

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal num. 35 de 2013

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

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 trece de enero de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 35/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 11 de junio de 2013, recaída en el rollo de apelación número 160/2013, dimanante de autos núm. 992/2012 de Medidas relativas a hijos no matrimoniales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como

recurrente, D. Fernando Luis D. M. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Morellón Usón y dirigido por el Letrado D. Oscar Ruiz-Galbe Santos, y como parte recurrida D^a. Ana A. N., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Eugenia Lostal Prada y dirigida por la Letrada D^a. M^a José Andrés Rotellar, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Morellón Usón, actuando en nombre y representación de D. Fernando D. M., presentó demanda de medidas contra D^a. Ana A. N. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución por la que se acordasen las siguientes medidas:

“1º.- Atribución de la guarda y custodia de la menor a su padre, D. Fernando D. M., siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2º.- Establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio D^a. Ana A. N., consistente en:

-Hasta los ocho años, Visitas Tuteladas en el Punto de Encuentro Familiar, todos los sábados desde las 11 horas hasta las 13 horas.

-Desde los ocho años hasta los nueve años, visitas en el Punto de encuentro Familiar, sin supervisión, todos los sábados desde las 11 horas hasta las 13 horas.

-Desde los nueve años hasta los doce años, todos los sábados desde las 11 horas hasta las 19 horas, debiendo de realizarse las entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar.

-A partir de los doce años y previo informe favorable en tal sentido por el Gabinete Psico-Social del Punto de encuentro Familiar, dos fines de semana alternos al mes, desde el viernes a las 19 horas hasta el domingo a las 20, la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, el Pilar y un

mes en las de Verano, eligiendo los periodos la madre los años pares y el padre los impares. Las entregas y recogidas de la niña se realizarán en el domicilio de esta.

Y todo ello con expresa condena en costas a la demandada, si con temeridad o mala fe se opusiere a lo que se pide.”

Al desconocer el demandante el domicilio de la demandada, solicitó por otrosí su averiguación por diversos medios o la publicación por edictos.

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. Compareció en tiempo y forma el Ministerio Fiscal.

Hechas las averiguaciones oportunas, se emplazó a la demandada quién contestó, una vez designados del turno de oficio Abogado y Procurador, oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia adoptando las siguientes medidas:

“Primera.- Atribución de la guarda y custodia de la niña a su madre Ana A. N. y la patria potestad la compartan ambos progenitores.

Segunda.- Que la niña pase los fines de semana alternos desde la salida del colegio o desde las 17 horas del viernes a las 20 horas del domingo, con el progenitor no custodio.

Tercera.- Las vacaciones de Navidad, Semana Santa, el Pilar por mitad entre los padres y el mes de Julio con uno de los padres y el mes de Agosto con el otro progenitor, eligiendo los periodos la madre los años pares y el padre los años impares. Las entregas y recogidas de la menor se harán en el domicilio de la menor.

Cuarta.- el padre abonará en concepto de alimentos para la menor 200€, los cuales se ingresarán por anticipado dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que oportunamente designará la madre.”

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

Admitida la contestación y previos los trámites legales oportunos, el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Que estimando la demanda deducida por la Procuradora D^a. Pilar Morellón Usón en nombre y representación de D. Fernando D. M. contra D^a. Ana A. N., representada por la Procuradora D^a. Eugenia Lostal Prada, para la adopción de medidas en relación con la hija común, Rebeca D. N. (Zaragoza, 5/12/2004), declaro haber lugar a la misma, y en su virtud declaro la extinción de la unión estable de pareja no casada que formaban los aquí demandante y demandado, D. Fernando D. M. y D^a. Ana A. N., quedando, por Ministerio de la Ley, revocados los poderes que cualquiera de los miembros de la pareja hubiera otorgado a favor del otro, y con los demás efectos legales inherentes a dicha declaración.

Como medidas definitivas en relación a la pareja estable no matrimonial cuya extinción se declara, y a favor de la hija común, Rebeca D. N., se adoptan las siguientes:

-Se concede la guarda y custodia de la hija común, Rebeca D. N., a su padre, D. Fernando D. M., siendo la titularidad de la patria potestad compartida, y su ejercicio conforme a lo previsto en el Derecho común en relación a los hijos menores de padres separados.

