

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON**  
**SALA CIVIL Y PENAL**  
**ZARAGOZA**

Recurso de Casación 5/2016

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

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

En Zaragoza, a nueve de mayo dos mil dieciséis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 5/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 1 de diciembre de 2015, recaída en el rollo de apelación número 501/2015, dimanante de autos de demanda de medidas paterno filiales y alimentos para hijo menor no matrimonial núm. 44/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Daroca, en el que son partes, como recurrente, D. Jairo L. H., representado por la Procuradora

de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana Juberías Hernández y dirigido por el Letrado D. Eduardo Martínez Miñana frente D<sup>a</sup>. Sara O. P., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Sancho Arnal y dirigida por la Letrado D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pilar Español Bardají, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Daroca, la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Jesús Sancho Arnal, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Sara O. P. presentó demanda de adopción de medidas paterno filiales y fijación de alimentos contra D. Jairo L. H., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando “se dicten medidas paterno filiales con arreglo al siguiente plan.

1.- Autoridad familiar.- Compartida.

2.- Guardia y custodia.- Se atribuya a la madre. Sin que esto represente un corte radical, en los periodos en que esta con la madre, o bien de vacaciones con el padre, a relacionarse con ambas ramas de la familia y cultivar el entramado social y de amigos, creado y vinculado a ambos entornos familiares. Con el límite, de que el bien superior del menor, es una vida ordenada a su desarrollo, y a la buena marcha de los estudios, y no a impulsos caprichosos de los padres o del niño.

3.- Régimen de visitas.- A falta de acuerdo entre los padres, fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes a las 20 horas del domingo, a recoger y a llevar al domicilio de la madre. El padre, podrá pasar dos tardes en semana con su hijo, que, a falta de acuerdo, será el martes, y jueves, pudiendo ir a recogerlas a la salida del colegio, y reintegrarlo al domicilio de la madre antes de las 20 horas de esa tarde.

4.- Vacaciones.- La mitad de navidades, a contar desde el día en que se les otorga las vacaciones, hasta las 12 horas del 31 del mismo mes de

diciembre, y de este día al final, los pares corresponderá elegir a la madre y los impares a la madre, de igual forma la de semana santa, que se dividirá en dos mitades, teniendo en cuenta el número de días de vacaciones, a escoger de la misma forma que antes.

Las vacaciones de verano (sic), el niño pasará quince días en primavera y quince días en otoño, con el padre, coincidiendo con las vacaciones del mismo.

En verano, pasará un mes de vacaciones con su madre, a elegir por la misma, en ese periodo, quedará en suspenso, el régimen de visitas con el padre, en sus dos modalidades, tanto de fines de semana, como de visitas entre semana.

Para la recogida y retorno de los niños mientras dure la orden alejamiento, será a la salida del pueblo y la realizara Doña María O. previa llamada telefónica.

5.- Comunicaciones.- El padre podrá comunicarse con su hijo, sin más limitación, que la que imponen el uso racional de los medios modernos comunicación, sin que nunca, el ejercicio de este derecho interfiera en el normal desarrollo en la educación del mismo. En los periodos de vacaciones con el padre, la madre, también, tendrá derecho a comunicarse con sus hijas (sic) de la misma forma.

6.- Pensión de alimentos.- Se cifra en 250 euros mensuales, a pagar en el domicilio o cuenta bancaria que la madre designe, del 1 a 5 de cada mes, actualizándose con los sucesivos I.P.C. dictados por órganos competentes. La aplicación del mismo será automática, sin necesidad de requerimiento por parte de la madre. La fecha a tener en cuenta para las sucesivas revalorizaciones que será la de los sucesivos unos de agosto. Y el índice aplicado será el último publicado en ese momento.

7.- Gastos extraordinarios.- Serán de cuenta de ambos progenitores por mitad. Tendrán la consideración de gastos extraordinarios: 1) Oftalmología, óptica y dentista. 2).- Tratamientos médicos no incluido en la Seguridad social, así como el copago de las recetas medicas que en cada momento haya de realizarse. 3).- Gastos de ortopedia. 4).- Gastos de viaje de estudios, y pequeños desplazamientos organizados por los centros educativos en que estudien. 5).- Gastos de comedor escolar.

