

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación 28 de 2013

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

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 diez de enero dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 28/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de abril de 2013, recaída en el rollo de apelación número 50/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 723/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. E. A. S., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Yolanda Martínez Chamarro y dirigido por la Letrada D^a. Eva M^a Parra Ruiz, y como parte recurrida D^a. S. G. A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigida por el letrado D. Ángel Castán Garciñuno.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Yolanda Martínez Chamarro, actuando en nombre y representación de D. E. A. S., presentó

demanda de modificación de medidas contra D^a. S. I. G. A. 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, y en su virtud tenga por formulada demanda solicitando la modificación de medidas aprobadas mediante sentencia de fecha 3-11-2004, dictada por ese Juzgado, en sede de autos de Juicio Verbal nº 950/04, y en su día, previos los trámites legales, incluido el recibimiento del pleito a prueba, que desde ahora mismo se interesa, se dicte Sentencia mediante la cual, estimando en su caso de que se oponga a la demanda, por la que se declare la modificación de las estipulaciones primera a sexta, ambas incluidas, del Convenio Regulador de fecha 1-9-04, en el siguiente sentido: A.- Noelia permanecerá con cada uno de sus padres periodos quincenales alternos, las recogidas de la niña se realizarán a las 20 horas de cada domingo en cada uno de los domicilios, debiendo acudir a recoger a la niña el progenitor que no la tenga bajo su guarda y custodia ese periodo quincenal. Asimismo Noelia estará con el progenitor que no tenga la guarda y custodia ese periodo quincenal el fin de semana correspondiente a la primera semana del periodo quincenal desde la salida del colegio o desde las 17 horas del viernes, hasta las 20 horas del domingo, y los jueves de cada semana, desde la salida del colegio o desde las 17 horas, hasta las 20 horas, debiendo acudir el progenitor que no tenga bajo su guarda y custodia esa semana a la niña a cada uno de los domicilios. Si el fin de semana coincide con algún puente o festivo, el régimen de visitas y de custodia, se extenderá a todos los días comprendidos en el mismo. Regulándose los siguientes periodos vacacionales: 1.- Vacaciones de verano: Se dividirán en dos periodos de idéntica y similar duración y Noelia pasará con el padre la mitad y con la madre la otra mitad de dicho periodo. A) Del 1 al 15 de Julio y del 1 al 16 de Agosto. B) Del 16 al 31 de Julio y del 17 al 31 de Agosto. 2.- Vacaciones de Navidad: Noelia permanecerá cada año los días señalados con cada uno de sus padres. A) Noche Buena y Navidad. C) Noche Vieja, Año Nuevo y día de Reyes. 3.- Vacaciones de Semana Santa: Noelia permanecerá cada año con uno de los padres, comprendiendo este periodo única y exclusivamente de jueves santo a domingo santo. En todos los periodos señalados los años pares elegirá el padre y los impares la madre. Durante las vacaciones quedará interrumpido el régimen de visitas. B.- Cada uno de los*

padres contribuirá al 50% en la alimentación de Noelia y gastos necesarios para su mantenimiento y educación, así como en los gastos extraordinarios.”

Por otrosí la parte solicitó la práctica de prueba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma, lo que hizo, solicitando: *“...que se desestime íntegramente la demanda, debiendo sustituir las medidas adoptadas por el Juzgado al que respetuosamente me dirijo en Juicio Verbal nº 950/2004, con excepción de los gastos extraordinarios a tenor de la nueva clasificación existente en el art. 8 de la Ley 2/2010”*. Por otrosí solicita la práctica de diversas pruebas.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha diecisiete de octubre de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: *“Fallo.- Que debo estimar y ESTIMO en lo sustancial la demanda de modificación de medidas adoptadas en proceso de juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos, deducida por la Procuradora D^a. Yolanda Martínez Chamarro, en nombre y representación de D. E. A. S., contra D. S. I. G. A., representada por el Procurador D. Emilio Pradilla Carreras, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y con efectos desde el cuatro de noviembre de dos mil doce, la guarda y custodia de la hija común, NOELIA A. G., sea ejercida de forma compartida, por periodos iguales y alternos de DOS SEMANAS, por, ambos progenitores, D. S. I. G. A. y D. E. A. S., conforme al Plan de Relaciones Familiares presentado en el escrito de demanda, manteniéndose vigente hasta la señalada fecha el actual sistema de guarda y custodia y visitas. A partir del día señalado (4/11/2012), 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: - Los fines de semana alternos, coincidiendo siempre con el primero de los fines de semana de la estancia de la menor con el padre o con la madre, desde la salida del Colegio -o a las 17:00 horas, si se tratara de periodos vacacionales, o de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente-, hasta las 20:00*

horas del domingo inmediato siguiente, y una tarde a la semana (preferiblemente martes o miércoles, salvo pacto o acuerdo entre los progenitores), desde la salida del Colegio, hasta las 20:30 horas, en que deberá ser la menor reintegrada al domicilio que le corresponda.