-El régimen de visitas será de seis días al mes que resultarán de la adición de dos fines de semana (de viernes a la salida del Colegio, hasta el domingo inmediato siguiente hasta las 19:00 horas) más dos días entre semana (los jueves, en caso de falta de acuerdo al respecto, o dependiendo de los compromisos laborales del padre, desde la salida del colegio hasta las 21:00 horas, en todo caso garantizando las actividades escolares o extraescolares del menor). La madre, D^a Ana A. N., deberá comunicar al padre del menor, por medio o procedimiento que garantice su recepción, con una antelación mínima de treinta días naturales, los fines de semana y/o los días entre semana en que podrían tener lugar las visitas, bien en tres fines de semana de un mismo mes, en el horario antes señalado (por lo cual, no obstante, no podrá optarse sino en meses alternos), o bien dos fines de semana del mismo mes, más dos días entre semana, siempre en semanas distintas, salvo acuerdo entre los progenitores que permitirá las visitas entre semanales en dos días de la misma semana. Además corresponderán a la madre la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Fiestas de El Pilar, Navidad y verano contadas desde las 11:00 horas del día siguiente al

que finalicen las clases o actividades escolares o extraescolares de los menores, hasta las 20:00 horas del anterior a la reanudación del periodo lectivo, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo la elección del concreto periodo vacacional a la madre los años pares, y al padre los impares. Tras los periodos vacacionales, regirá en sus propios términos, y en las indicadas condiciones, lo acordado en este mismo apartado en relación al régimen de las visitas ordinarias.

-La entrega y recogida de la menor, al menos durante las tres primeras visitas efectivamente celebradas, tendrá lugar en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza, quien emitirá informe sobre la evolución de la visitas, grado de adaptación de la menor y de cumplimiento de la madre. El plazo inicialmente señalado podrá ser reducido o prolongado, a la vista del contenido de los informes mensuales que emitirá el PEF.

-La madre, D^a Ana A. N., abonará mensualmente, la cantidad de cien euros (100'00 €), en concepto de pensión de alimentos para su hija Rebeca D. N. Asimismo, los progenitores abonarán por mitad el importe de los gastos extraordinarios que la salud, educación y formación integral de la menor demandare."

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Lostal Prada en nombre y representación de D^a. Ana-A. N. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose ambos al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, se acordó la exploración de la menor de la que, practicada, se dio traslado de la misma a las partes, manifestando el Ministerio Fiscal que no se opone a que se modifique la guarda y custodia de la menor y se conceda a la apelante, y por las otras partes, en apoyo de sus pretensiones.

Con fecha 11 de junio de 2013 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a ana A. N. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número dieciséis de Zaragoza, el 21 de enero de 2013, debemos revocar y revocamos la misma acordando la atribución a dicha recurrente de la guarda y custodia de la hija menor Andrea-Rebeca, la que no podrá abandonar el territorio español sin autorización paterna o judicial.

Se establece a cargo del padre una pensión alimenticia de 400€ al mes, pagadera en los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

Se establece entre padre e hija el régimen de visitas consignado en el fundamento de Derecho cuarto de la presente resolución.

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

CUARTO.- La representación legal de D. Fernando Luis D. M. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de infracción procesal y casación, basándolos, el primero, en infracción del art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el segundo, al amparo del art. 80.2 del CDFA.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente a quién pasaron las actuaciones para resolver.

En fecha 4 de septiembre pasado se dictó providencia del siguiente tenor:

“Visto el escrito de recurso interpuesto por la representación de D. Fernando D. M. contra la sentencia de 11 de junio 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 primer 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 el primer motivo de infracción procesal al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 216 del mismo texto procesal, respecto a la pensión alimenticia señalada al padre y al régimen de visitas establecido para el mismo, sin tener en cuenta que, por la especial naturaleza de los procedimientos de familia y en particular los relativos a menores, el principio de justicia rogada del artículo 216 LEC tiene unos criterios de aplicación diferentes a los demás procesos civiles, además de que no había habido pronunciamientos al respecto porque la sentencia recurrida modificó la custodia de la menor, al pasar de un progenitor al otro.

