las cuestiones debatidas, resulta oportuno hacer uso de la facultad prevista en el artículo 394.1 en relación con el artículo 398.1 LEC, y no hacer expresa imposición de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Elena Ciprés Marco, en nombre y representación de D. Javier P. V., contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2013, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Dese al depósito el destino legal.

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

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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