- En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de tal forma que en años impares, el padre pasará con la hija las primeras quincenas de julio y agosto, y con la madre las segundas quincenas de los mismos meses, siendo al contrario en años pares.

- 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**.

Ambos progenitores sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, educación obligatoria, y de recreo o entretenimiento de la menor correspondientes a las épocas que la niña permanezca con cada uno de ellos, sin perjuicio de los reintegros que entre ellos procedan, pudiendo, de común acuerdo, abrir una cuenta única, de cotitularidad compartida, en la que depositarían las cantidades necesarias, -en la proporción que asimismo en su caso acordaren- para la atención de los gastos referidos. Los **gastos extraordinarios necesarios**, se abonarán por mitad, y los **gastos extraordinarios no necesarios**, se regirán por lo establecido en el artículo 82.4, inciso final, del CDFA. El progenitor que tenga en cada momento la custodia de la hija, deberá tener en su poder todos los documentos de la menor como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento que tuviera prescrito. En lo que resultaran de aplicación, se consideraran vigentes las medidas acordadas en la Sentencia de divorcio, en todo aquello que no se

oponga a lo que en la presente resolución se acuerda. Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales”.

CUARTO.- D^a. S. I. G. A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por dicho Juzgado de Primera Instancia, confirmando traslado a las otras partes, oponiéndose al mismo la representación de D. E. A. S. e impugnando la sentencia dictada el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, en fecha 24 de abril de 2013 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: *“FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^{ña} S. I. G. A. y la impugnación del MINISTERIO FISCAL, uno y otra contra DON E. A. S. y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 17 octubre de 2012 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n^o 16, de los de Zaragoza, debemos revocar la citada resolución, manteniendo como mantenemos el sistema de custodia individual a favor de la madre y el resto de las medidas acordadas en el juicio verbal de alimentos y guarda y custodia n^o 950/04 del Juzgado de instancia, en el caso de la pensión de alimentos con sus respectivas actualizaciones y en el caso de las visitas con precisión de que Noelia permanecerá con la madre los periodos lectivos entre semana, a excepción de dos tardes entre semana, una de ellas con pernocta, siempre que el padre tenga disponibilidad laboral y pueda hacerse cargo personalmente de su hija, compartiendo ambos progenitores el tiempo restante de los fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, así como puentes escolares, festividades y periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, divididas estas últimas por quincenas alternas—. Sin imposición de las costas en ninguna de las instancias”.*

QUINTO.- La representación legal de D. E. A. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación que basó en los siguientes motivos: *“Primero.- Por infracción procesal al amparo de lo preceptuado en el art. 469.1.4^o, por vulneración de los arts.*

218.2, 348, 316.1 2, 137 de la LEC y 24 de la Constitución. Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, art 2.2 3 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón. Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 art. 2.2 y art. 3 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.4 del Código del Derecho Foral de Aragón”.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por providencia de 17 de julio pasado se acordó lo siguiente:

“La sentencia de segunda instancia, dictada en fecha 24 de abril de 2013 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, ha sido recurrida en casación por la defensa de don E. A. S., si bien en el recurso se formula un primer motivo de infracción procesal, al amparo de art. 469.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se observa la siguiente causa de inadmisión:

El expresado motivo de infracción procesal se fundamenta en la vulneración de los artículos 218.2, 348, 316.1.2 y 137 LEC, y del art. 24 de la Constitución, y aunque la parte razona inicialmente que el trámite de un recurso extraordinario no constituye una tercera instancia, y que solo excepcionalmente se permite la impugnación cuando se demuestre un error patente o una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica de la prueba, lo cierto, sin embargo, es que al desarrollar el motivo, y atendidos los concretos extremos analizados por el recurrente, lo que parece plantear la parte es su mera discrepancia con la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida, como en una instancia más, por lo que puede concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, procede dar el trámite previsto en el artículo 473 de la Ley procesal, poniendo de manifiesto a las partes la referida circunstancia a fin de que en el plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen procedentes”.