Lo anterior podría constituir causa de inadmisibilidad del motivo conforme al artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.”

Las partes presentaron sus alegaciones. En fecha 14 de octubre se dictó auto por el que se admitió a trámite el único motivo de casación y se inadmitió el motivo primero de infracción procesal, admitiendo el segundo. Conferido traslado a las partes, estas presentaron sus escritos en apoyo de sus pretensiones.

Habiéndose solicitado la celebración de vista por la parte recurrente y considerándola conveniente la Sala, se señaló para la misma el día 11 de diciembre a las 9,30 horas, en que se celebró con el resultado que obra en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada mantuvieron una relación de pareja de hecho desde el año 2002, de la que nació una hija, Rebeca, el 5 de diciembre de 2.004.

En noviembre de 2011 el actor, tras haber abandonado la madre el domicilio común, presentó demanda de juicio verbal en la que solicitó que se le atribuyera la guarda y custodia de la niña.

Mediante auto de 16 de enero de 2012 fue atribuida temporalmente la custodia de la niña al padre.

La sentencia de 21 de enero de 2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza atribuyó al padre la custodia de la hija y señaló a la madre una pensión para la niña de 100 euros mensuales.

La sentencia justifica su decisión, conforme con lo interesado por el Ministerio Fiscal y en atención a la prueba practicada, en particular a los informes psicológicos obrantes en autos, debido a la residencia de la demandada en Lugo o su provincia porque *“la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija supondría para ella una modificación sustancial e inconveniente de su entorno, Centro escolar y de relaciones personales”*.

Recurrida la anterior sentencia por la madre, la sentencia de 11 de junio de 2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza la revocó y atribuyó a la madre la custodia de la niña, señalando la cantidad de 400 euros mensuales a cargo del padre en concepto de alimentos para la niña.

La sentencia recoge así en su fundamento segundo el contenido del informe psicológico y el resultado de otras pruebas:

“El informe psicológico practicado en el proceso (folios 234 y siguientes) pone de manifiesto que la menor presenta sentimientos de tristeza y malestar y que valora especialmente el cuidado que sobre ella ejerce su madre, a la que se encuentra unida, percibiendo cierto rechazo de sus compañeros de clase.

Detecta el informe un discurso prolijo y reiterativo en el Sr. D., con continuas acusaciones hacia la demandada y contradicciones sobre la índole de su relación. Señala que no satisface de forma correcta las necesidades de la menor (higiene, alimentación, espacio), no siguiendo orden en las comidas, careciendo de habitación y cama para ella (duermen en la misma cama). Respecto a la madre el informe señala que vive en una habitación de alquiler, carece de recursos y que su deseo sería irse a vivir a Rumanía donde tiene casa y familiares, al no tener aquí trabajo.

Aconseja, finalmente, la psicóloga, se valore la situación por los servicios sociales.

Los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Zaragoza, dos meses después emiten informe (folio 286 y siguientes) en el que evalúan las informaciones facilitadas por los implicados, constatando que el actor, de 67 años de edad, ha mantenido cinco relaciones de pareja, con las que ha tenido

varios hijos, que la vivienda en que reside con la niña presenta un orden y limpieza mínimamente adecuados y alguna deficiencia y que el actor precisaría apoyos en el cuidado y atención de la niña si quedase bajo su custodia, señalando solo respecto de la madre, que reside ahora en Lugo, una alta posibilidad de que traslade a la menor a Rumanía mientras ella continúa en España trabajando.

En este informe Jesús D., hijo del actor, señalaba considerar a Ana A. buena madre, aunque no ve a la niña suficientemente.

Las denuncias formuladas ante la Policía por el Sr. D. no se han revelado con apoyo suficiente para fundar los pretendidos intentos que alega de sustracción de la menor por su madre..., no habiéndose probado actuación alguna de la Sra. N. tendente a trasladar a la menor del territorio español”.