8.- El domicilio que los padres compartían en C., en la calle de los S. Num 11, se atribuye a la madre y a su hijo. También se atribuirá los mismos el ajuar del mismo.”

Por otrosí solicitó prueba pericial condicionada al supuesto de que el padre solicitase la guardia y custodia compartida o se le conceda en exclusiva.

También por otrosí solicitó medidas provisionales.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma.

En fecha 7 de abril de 2014 se acordó, previa petición de las partes, la suspensión del procedimiento por encontrarse en trámite de negociación para transformar el procedimiento en mutuo acuerdo.

No habiéndose llegado al acuerdo previsto, a petición de parte, se alzó la suspensión con fecha 28 de noviembre del mismo año.

Dentro de plazo, la parte demandada se personó en las actuaciones y contestó a la demanda, con base en los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma y terminó suplicando que “se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

“-Autoridad Familiar: Compartida.

-Guardia y Custodia: Compartida. Se propone un régimen de custodia compartida en la que cada uno de los progenitores tenga la custodia de su hijo por el plazo de un mes.

- Régimen de visitas: se interesa un régimen de visitas a desarrollar por el progenitor en el plazo que no tenga la custodia de su hijo consistente en dos tarde a la semana, a determinar los días por cada progenitor, interesando esta parte que sean martes y jueves, desde la salida del colegio, o en su defecto para época vacacional, desde las 16,30, hasta las 20 horas. Así mismo, cada progenitor en el periodo que no tenga la custodia de su hijo podrá disfrutar fines de semana alternos con este, desde el viernes a las 16,30 horas, o salida del Colegio, hasta el domingo hasta las 20 horas. La recogida (salvo en época escolar, que será en el Centro Escolar) y entrega del menor se efectuará en el domicilio del progenitor que tenga la custodia,

debiéndose de proceder a la recogida y entrega del menor por el progenitor que le corresponda, o en su caso, por una familiar de este.

-Vacaciones:- Navidades: Se extenderán en dos períodos a disfrutar con cada uno de los padres. El primero de los periodos será desde que se otorgue vacaciones escolares al menor hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas. Y el segundo desde el día 31 hasta el final de las vacaciones de navidad.

-Vacaciones de Semana Santa: la mitad con cada uno de los progenitores.

-Vacaciones de verano. Ambas partes pasará un mes de vacaciones con su hijo, distribuyéndose en dos periodos de quince días cada uno.

Al objeto de disfrute de estos periodos, los años impares corresponderá al padre la elección del periodo que desea disfrutar con el hijo, y el de años pares a la madre.

-Pensión de alimentos: No se interesa pensión de alimentos para ninguno de los progenitores.

-Gastos extraordinarios: Serán de cuenta de ambos progenitores por mitad. Tendrán la consideración de gastos extraordinarios:

1.- Oftalmología, óptica y dentista.

2.- Tratamientos médicos no incluidos en la Seguridad social, así como el copago de las recetas medicas que en cada momento haya de realizarse.

3.- Gastos de ortopedia.

4.- Gastos de viaje de estudios, y pequeños desplazamientos organizados por los centros educativos en que estudien.

5.- Gastos de comedor escolar.

6.- Gastos generados por actividades extraescolares. Ambos progenitores deberán estar de acuerdo en la realización de las mismas y asumir los gastos en partes iguales.

7.- Otros gastos extraordinarios que efectuasen en razón al menor bajo acuerdo de ambas partes.

-Domicilio: Se fije el domicilio del menor para el plazo en que ejerza la custodia mi representado en la siguiente dirección: calle G. F. nº 8 de M.”

Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Daroca, dictó Sentencia en fecha 24 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Que estimando esencialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Sancho Arnal, en nombre y representación de D<sup>a</sup> SARA O. P., frente a D. JAIRO L. H. y estableciendo como medidas personales definitivas en relación al menor Lorién L. O. las medidas definitivas que se detallan: 1º.- La atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad a la madre compartiendo la autoridad familiar con el padre.- 2º.- El domicilio que los progenitores compartían en C., en la calle de los S., número 11, se atribuye a la actora y a su hijo, así como el ajuar que esté dentro de la vivienda.- 3º.- Régimen de visitas: el progenitor no custodio podrá disfrutar de la compañía del hijo menor fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o de la actividad extraescolar que pudiera desarrollar el menor hasta el domingo a las 20:30 horas, salvo en el supuesto que sea puente festivo, en este caso se prolongará su estancia hasta el último día festivo a la misma hora debiendo entregarse en el domicilio de la progenitora custodia y así mismo podrá disfrutar del menor, dos tardes intersemanales, si no hay acuerdo entre los progenitores serán los martes y jueves desde la salida del colegio o de la actividad extraescolar hasta las 20:30 horas el martes debiendo entregarse en el domicilio de la progenitora custodia y el jueves pernoctará en el domicilio del padre debiendo llevar al menor el viernes al colegio.- 4º.- Vacaciones, cada progenitor tendrá derecho a disfrutar del menor la mitad del periodo que el menor tenga para vacaciones, debiendo elegir la madre los años impares y el padre los pares. Si no existiera acuerdo respecto del periodo vacacional estival del menor, este se dividirá por quincenas debiendo elegir la madre los años impares y el padre los pares. Durante estos periodos se suspenderá el régimen de visitas.- 5º.- La comunicación entre los progenitores se realizará vía email, debiendo facilitar ambos una dirección de correo para este fin y con respecto a la comunicación con el menor, teniendo en cuenta la edad de éste, el progenitor

que en ese momento tenga al menor deberá de facilitar un numero de teléfono para que el otro progenitor pueda contactar con él, sobretodo en periodo vacacional, si no hubiera acuerdo sobre la franja horaria para contactar con el menor, esta será diaria de 20:00 horas a 20:30 horas.- 6º.- El padre satisfará en concepto de alimentos para el hijo menor de edad la cantidad de 250 euros al mes, del 1 al 5 de cada mes en la cuenta designada por la madre al efecto y dicha cantidad se revisará anualmente de conformidad con las variaciones del IPC y sin necesidad de requerimiento previo.- 7º.- Los gastos extraordinarios, serán de cuenta de ambos progenitores. Tendrán la consideración de gastos extraordinarios los siguientes: -oftalmología, óptica y dentistas; -tratamientos médicos no incluidos en la Seguridad Social, así como el copago de las recetas médicas que en cada momento haya de realizarse; -gastos de ortopedia; -gastos de viaje de estudios y pequeños desplazamientos organizados por los centros educativos; -gastos de comedor escolar; -gastos generados por actividades extraescolares y cualquier otro gasto extraordinario que ambos progenitores acuerden en interés del menor.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en costas.”

**TERCERO.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Juberías Hernández, en nombre y representación de D. Jairo L. H. , recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Uno de Daroca, se dio traslado del mismo a la contraparte oponiéndose al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, comparecidas las partes y practicada la prueba que fue admitida, dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

**“FALLAMOS.-** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jairo L. H. , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Daroca, el 24 de abril de 2015, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.- Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal procedente.”

**CUARTO.-** La Procuradora Sra. Juberías Hernández en nombre y representación de D. Jairo L. H. , interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, recurso de casación, basándolo en un único motivo: “Infracción del art. 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de “Código de derecho foral de Aragón” (CDFA) el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, en relación con los arts. 39.2 y 4 de la Constitución Española, y el art. 76.2 del mismo Código Foral Aragonés.”

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto de 8 de febrero pasado, en el que se acordó declarar la competencia de la Sala y la admisión a trámite del recurso interpuesto; conferido traslado a la contraparte, ésta presentó dentro de plazo escrito de oposición, considerando el Ministerio Fiscal que “procede desestimar este recurso de casación puesto que la sentencia recurrida es conforme a Derecho.”

No habiendo sido solicitado por las partes la celebración de vista y no considerando la Sala necesaria su celebración, se señaló para Votación y Fallo el día 13 de abril de 2016.