Las partes presentaron los escritos, evacuando el trámite anterior, y el Ministerio Fiscal y la recurrida alegaron que se debía inadmitir el motivo del

recurso extraordinario por infracción procesal; la representación de la recurrente reiteró la conveniencia de su admisión.

Por Auto de 13 de septiembre de 2013, se acordó: **“Primero.- Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. E. A.S.. Segundo.- No admitir el motivo primero del recurso. Tercero.- Admitir los motivos segundo y tercero del recurso. Cuarto.- Dar el traslado establecido en el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento civil a las partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito, respecto a los dos motivos admitidos, en el plazo de veinte días.”**

Conferido el traslado acordado, las partes presentaron sus escritos de alegaciones, el Ministerio Fiscal en apoyo al recurso de casación y la parte recurrida oponiéndose a la estimación del recurso.

En fecha 24 de octubre, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2013.

Al inicio de las presentes actuaciones fue nombrado Ponente de las mismas el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance; en fecha 19 de noviembre, habiendo cesado el Magistrado Ponente y tomado posesión D. Javier Seoane Prado, quién se hizo cargo de sus ponencias, se acordó suspender el señalamiento; en fecha 2 de diciembre se acordó señalar para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2013.

Tras la deliberación y no estando de acuerdo el Ponente con la mayoría, se hace cargo de la ponencia el Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, anunciando Voto particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aun cuando, sin duda por error material no subsanado en forma, el Fundamento de Derecho primero de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 16 en este procedimiento se remite como precedente suyo a sentencia dictada en procedimiento de divorcio, lo que resulta de las actuaciones es que los litigantes no contrajeron matrimonio, y que la sentencia precedente real de este recurso fue dictada el día 3 de noviembre de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia 16 en procedimiento verbal sobre aprobación de aspectos reguladores de la ruptura como pareja estable no casada de los litigantes. En tal resolución, se acordó, entre otras medidas ahora irrelevantes, que la custodia de la hija menor del matrimonio, nacida el día 24 de enero de 2003, sería individual a cargo de la madre.

Incoado por iniciativa del padre el presente procedimiento de modificación de las medidas acordadas en la resolución antes citada, el mismo Juzgado dictó sentencia de 17 de octubre de 2012 en la que, estimando en lo esencial la demanda, acordó el cambio del régimen de custodia individual a cargo de la madre por el de custodia compartida.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 24 de abril de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, estimó el recurso presentado y, revocando la sentencia apelada, estableció que el régimen a observar sería el de custodia individual de la menor y a cargo de la madre.

Contra la anterior sentencia se formula por el padre el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

SEGUNDO.- Inadmitido a trámite el primer motivo de casación por auto de esta Sala de 13 de septiembre de 2013, restan por tratar los motivos de impugnación segundo y tercero de los planteados por el recurrente.

El motivo segundo se fundamenta en la denunciada infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Civil Aragonés (CDFA en adelante) y en él, la parte recurrente, tras recoger doctrina sentada por esta Sala en aplicación del citado artículo, y exponer el resultado de la prueba y valoración de ella hecha en la sentencia recurrida, concluye entendiendo que debe mantenerse la custodia compartida como régimen de aplicación para el cuidado de la hija menor.

Dado que el motivo de recurso presentado, como evidencia la parte recurrida, contiene referencias a la realidad fáctica sentada por la sentencia impugnada, debe valorarse como cuestión previa reiterada en sentencias varias del Tribunal Supremo que el recurso de casación viene configurado en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como medio de corrección de la aplicación jurídica de la norma que haya podido hacerse en la sentencia impugnada, con exclusión, por tanto, salvo contadas excepciones que no son al caso, de la posibilidad de entrar a nueva valoración del acervo probatorio obrante en los autos. Hacerlo de otro modo supondría convertir la casación en una tercera instancia, con plenitud de conocimiento de la cuestión, lo que queda claramente excluido por el texto legal. Tal y como indica, con claridad ejemplificativa la sentencia 270/2013 del Tribunal Supremo de 6 de Mayo cuando expone:

“(...) La jurisprudencia de esta Sala, en sentencias que por su abundancia y reiteración es innecesario precisar, ha declarado que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación no constituyen una tercera instancia que permita exigir la total revisión fáctica y jurídica de las cuestiones litigiosas, como si esta Sala fuera un tribunal de apelación. Por el contrario, es un grado de enjuiciamiento jurisdiccional “limitado y peculiar”, que exige que la recurrente identifique con claridad y precisión la norma que entiende infringida y razone porqué se ha infringido, para que este Tribunal cumpla la función nomofiláctica que le asigna nuestro sistema.”