En el fundamento tercero se refiere a las exploraciones de la menor:

“La menor fue explorada por el Juzgador de instancia en enero de 2012, donde expresó proximidad y cariño hacia su madre, y quejas hacia la falta de higiene que le procura su padre (no la baña, uñas sucias) y la falta de limpieza de la casa.

Ha sido explorada en esta alzada en mayo de 2013, (ha reiterado esa falta de cuidado, que su padre le da manotazos frecuentemente en los brazos cuando se enfada, que no atiende bien sus comidas haciendo que esté gorda (señala que pesa más de 50 kg.) que él tiene mal humor, y que desea, sin ninguna duda, vivir con su madre con la que se lleva muy bien y la cuida mucho mejor. Repite que no le gusta y no quiere vivir con su padre. Sabe que su madre vive y trabaja en Galicia, donde ha alquilado una casa que tiene una habitación para ella, y le gustaría vivir con ella. Dice que en el colegio no tiene casi amigos, que se ríen de ella porque está gorda, aunque suele sacar notable en las asignaturas y que no tiene libertad para llamar por teléfono a su madre”.

Finalmente, el fundamento cuarto recoge la valoración de la prueba y las razones de la decisión adoptada:

“CUARTO.- De la prueba practicada se desprende una relación conflictiva entre los progenitores, no exenta de manipulaciones, en la que la menor es utilizada como moneda de cambio para la consecución de determinados propósitos, pues constan viajes a Rumania de la demandada, incluso con la

menor, que no plantearon problemas referentes a la custodia de la misma al padre.

La madre, de 29 años de edad, es de nacionalidad rumana y ahora trabaja y reside en Lugo, la única tacha opuesta por los informes periciales ha sido su deseo de trasladar a la hija menor a su país de origen.

El padre cuenta con 67 años de edad, vive solo y sin apoyo para el cuidado de la menor, presenta importantes carencias para hacerse cargo en solitario no solo de sus más elementales necesidades sino de las referentes a su apoyo en todos los órdenes que la niña detecta, sintiéndose insatisfecha.

El informe de la Sra. Añaños carece de todo sustrato fáctico, realizando valoraciones que resultan incompletas ante la falta de examen de la madre.

La menor ha expresado sus deseos y frustraciones de forma razonada y coherente, siendo su edad y percepción valorables en la cuestión que nos ocupa (artículo 80-2 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Atendiendo a su prioritario interés, y a la necesidad de procurar su correcto cuidado, estabilidad y desarrollo, por encima de meros caprichos o preferencias de los progenitores, esta Sala entiende, según ha informado el Ministerio Fiscal, en esta alzada, que la medida que mejor acoge tales principios la constituye la atribución de la custodia a favor de la madre, cuya estabilidad laboral y personal facilitará su bienestar y permitirá el mantenimiento de periódicos contactos con su padre, en cuyo favor se establece como régimen de visitas un fin de semana al mes en que el padre recogerá a la menor del centro escolar el viernes a la salida del colegio y la reintegrará al domicilio materno el domingo a las 20 horas. Será el último fin de semana de cada mes.

Las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa se distribuirán por mitad y las de verano en dos meses, Julio y Agosto, alternativamente para cada uno. El padre recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

El padre satisfará, en concepto de alimentos para la menor, la suma de 400€ mensuales, que se actualizará anualmente conforme a los índices del I.P.C.

Se mantiene la cautela de prohibición de que la menor abandone el territorio nacional, salvo que medie autorización del padre o autorización judicial.”

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación de D. Fernando Luis D. M. recurso de casación y extraordinario de infracción procesal, éste basado en dos motivos, el primero al amparo del artículo 469.1.3º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 216 LEC, porque la Sra. N. había interesado en su escrito de contestación a la demanda una pensión de alimentos para la menor de 200 euros mensuales y la sentencia objeto de recurso, sin justificación alguna, fija una pensión a cargo del padre de 400 euros mensuales, e igualmente en cuanto al régimen de visitas que se había solicitado para el padre de dos fines de semana al mes y la sentencia objeto del recurso tan solo fija uno. Este motivo fue inadmitido por manifiesta falta de fundamento (artículo 473.2.2º LEC), al no resultar contrario al artículo 216 LEC la adopción de determinadas medidas en beneficio e interés de los menores en estos procesos especiales (artículos 748 y siguientes LEC), y por lo dispuesto en el mismo artículo 216 con remisión a los artículos 751 y 774.4 LEC.