No estando de acuerdo el Magistrado Ponente con la mayoría, anuncia Voto particular, pasando la ponencia al Magistrado que por turno corresponde, Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los litigantes, D<sup>a</sup>. Sara O. P. y D. Jairo L. H. mantuvieron relación de convivencia durante varios años, en la que nació el día 29 de marzo de 2009 el hijo común Lorién L. O. , por lo que cuenta en la actualidad con siete años de edad. Terminada la relación estable, D<sup>a</sup>. Sara presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Daroca la demanda rectora de este procedimiento con el fin de que se acuerden medidas reguladoras de la relación de los progenitores con el menor. Todas las medidas solicitadas

partían de la base previa de que la custodia acordada para cuidado del menor fuera la individual atribuida a la madre y demandante. Partiendo ello, concretó luego el régimen que estimaba más oportuno respecto de visitas, vacaciones y comunicaciones del menor con su padre, así como el modo de contribución de los progenitores al pago de los gastos ordinarios y extraordinarios derivados del cuidado del niño y la atribución del uso de la vivienda que era el domicilio familiar.

El padre demandado contestó a la demanda e interesó que el régimen de custodia a seguir fuera el de custodia compartida, en la que por meses alternos el hijo menor permanecería con uno de los progenitores, con propuesta asimismo de fijación de régimen de visitas y vacaciones, y pago de gastos distinto del propuesto por la madre, sin que mostrara disconformidad respecto de la atribución de uso de la vivienda familiar a ella.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 24 de abril de 2015 en la que, respecto del régimen de custodia a seguir, tras citar la regulación recogida en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), razonó lo siguiente: “En el caso de autos se va a establecer un sistema de custodia individual a favor de la actora, atendiendo al superior interés del menor y ello en función del informe psicológico obrante en las actuaciones que así lo aconseja, manifestando que el sistema planteado por la parte demandada no se considera lo más beneficioso para el niño e incluso podría generar desequilibrio en las rutinas del niño, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la posibilidad de conciliar la vida laboral con la familia, la actora tiene el mismo horario laboral que el horario escolar, sin embargo, el padre el horario laboral de verano es rotativo e incluso tiene que salir de su domicilio durante 3 o 4 días, delegando en aquellos supuestos la guardia al padre del progenitor, sin embargo éste reside en distinta localidad y carece de carnet de conducir.”

Con base en tales consideraciones, la custodia establecida por la sentencia fue la individual atribuida a la madre, lo que se acompañó del acuerdo respecto del resto de medidas reguladoras de la relación personal y atención patrimonial de los progenitores y el menor.

La sentencia referenciada fue apelada por el padre, que solicitó su revocación especialmente en lo referente al sistema de custodia fijado, e interesó que fuera acordada la custodia compartida, tal y como en su contestación a la demanda había interesado. El Tribunal de segunda instancia, Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó el día 1 de diciembre de 2015 la sentencia ahora recurrida, en la que desestimó el recurso de apelación y confirmó en su integridad la sentencia recurrida, estando así al régimen de custodia individual acordado por el Juzgado de Primera Instancia.

**TERCERO.-** La anterior sentencia ha sido ahora recurrida en casación ante esta Sala por el padre. El recurso se sustenta en un solo motivo, la infracción del artículo 80.2 del CDFA en relación con el artículo 76.2 del mismo Código y los artículos 39.2 y 4 de la Constitución Española. Estima la parte recurrente, con cita de numerosa jurisprudencia de esta Sala, que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no da adecuado cumplimiento a la previsión establecida en la legislación aragonesa de preferencia del régimen de custodia compartida respecto del de custodia individual, ya que los elementos de juicio en que se sustenta la resolución no son concluyentes ni suficientes para eludir la preferencia legalmente establecida.

En concreto, el razonamiento final de la sentencia recurrida respecto del régimen de custodia a establecer fue el siguiente: “Los extremos expuestos ponen de manifiesto que la solución adoptada por el Juzgador de instancia preserva de forma adecuada el superior interés del menor al valorar prioritariamente, de forma razonada, su estabilidad y bienestar, los que no quedarían salvaguardados en el sistema propuesto por el recurrente, carente de garantías en el correcto desarrollo del cuidado del hijo (artículo 80 del Código de Derecho foral de Aragón)”.

La forma razonada en que resolvió el Juzgado de Primera Instancia y a que se refiere el párrafo transcrito de la sentencia recurrida ya fue recogida en el Fundamento de Derecho segundo.