TERCERO.- De lo expuesto deriva la exclusión de pronunciamiento ahora respecto de las referencias que contiene el motivo de recurso en

intento de sustituir la valoración probatoria hecha en la sentencia recurrida por la del impugnante. Lo que no impedirá, sin embargo, valorar las alegaciones hechas sobre las consecuencias jurídicas obtenidas en la sentencia recurrida como derivadas de la realidad fáctica, y de la aplicación a ella de la normativa de aplicación. Porque debe deslindarse con precisión cuál es el material probatorio presente, labor exclusiva del Tribunal de Apelación y cuál, en cambio, la norma jurídica que, ante lo acreditado, sea realmente de interpretación y aplicación, función ésta revisable en casación. O, como con claridad señala la sentencia del Tribunal Supremo del recurso de casación, de 28 de diciembre de 2012 (recurso 765/2012) *“si queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias, sucede lo contrario con el recurso procesal, bien que limitadamente, en el sentido de que la revisión de la valoración de los medios de prueba sólo cabe si concurre el supuesto descrito en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que los hechos –necesitados de prueba para que puedan ser considerados como efectivamente acaecidos– constituyen el enunciado de las normas jurídicas que a ellos se quiere aplicar, razón por la que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, tienen que ser puestos en relación con el precepto del que forman parte como supuesto, con el fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista.

Además, en ocasiones, el enunciado de la norma está integrado no sólo por hechos, sino también por reglas o conceptos necesitados de una definición previa o integración para poder averiguar su sentido.

Por ello, un enjuiciamiento sobre el fondo puede exigir, en la operación que se ha denominado descriptivamente de incesante ir y venir de los hechos a la norma y a la inversa, además de una correcta fijación de los hechos relevantes para afirmar o negar la consecuencia jurídica pretendida –a cuyo fin no sirve, por lo dicho, el recurso de casación y sí, limitadamente, el de infracción procesal–, la práctica de otra serie de operaciones lógicas que, ajenas a lo que se conoce como valoración de la prueba, generan juicios de valor que aportan criterios adecuados para la identificación del enunciado de

la norma sustantiva, las cuales son propias de la interpretación o integración de ésta –para las que puede servir el recurso de casación y no el otro-.”

De modo que, conforme a la legislación y Jurisprudencia expuesta, en este caso, como en otros resueltos por ese Tribunal, la corrección que en la valoración de la prueba haya hecho la sentencia recurrida no es óbice ni condiciona la competencia de esta Sala de Casación para determinar si la realidad fáctica considerada ha sido correctamente subsumida en la norma de aplicación. Como resume el Tribunal Supremo en la reciente sentencia 757/2013, de 29 de noviembre, reiterando otras anteriores, y en materia concreta de custodia de menores:

“(…) A) La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS de 22 de julio 2011 RC.813/2009 y STS de 21 de julio de 2011 RC 338/2009), pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste. (…)”

CUARTO.- En cuanto al fondo del segundo motivo del recurso de casación, no ofrece duda que el aseguramiento de la mejor atención del interés del menor, que la sentencia recurrida invoca como razón final de su conclusión, es sin duda, principio general de orden público a valorar en cada caso en que las normas legales o las decisiones jurisdiccionales deban regular o resolver sobre cualquier situación en que pueda verse implicado un menor de edad. Como resume, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011, recordada luego en otra posteriores:

“La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los

jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (Ver STS de 11 de febrero de 2011). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.”

Ahora bien, no basta la mera invocación genérica del principio jurídico de atención especial al interés del menor para motivar de modo suficiente la decisión jurisdiccional de que se trate, sino que deben definirse las razones concretas por las que la mejor atención del niño requiere, en cada caso concreto, la adopción de unas u otras medidas determinadas. Los criterios a seguir no siempre vienen determinados en la norma de aplicación, como ocurre en derecho común, cuando se trata de determinar el régimen de custodia a establecer respecto del menor, de modo que ha sido constante jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha establecido las razones principales a atender, completando así la regulación contenida en los artículos 90 y 94 del Código Civil y, entre ellos, en lo referente a posible establecimiento de custodia compartida, el artículo 92.5. Así el Alto Tribunal, en la sentencia antes citada 757/2013, de 29 de noviembre, recordando otra, señala:

“(...) Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 de octubre 2009, RC núm. 1471/2006, se señaló que “(...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (...) De estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otra personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por

los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven” (...)”.