El segundo motivo de infracción procesal fue interpuesto al amparo del artículo 469.1.4º LEC por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 348 LEC, por error en la valoración de la prueba pericial. Se refiere, por una parte, al informe psicológico emitido por la psicóloga Sra. Añaños y aportado por el actor con su demanda, ratificado en el acto del juicio, porque se afirma en la sentencia que carece de sustrato fáctico realizando valoraciones que resultan incompletas ante la falta de examen de la madre, cuando –a juicio del recurrente- realizó un exhaustivo estudio de la menor y del padre acreditativo de los malos tratos de la madre a la niña, que habría llegado a pegarle con un palo, por lo que el informe concluía que no era conveniente que la niña viviera con su madre. Por otra parte, afirma el recurrente que la Audiencia no hace referencia alguna al informe de la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia, que confirmaría que la niña fue azotada por su madre por lo que proponía que continuara al cuidado del padre con el mismo sistema de visitas establecido con la madre. Finalmente, también asegura el recurrente que la sentencia no hace referencia alguna al informe psicoeducativo realizado por los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Zaragoza que concluye que si la niña queda

bajo la guarda de su madre existe una posibilidad muy alta de que sea trasladada a Rumanía quedando al cuidado de su familia materna.

Asegura el recurrente en este motivo que la sentencia de la Audiencia se ha dictado atendiendo exclusivamente al deseo de una niña de ocho años, sin prueba alguna de la situación de la Sra. N. en Vigo (la sentencia se refiere en realidad a Lugo) ni de su situación laboral y de vivienda. De ahí deduce que, dada la falta de valoración probatoria por parte de la Audiencia de los informes periciales, y de la necesidad de no alterar el *modus vivendi* de la niña, no se debe modificar el sistema de guarda a favor de la custodia de la madre, de la que no se ha acreditado su aptitud ni su capacidad física, económica, mental, espacial y temporal para ocuparse de su hija.

Afirma la parte recurrente que la concreta vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se invoca no es la de error patente ni tampoco la arbitrariedad sino la de motivación manifiestamente irrazonable, pues la sentencia recurrida realiza una motivación formalmente razonada y fundamentada, aunque es inexistente su razonabilidad porque solo se ha basado en el mero deseo de una niña de ocho años, con desprecio de la totalidad de la prueba existente.

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 del resultado ilógico o absurdo al entender que la sentencia recurrida ha desconocido el parecer de los informes periciales acogiendo exclusivamente el deseo de la niña.

De la lectura de los fundamentos segundo, tercero y cuarto, que en buena medida han sido transcritos, no puede afirmarse que la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta los informes periciales y haya acogido exclusivamente los deseos de la niña. Así, no puede afirmarse que la sentencia no haya hecho referencia al informe de la psicóloga adscrita al Juzgado pues, según hemos visto, recoge aquellas partes del mismo que al tribunal de apelación le parecen relevantes. Asegura el recurrente que el

informe confirma que la niña fue azotada por la madre, pero tal dato no es exacto porque lo único que la psicóloga recoge de la entrevista con la niña es que ella *“justifica los azotes que en algún momento le ha dado su madre atribuyéndolo a su propia conducta”*, lo cual es bien diferente a lo expuesto en el recurso. Igualmente dice que el informe concluye proponiendo que la niña continúe al cuidado de su padre con el mismo sistema de visitas establecido con la madre, pero obvia que dicha recomendación se hace de forma provisional y hasta que el Servicio Social de Base realice la valoración de la situación familiar. En definitiva, en contradicción con lo que denuncia, incurre el recurrente en descripciones inexactas u omisiones voluntarias pretendiendo interesadamente un resultado diferente al obtenido.