Los extremos de referencia que tal párrafo considera que impiden que queden salvaguardadas la estabilidad y bienestar del menor son los que la propia sentencia indica con anterioridad en los siguientes términos:

“El hijo menor (...) cuenta con 6 años de edad. Reside con su madre en C. y acude al colegio de M. , donde vive con el padre. El padre trabaja como peón especialista forestal en la base de D., con horario de mañanas de octubre a julio, y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses.

La madre trabaja como auxiliar de guardería en la Comarca Campo de D. , servicio ubicado en M.

El padre carece de apoyos familiares, su padre reside en Zaragoza”.

**CUARTO.-** El artículo 80.2 del CDFA, norma imperativa aplicable a la cuestión, establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual resulte más conveniente. Así, cuando debe tomarse la decisión judicial no se está ante la posibilidad de valorar discrecionalmente y partiendo del vacío legal sobre cuál sea el régimen de custodia que la autoridad judicial puede establecer. En Derecho Aragonés el juez parte de una primera valoración, hecha por el legislador, de que el interés del menor debe dar lugar, prima facie, a la fijación del régimen de custodia compartida. Cabrá que, aun partiendo de tal preferencia legalmente impuesta, la autoridad judicial considere que en el caso concreto de que se trate esté presente algún motivo que justifique hacer salvedad del régimen de custodia compartida y fijar la custodia individual. Para llegar a tal conclusión debería a su vez, ponderar los presupuestos que el texto legal expone a continuación de modo expreso o cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Además, el Juez valorará también los informes periciales obrantes en autos, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores.

Por tanto, y como ha indicado constante jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo, sentencias de 27 de mayo de 2015 en recurso de casación

7/2015, o de 18 de febrero de 2016 en recurso de casación 61/2015) la posible exclusión de la preferencia legal a favor del sistema de custodia compartida exige que la autoridad judicial valore detenidamente la concreta prueba practicada hasta obtener la conclusión debidamente justificada de que existen las razones relevantes exigidas por el apartado segundo del artículo 82 para poder ceder el sistema principal de custodia compartida hacia el legalmente establecido como secundario, de custodia individual.

**QUINTO.-** Pues bien, en el procedimiento actual la sentencia recurrida cita diversos datos de los que luego concluye que la custodia compartida no salvaguarda en el presente caso la estabilidad y bienestar del menor, ya que carece de garantías para el correcto desarrollo del cuidado del hijo menor.

La competencia atribuida a este Tribunal de casación no autoriza, salvo casos excepcionales que no están ahora presentes, a reconsiderar las conclusiones sobre prueba que hayan podido ser adoptadas por los tribunales de instancia, y, además, debe también entenderse que no corresponde tampoco, salvo también casos especiales que no se dan ahora, que el órgano de casación invada el ámbito de decisión discrecional que tiene reconocido el propio tribunal de instancia. La competencia propia de esta Sala se dirige a determinar si la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, es ajustada a derecho o si, por el contrario, ha infringido la norma de aplicación, complementada con la jurisprudencia a observar en cada caso. Por ello, en el supuesto ahora enjuiciado no procede modificar las conclusiones probatorias obtenidas por la sentencia recurrida ni tampoco el margen de discrecionalidad otorgado a la Audiencia Provincial. Pero sí debe estudiarse y resolverse si su sentencia dio cumplimiento a la orden legal de establecer preferentemente la custodia compartida, salvo que existan motivos relevantes que aconsejen otro tipo de cuidado del menor. Y asimismo procede valorar en este recurso si el ámbito de discrecionalidad reconocido al tribunal de instancia respetó el marco en que puede desenvolverse conforme a la legislación aragonesa.

**SEXTO.-** Respecto de la posible presencia de factores de relevancia que desaconsejen en este caso establecer la custodia compartida, la sentencia recurrida enumera, sin vincularlos entre ellos ni directamente con la conclusión final que obtiene, diversos datos. El primero es que el niño tiene seis años cuando la sentencia se dicta (en la actualidad ha cumplido ya siete años). No es este un dato que por sí solo pueda determinar la exclusión de la custodia compartida, ya que es una edad que permite, sin duda, la convivencia por periodos alternos del niño.