QUINTO.- En derecho aragonés, a diferencia del derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, sí ha definido con carácter preferente el criterio a seguir en interés del menor al decidir entre custodia compartida o individual, tal y como reiteradamente ha señalado esta Sala (así, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de 2012 y de 18 de julio de 2013). Tras sentar el artículo 76.2 del CDFA el necesario respeto al interés del menor, al tratar en concreto el artículo 80 la custodia a observar ordena en su apartado segundo que: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)”. No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que “la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (...)”.

En Aragón, por tanto, la decisión del órgano judicial debe partir de la concreción legal explícita de que el mejor sistema de custodia para atención

del interés del menor se satisface con la custodia compartida. De modo que sólo cuando, tras la valoración de la prueba, quepa concluir indubitadamente la consecuencia de que se dan los presupuestos legales para excepcionar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto.

SEXTO: En el caso de autos, la sentencia recurrida, conforme a la fijación de hechos que establece, considera que son elementos de juicio suficientes para excepcionar a la custodia compartida la dificultad que el trabajo del padre conlleva para compatibilizar la vida laboral y familiar, y la ponderación que hace la psicóloga, cuya identidad no consta, sobre que el padre carece de un planteamiento adaptado a las necesidades de la menor ya que, según recoge la sentencia, “dice (la psicóloga) que la solicitud paterna de que su hija permanezca con él en periodos quincenales alternos responde más a sus necesidades, deseos y formas de estructuración del tiempo de él como adulto que al planteamiento de una alternativa que permita una mayor estabilidad y bienestar en la vida cotidiana de la menor o una alternativa que permite la cobertura de carencia afectivas y de cuidado que se puedan resolver con el nuevo sistema, detectándose carencias en cuanto a sus condiciones de disponibilidad, planificación de la organización futura de recursos cotidianos para satisfacer adecuadamente las necesidades de Noelia”.

Respecto de la posible incompatibilidad de la vida familiar y laboral por parte del padre, los datos que recoge la sentencia son que es militar, con destino en la C. de P. M. y S. del B. de la U. M. de E., con puesto de trabajo en Base Aérea de Zaragoza. Su función, en el destino actual, conlleva la sujeción a necesidades del servicio propias del cargo, por lo que, en el año 2012, estuvo fuera de Zaragoza, por razones de trabajo, y según los datos recogidos en la sentencia, un total de 16 días.

Ciertamente, la dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar por razón del trabajo podría existir en este caso, como en cualquier otro. Ahora bien, visto que el horario del padre es el propio de funcionario público

militar, y que las necesidades derivadas de exigencias del servicio han restado tan solo 16 días a su posibilidad de permanecer en su habitual puesto de trabajo en Zaragoza, no cabe extraer la consecuencia de que la compatibilidad trabajo/atención familiar se vea dificultada de tal modo que permita estar al criterio de excepción fijado en el artículo 80.2.2 e) del CDFA.

En relación con la prueba consistente en informe de la psicóloga, la sentencia recurrida recoge de modo descriptivo y acrítico la cita de parte del informe hecho por la perito. Según lo que expone la sentencia, las menciones del informe tampoco son concluyentes respecto de qué motivos concretos llevan a la psicóloga a deducir que debe excepcionarse la custodia compartida. Porque, aparte de la subjetiva conclusión de la propia psicóloga, lo cierto es que la generalidad e inconcreción de las razones que aporta y carencias a que se refiere impiden concluir que el padre no pueda atender debidamente a la hija de 10 años, sin perjuicio, claro está, de que, si las hipotéticas previsiones que sobre fallos en la organización futura, o respecto de que vaya a atenderse más a sí mismo que a la menor se materializaran, podría valorarse la modificación del régimen.

En definitiva, los hechos que como probados se recogen en la sentencia apelada no aparecen como elementos de juicio suficientes para obtener la consecuencia jurídico legal de contrariar el régimen de custodia compartida ordenado por el artículo 80.2 del CDFA. Es más, según resulta de lo expuesto al lado de las anteriores consideraciones en la propia resolución, lo que resulta es que el padre tiene estabilidad laboral, dos viviendas disponibles, apoyo familiar de quien es hoy su pareja estable, y evidencia su interés en hacer más compatible su trabajo con el cuidado de la niña mediante el cambio reciente de destino.