Así ocurre nuevamente en relación con el informe psicoeducativo de los Servicios Sociales del Ayuntamiento que, ciertamente, recoge el temor de que la niña sea trasladada a Rumanía pero, como también ha quedado transcrito, no es ignorado en la sentencia recurrida sino que expresamente se cita en ella este temor y expone también las deficiencias observadas en el trato del padre hacia su hija.

Respecto al informe de la psicóloga Sra. Añaños, la sentencia recurrida no lo considera suficientemente informado por falta de examen de la madre y, por el contrario, considera mejor informados y dotados de mayor objetividad el de la psicóloga adscrita al Juzgado y el de los Servicios Sociales del Ayuntamiento, que examina con amplitud, lo que no constituye déficit valorativo sino ejercicio de la facultad que corresponde a los tribunales encargados de la valoración de la prueba.

En definitiva, incurre el recurrente en el error que denuncia, eligiendo parcialmente algunos de los datos que le resultarían favorables y omitiendo lo que le resulta negativo de los aspectos valorados en la sentencia. La sentencia añade a la valoración de los informes psicológico y psicosocial la de la exploración de la menor en ambas instancias y de la apreciación conjunta de todo ello llega a la conclusión de considerar más conveniente al interés de la menor la custodia individual de la madre, con la especial protección, frente al riesgo de traslado fuera de España, de no poder abandonar la niña el territorio español sin la autorización paterna o judicial.

Todo ello no constituye valoración ilógica ni irracional en los términos exigidos por la jurisprudencia para estimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como afirma el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, por lo que el alegado motivo de infracción procesal debe ser rechazado.

TERCERO.- El único motivo del recurso de casación es interpuesto por infracción del artículo 80.2 del CDFA relativo al criterio preferente de custodia compartida, alegando haberse atribuido la custodia a la madre sin conocer sus aptitudes y condiciones de vida y con base exclusivamente en los deseos de la menor, con modificación de la anterior atribución individual a favor del padre que, a su juicio, no debe ser alterada sino que se debe propiciar la estabilidad emocional del menor.

Debe advertirse que no nos encontramos ante un supuesto de oposición entre atribución de custodia individual frente al de custodia compartida establecido como preferente por el artículo 80.2 del CDFA, sino de custodia individual de un progenitor frente a otro, pues ninguno de ellos solicita la atribución de custodia compartida ni ha sido considerada conveniente en las instancias. En consecuencia, el artículo 80.2 no ha podido resultar infringido en su proclamación de la custodia compartida como preferente, ni en su aplicación en los términos que respecto a ella de forma constante ya ha establecido esta Sala.

En la atribución de la custodia individual de un menor a favor de uno u otro de los progenitores no hay criterio preferente sino que los tribunales, valorando la prueba practicada, señalarán cual de ellos debe ejercer dicha guarda y custodia. Para ello atenderán, evidentemente, a los factores señalados en el artículo 80.2 pero no para exceptuar el régimen preferente de custodia compartida sino para valorar tales factores respecto a cada uno de los progenitores individualmente.

Esta tarea ha sido realizada por la sentencia de apelación en la forma que ha quedado expuesta y que no ha merecido la calificación de arbitraria, ilógica o irracional, por lo que no cabe atender ahora a los criterios que en su favor expone el recurrente en este motivo, salvo que se hubiera producido

infracción del precepto sustantivo en la aplicación de los factores señalados en el mismo y tenidos en cuenta para la atribución de la custodia individual.

La valoración de la prueba en su conjunto, con las precisiones señaladas al abordar el motivo de infracción procesal, no puede ser sustituida por la de la parte, ni ha de ser objeto de revisión en este recurso extraordinario por cuanto se ha expuesto, razón por la que el motivo de casación debe ser también rechazado.

CUARTO.- En cuanto a costas, dado el diferente sentido de las sentencias de primera instancia y de apelación que denotan las dudas suscitadas en las instancias, 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 Pilar Morellón Usón, en nombre y representación de D. Fernando Luis D. M., contra la sentencia de fecha 11 de junio 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.