Cita igualmente la resolución que el niño vive con la madre en C. y acude al colegio en M. , donde trabaja la madre y donde vive el padre, el cual trabaja en D. Cabe indicar que las tres poblaciones citadas están en la provincia de Zaragoza y que C. dista de M. un total de 9 km., mientras que D. está a 15 Km. de M. Es decir, según tales datos, la madre se traslada con el niño a trabajar a la misma población en que vive el padre. Y éste, a su vez, trabaja cerca de tal lugar. Ciertamente, la situación óptima en casos de separación de los progenitores, sea cual sea el régimen de custodia, sería que vivieran en el mismo núcleo urbano, pero el hecho de que esto no sea así en el caso tratado no parece que sea de especial relevancia para negar la idoneidad de la custodia compartida, menos cuando el traslado de la madre con el hijo al lugar donde vive el padre es continuo por motivos laborales.

Señala también la sentencia como extremo que desaconseja la custodia compartida el hecho de que el padre trabaja como peón especialista forestal, con turnos que varían según la temporada del año. Durante diez meses al año es en horario de mañanas. Y los otros dos en turnos rotativos de mañana y tarde. Este horario, a falta de mayor concreción en la sentencia, no parece que deba concluirse que impide de modo relevante la custodia compartida pues, al contrario, al tratarse mayoritariamente de horario continuo y no partido, parece correcto para poder atender al niño. El hecho que también se cita de que el padre deba atender urgencias durante seis meses, y también a falta de mayores y más precisos datos sobre asistencias que deba hacer, no es cuestión tampoco concluyente respecto al tipo de custodia a fijar, ya que tales urgencias debe entenderse que son de

localización, y la proximidad de las localidades indicadas como de residencia del padre y de prestación de su trabajo permite entender que ningún problema habrá para desplazarse de una a otra caso de ser preciso.

Se señala asimismo que el padre carece de apoyos familiares, y que su padre reside en Zaragoza. No se recoge si la madre tiene apoyos familiares. En cualquier caso, la distancia entre Zaragoza y D. no es excesiva para caso de urgencia, y, además, no sólo el apoyo familiar es el posible en un caso de emergencia. El hecho de que una persona viva con la familia extensa a una hora de distancia, no se observa realmente, ni así lo indica la sentencia, como factor de trascendencia para la fijación de la custodia compartida.

Asimismo, la sentencia indica que el informe pericial evidencia buena vinculación del menor con ambos progenitores, pero no considera la custodia compartida como el mejor sistema de vida del menor, al suponer el cambio un factor generador de desequilibrio en el niño, y aconseja que quede bajo la custodia de la madre. Como ya se tuvo en cuenta en sentencia de esta misma Sala de 6 de abril de 2015 en recurso de casación 1/2015, el informe pericial es de relevancia indudable al tiempo de determinar si procede la exclusión de la custodia compartida, y así lo previene el texto legal y debe considerarlo el tribunal. Pero, como también se señaló en tal sentencia, la decisión sobre la custodia no corresponde tomarla al perito psicólogo, sino al tribunal. El ámbito técnico de la actuación pericial se circunscribe a la competencia propia del perito psicólogo, que excluye el conocimiento jurídico y, por tanto, la posible conclusión de cuál sea la custodia procedente conforme a lo legalmente ordenado. Por ello, la trascendencia de las conclusiones periciales debe ser convenientemente valoradas por el tribunal; en su propio ámbito técnico para luego extraer el órgano judicial las consecuencias jurídicas que puedan derivar de la expertización realizada por el perito conocedor de la materia de que se trate. En este marco de la competencia pericial, en el caso presente, y según expone la sentencia, la psicóloga valoró la buena vinculación del menor con padre y madre, y que el cambio de la custodia compartida es un factor generador de desequilibrio del niño.