Y, es más, consta que la propia menor está “bien adaptada a su entorno y situación familiar y tiene adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional, como a nivel educativo y de crianza. A nivel familiar conserva una imagen positiva de cada uno de sus progenitores y mantiene buenas relaciones con sus respectivos entornos (...) sin que exista problema

alguno con su madre ni oposición a seguir con ella, manifiesta su preferencia de permanecer por semanas alternas con cada uno de sus progenitores (...).”

En conclusión, no cabe estar a que los hechos descritos en la sentencia apelada permitan la aplicación de la excepción a la custodia compartida prevista en el artículo 80.2, por lo que procede estimar el motivo de recurso que así lo alegaba y casar la sentencia por tal razón, estándose, en cambio, a lo acordado por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que ordenó la fijación del régimen de custodia compartida legalmente previsto para casos como el presente.

SÉPTIMO.- La estimación del motivo de casación antes tratado hace irrelevante entrar a resolver sobre el motivo tercero del recurso de casación, por contener idéntica pretensión estimatoria del recurso que la ya obtenida.

OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, vistas las dudas que ha ofrecido la cuestión y que ha dado lugar al dictado en la instancia de sentencias divergentes, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago.

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

F A L L A M O S

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don E. A. S. contra la sentencia dictada el día 24 de abril de 2013 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO.- En lugar de lo acordado en la sentencia anterior, se estará al fallo de la sentencia dictada el día 17 de octubre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza, con la salvedad de que será el propio Juzgado el que fijará, en ejecución de sentencia, la fecha concreta de los efectos de la guarda y custodia compartida que se acuerda y que inicialmente señaló en su sentencia para el día 4 de noviembre de 2012.

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

Devuélvase al recurrente el depósito constituido.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando voto particular el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado al que se adhiere la Magistrada Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D.
JAVIER SEOANE PRADO AL QUE SE ADHIERE LA ILMA. SRA. D^a
CARMES SAMANES ARA**

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que baso en las razones de discrepancia que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Acepto los fundamentos primero a cuarto y octavo de los la sentencia mayoritaria, el tercero con las matizaciones que se contienen en los fundamentos de derecho que siguen. Por el contrario, he de discrepar con los fundamentos de derecho quinto a séptimo.

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

Otras normas que recogen este principio son los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia, de 21 de septiembre de 1992; el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, en fin, el

artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996.

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

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

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

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

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

El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la definición de lo que ha de entenderse por interés del menor, y omiten toda indicación para concretarlo, opta por establecer unos factores a que ha de atender el juez a la hora de decidir sobre qué sistema de custodia de la prole común menor de edad satisface de mejor modo el interés de ésta tras la ruptura de la pareja formada por los progenitores.

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

Como resulta del mismo precepto, el juez aragonés, como el de derecho común, 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 y no jerarquizada de factores a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema preferente el que mejor se acomoda al interés del menor.

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

Esto es, la norma aragonesa pone al juez en la situación de partida de considerar que la custodia compartida es la que mejor atiende a la necesidades de menor a la hora de tomar la decisión sobre qué sistema se conviene mejor con las circunstancias del caso concreto, pero ello en modo alguno implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, como podría concluirse de la opinión mayoritaria cuando dice en el fundamento de derecho nº 5:

“No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En

Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que “la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (...)”.

Los sistemas diferentes a la custodia compartida no son, por tanto, ninguna excepción, como tampoco lo es este sistema respecto de la custodia individual, como se ha encargado de señalar el TS en S nº 579/2011, de 22 de julio, sino el régimen normal a seguir cuando así lo exijan las circunstancias del caso.

CUARTO La opinión mayoritaria justifica la facultad de revisión en casación de la decisión tomada por la sala de apelación en la dicotomía cuestión de hecho cuestión de derecho y su significado en la labor de subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable, especialmente en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. Sin embargo, creo que el enfoque adecuado no éste, sino el de la posibilidad de control de la facultades discrecionales que la ley otorga a los tribunales de instancia para decidir el caso concreto.

Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

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

En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

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

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

No lejos de tal planteamiento se encuentra este TSJ, en cuanto destaca el componente valorativo de la prueba y establece el necesario razonamiento como requisito de la sentencia que se aparte de la preferencia legal. Así en la S nº 36/2013, de 18 de julio, con cita de otra muchas que la preceden:

“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”.

Esto es, lo que corresponde al recurso de casación en velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor fijado en la ley, y no otra consideración.

QUINTO En el presente caso, la sala sentenciadora no se ha apartado del criterio legal establecido en el art. 80 CDFA, pues parte de la preferencia en abstracto del sistema de guarda y custodia compartida y razona suficientemente la concurrencia de circunstancias de hecho en el caso concreto que, de acuerdo con los criterios legales de determinación del interés legal del menor, determinan que el sistema de guarda que mejor lo satisface es el que establece, salvaguardado el derecho de comunicación entre padre e hijo con el sistema de visitas que dispone.

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

SEXTO En cualquier caso, aún cuando ello no fuera entendido así, y se considere que la valoración concreta del interés del menor atendidas las circunstancias de hecho concurrentes en el particular supuesto contemplado entra dentro del ámbito de revisión propio del recurso de casación, discrepo de la opinión mayoritaria con el mismo respeto que en mi discrepancia anterior.

Son hechos declarados por la sentencia recurrida, que han de quedar incólumes al haber sido inadmitido el recurso por infracción procesal en el que se tachaba de arbitraria la valoración de la prueba realizada en la instancia por auto de 13-9-2013 los que siguen:

“Actor y demandada (D. Eduardo y D^a Sara) mantuvieron una relación de convivencia, como pareja estable no casada, que cesó en febrero de 2004. El 24-1-2003 nació Noelia, que quedó bajo guarda y custodia de la madre, con contactos con su padre través del régimen de visitas establecido en el convenio regulador suscrito, sistema este que se ha desarrollado regularidad y ausencia general de problemas. Ampliado hace tres años con la pernocta los miércoles en el domicilio paterno, al plantearse el procedimiento -julio 2011- se volvió, al acordado, adaptándose las visitas y su duración a disponibilidad laboral del padre.

Noelia se encuentra bien adaptada a su entorno y situación familiar y tiene adecuadamente satisfechas sus necesidades tanto de tipo emocional, como a nivel educativo y de crianza. A nivel familiar conserva una imagen positiva de cada uno sus progenitores y mantiene buenas relaciones con sus respectivos entornos, habiéndose visto inmiscuida en tensión y diferencias existentes entre ambos progenitores a raíz el procedimiento judicial entablado, del que se le hecho participe, especialmente por parte del padre, que transmitido a su hija la idea de que puede tomar decisiones con respecto a con quien vivir. En cuyo sentido, sin que exista problema alguno con su madre ni oposición a seguir con ella, manifiesta su preferencia de permanecer por semanas alternas con cada uno de sus progenitores, echando de menos sobre todo la noche del miércoles que antes pasaba en su casa no entendiendo por qué ahora ya no puede hacerlo.

La Sra. G., de 42 años, ha sido, desde la separación personal, encargada de la organización y cuidados cotidianos de su hija, que tiene su vida estructurada junto a su madre los dos hermanos habidos en su nueva unión, Jorge y Violeta, de 7 y 5 años de edad, con los cuales Noelia tiene un fuerte vínculo afectivo y emocional. Doña Sara

tiene una empresa limpieza, con seis empleadas, trabaja de lunes a viernes en horario de mañana, lo que le permite compatibilizar su trabajo y el cuidado de sus hijos. Vive en T. de S.L.

Y el Sr. A., de 42 años, es C. —B. A. de Zaragoza, Carretera Aeropuerto-, puesto que, abarcando su área de intervención Cataluña, Aragón y Navarra, implicaba su desplazamiento a Jaca varias semanas en invierno, la realización de cursos y maniobras y que en cualquier momento pudiese ser llamado para algún suceso, excepto en períodos vacacionales. A partir del 6-6-12, para poder conciliar su vida familiar y laboral, pasó a la Compañía de Plana Mayor y Servicios del Batallón; en los periodos quincenales alternativos en los que tenga su hija a su cargo puede ausentarse de su destino el tiempo necesario para recogerla en el Colegio, “atendiendo en todo caso las necesidades del servicio”; y se restringen -no se dice en que términos- las actividades que supongan su ausencia de Zaragoza en las citadas quincenas. Tiene dos viviendas, una de ellas, en C/ ... -Barrio Jesús-, con tres habitaciones, a la que proyecta trasladarse cuando termine su amueblamiento y reforma —no se ha comunicado variación en este sentido—, pero en la fecha de emisión del informe residía en el domicilio de su pareja, doña Belinda F. -Plaza ... , entre Cuellar y Tenor Fleta-, que, aparte cocina y baño, tiene una habitación y un salón, en el que se ha habilitado una parte, aislándola con una cortina, para que Noelia la ocupe los días en que esta con su padre. La Sra. F., de 38 años, trabaja de comercial en horario de mañana y tarde, cuenta con el apoyo de su madre, que esta jubilada, y tiene un hermano casado y con un hijo. El Sr. A. tiene dos hermanos, uno en Jaca, separado, con un hijo, y otro en Zaragoza, casado y con dos hijas, desconociéndose en que medida podría disponer de ellos el Sr. A. en la cobertura de cualquier eventualidad.