Sin duda, se establezca uno u otro sistema de custodia, el riesgo de desequilibrio de los menores inmersos en el proceso de ruptura de la convivencia de sus progenitores está siempre presente. Y en el supuesto actual el cambio de un sistema de custodia seguido desde la ruptura (que las partes admiten fue un año y medio antes de presente la demanda) a otro puede potenciar el desequilibrio. Este riesgo general de perjuicio de los menores cuando padre y madre comienzan su vida por separado y que, precisamente, trata de paliar la normativa reguladora de los efectos de la separación, no recoge la sentencia recurrida que se concrete de modo especial en el presente caso, pues, según se indica, el psicólogo observa que la vinculación del menor con ambos progenitores es buena. Ausente en este caso la certeza de que el establecimiento de la custodia compartida pueda generar un desequilibrio de relevancia superior a la propia de la situación de cese de la convivencia que el legislador ya ha observado, no cabe entender que lo recogido por el perito en su informe pericial psicológico deba dar lugar al efecto jurídico de excluir la custodia preferente.

Por último, la sentencia hace suyo el razonamiento excluyente de la custodia compartida que recogió el Juzgado de Primera Instancia. Este razonamiento, transcrito al Fundamento de Derecho segundo de esta resolución, hacía propia a su vez la conclusión del informe psicológico. De las consideraciones que recogió el Juzgado se ha hecho ya antes referencia a la escasa relevancia a reconocer al potencial desequilibrio del menor, al trabajo del padre, o la relativa lejanía de la familia extensa. Igualmente se ha hecho referencia antes también al no reconocimiento del perito como decisor del sistema de custodia que legalmente debe ser establecido. En definitiva, por tanto, no añade argumento nuevo a los ya expuestos la remisión que la sentencia recurrida hace a la dictada en primera instancia.

**SEPTIMO.-** Como resulta de lo expuesto debe concluirse que la sentencia recurrida no expone razones fundadas en hechos probados que justifiquen la presencia de motivos de relevancia excluyentes de la custodia compartida. Por tanto, no observó la previsión del artículo 80.2 del CDFA que

extrae del ámbito de discrecionalidad de la autoridad judicial la custodia que preferentemente procede establecer.

Procede así casar la sentencia recurrida, que debió ser revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera instancia, y establecer el sistema de custodia compartida como regulador de las relaciones paternofiliales en el presente caso.

Casada la resolución, queda este Tribunal como juzgador de instancia, por lo que procede valorar ahora que especie, dentro del género de custodia compartida, puede establecerse.

**OCTAVO.-** Ante las propuestas concretas de aplicación del régimen hechas por el demandado solicitante del establecimiento de custodia compartida nada opuso la parte contraria. De oficio no cabe observar que lo interesado pueda ser contrario al correcto desenvolvimiento del sistema ni, especialmente, al interés predominante de prestar la adecuada atención al hijo menor. Por ello se respetarán en lo esencial las peticiones del demandado, si bien con las concreciones que se recogerán en el fallo y que se estiman necesarias y útiles para el mejor desarrollo del régimen de vacaciones, visitas y contribución a los gastos.

**NOVENO.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo estimado el recurso de casación, y habiendo debido ser estimado el de apelación, no procede hacer imposición de las costas causadas en tales trámites. Respecto de las producidas en primera instancia, la existencia de resoluciones distintas evidencia la complejidad fáctica del asunto, y la consiguiente dificultad jurídica, por lo que tampoco procede hacer imposición a ninguna de las partes de las costas causadas por el trámite ante el Juzgado de Primera Instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jairo L. H. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 1 de diciembre de 2015 que casamos, dejándola sin efecto.

**SEGUNDO.-** En su lugar acordamos que, salvo acuerdo de las partes, las relaciones familiares entre los demandantes y su hijo menor se regirán por las siguientes medidas:

-La guarda y custodia del hijo Lorién será compartida entre ambos progenitores, cada uno de los cuales tendrá la custodia de su hijo por el plazo de un mes natural, salvo en los meses de julio y agosto, que será quincenal en la forma que luego se indicará. El día uno de junio del corriente año 2016 comenzará la custodia del padre y luego se desarrollará por los correspondientes periodos sucesivos alternos.

-Durante el mes en que uno de los progenitores no tenga la custodia del menor lo recogerá los martes y jueves a la salida del colegio o, en su defecto o en época vacacional, a las 16,30 horas y permanecerá en su compañía hasta las 20 horas, en que lo reintegrará al domicilio donde viva el que ejercita la custodia.

- El progenitor que no tenga la custodia en el periodo mensual disfrutará de fines de semana alternos de la compañía del menor, para lo cual lo recogerá el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, a las 16,30 horas y lo reintegrará a las 20 horas del domingo. Caso de que haya puente festivo la recogida o reintegro del menor se entenderá que es en la víspera o al día siguiente del puente.