Las dificultades que el apelado tenía por razón de su trabajo, una de las razones que la Psicóloga evaluó en su informe, no favorable a la guarda compartida solicitada, parecen haberse suavizado a partir de junio de 2012 con su paso a la C. de P. M. y S., pero no desaparecido, quedando siempre condicionada la deseable flexibilidad a “las

necesidades del servicio”, razón segura de su intervención en el incendio de ... (Valencia) el 29-6-12; en otro en ... (Valencia) del 30-6 al 4-7-12; en ... (Gerona) del 22 al 27 julio; en ... (Navarra) el 21 y 22-8-12; y los días 17 y 18 de diciembre ‘en un Curso de ...”

En el presente caso, la Sala se ha ocupado de razonar el porqué de su decisión, que no es otro que el criterio legal de preservar el interés de menor como guía para decidir el sistema adecuado para su guardia y custodia.

Y ello partiendo de los hechos tenidos como probados valorados a la luz de los criterios establecidos en el art. 80.2 CDFA, en particular los establecidos en letras b), d) y e), y de los mencionados en sus apartados 3 y 4.

Así, la Audiencia señala cómo ha sido acreditada la plena integración de la menor en la nueva familia constituida por D^a Sara, y la falta de toda prueba sobre igual aspecto en relación con el entorno del padre; los informes técnicos que afirman que la petición de custodia compartida por el padre responde más a sus necesidades, deseos y formas de estructuración del tiempo de él como adulto; y los informes recibidos de los mandos del actor, que revelan su plena disponibilidad para el cumplimiento de sus deberes militares, que le han exigido desplazamientos incluso tras su nuevo destino en la P. M. de S., obtenido el día 6-6-2012.

Por lo demás, la Sala se atiene a las conclusiones alcanzadas por los dos informes técnicos emitidos en el seno del procedimiento de modificación de medidas, pues tanto el psicológico como el social concluyen la conveniencia del mantenimiento de la custodia individual de la madre con régimen de visitas para el padre.

SÉPTIMO Finalmente, y como criterio complementario, la Sala arguye el criterio legal de la no separación de los hermanos que recoge el apartado 4 del art. 80 CDFA también a favor de la custodia individual de la madre.

El recurrente admite en el segundo de sus motivos de casación que la STJA nº 39/2012 ha sentado como criterio que, aún cuando el mandato va dirigido principalmente a la no separación de los hermanos de doble vínculo habidos durante la convivencia a que se pone fin, ello no impide que el mantenimiento de las relaciones entre los hermanos de un solo vínculo habidos en la convivencia posterior de uno de los progenitores con un tercero no deba ser tenido en cuenta a la hora de decidir sobre el régimen de la custodia que ha de regir tras la ruptura, y, en el presente caso, no ha habido más que un descendiente en la pareja que formaron en su día los litigantes, la menor de cuya guarda se trata, y tras la separación de los padres tan sólo la madre ha tenido hijos, los dos a que se ha hecho referencia y con los que la niña ha convivido fraternalmente hasta la modificación de medidas acordada en la sentencia de primera instancia, por lo que también esta circunstancia ha de venir en apoyo de la decisión que discute el recurso.

En consecuencia, comparto el criterio de que la salvaguarda del interés de la menor Noelia se traduce en el caso concreto, y de acuerdo con los criterios sentados en el art. 80 CDFA, en el sistema de guarda individual de la madre, por lo que no es de apreciar la infracción legal que se denuncia en el motivo.

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

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente

FALLO

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2013, dictada por la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.
2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.
3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos los magistrados expresados en su encabezamiento.