-En los periodos de vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad cada progenitor tendrá la compañía del menor la mitad del periodo. Los años

impares corresponderá al padre el primer periodo, que en Navidad terminará el día 30 de diciembre, y los pares a la madre.

- En los meses de julio y agosto la custodia compartida será por periodos quincenales sucesivos, del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 de julio, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 de agosto. El reintegro del menor al terminar cada periodo lo hará el progenitor custodio a las 20 horas del día en que termine la quincena en el domicilio del otro progenitor. En los años impares corresponderá al padre el primer periodo, y los pares a la madre.

-Durante los periodos de vacaciones descritos, no habrá régimen de visitas para el otro progenitor, ni se cumplirá el régimen ordinario de guarda y custodia.

- Los gastos ordinarios diarios de mantenimiento del menor serán de cuenta del progenitor que en cada momento tenga su custodia. Los extraordinarios necesarios serán abonados por mitad por ambos. Los extraordinarios no necesarios serán abonados por el progenitor que decida hacerlos.

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

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

Devuélvase al recurrente el depósito que constituyó.

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, anunciando Voto Particular los Magistrados Ilmos. Sres. D. Javier Seoane Prado y D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRAD ILMO. SR. D.  
JAVIER SEOANE PRADO, Y SE ADHIERE LA MAGISTRADA ILMA. SRA D<sup>a</sup>  
CARMEN 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 que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento, los antecedentes de hecho.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La razón por la que me opongo con total respeto al voto de la mayoría radica en que entra a decidir el caso como si se tratara de una instancia más, contradiciendo el criterio sustentado en las dos instancias, en el informe psicológico y por Ministerio Fiscal en la segunda instancia y en este recurso de casación.

**SEGUNDO.-** Ya he dicho en otras ocasiones, con criterio que ahora reitero, que el interés superior de 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.*

La STC 141/2000, de 29 mayo, en la misma línea que multitud de resoluciones del TS como las nº 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009, tiene a este principio 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 y C 403/09, y el TEDH en los casos RAHIMI c. GRECIA y LYUBENOVA c. BULGARIA.

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, por lo que no es dable entender que una norma de derecho civil autonómica pueda alterar la jerarquía de valores que establece.

**TERCERO.-** Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto, labor para la que la legislación estatal disponía de una parca guía legal hasta la reciente reforma de la LO 1/1996 por la LO 8/2015, que supone un significativo avance al establecer los *criterios generales* que sirven para determinar qué responde mejor al interés del menor, así como los *elementos generales* que hay que atender para realizar la necesaria ponderación para decidir en cada caso.

Así dispone el nuevo art. 2 L 1/1996:

<< A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los

establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. >>

**CUARTO.-** El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la determinación de los criterios y elementos generales a los que ha de atender para decidir en cada caso el sistema de custodia que mejor se adapta al interés del menor, opta por establecer unos criterios a los que se ha de atender en tal cometido.

Participo de 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, por el contrario, una jerarquía o preferencia 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 pudiera ser la defensa de la particularidad de la norma aragonesa.

Y tampoco implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, ni una merma la facultad-deber de averiguar de oficio interés el menor que rige el derecho de familia.

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 de factores no jerarquizada y carente

de indicación de en qué sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema de custodia compartida el que mejor se acomoda al interés del menor.

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

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.

No puedo compartir por lo dicho las afirmaciones de la sentencia mayoritaria de que en la decisión sobre el régimen de custodia << no se está ante la posibilidad de valorar discrecionalmente y partiendo del vacío legal sobre cuál sea el régimen de custodia que la autoridad judicial pueda establecer >> (fundamento cuarto), y que el art. 80.2 CDFA << extrae del ámbito de la discrecionalidad de la autoridad judicial la custodia que preferentemente pueda establecer >>, al menos en el sentido que parece desprenderse del contexto de la sentencia de negar discrecionalidad al juez - su literalidad es ambigua a mi modo de ver, ya que no puedo concluir de ella con seguridad si la opinión mayoritaria entiende que la decisión sobre la custodia del caso concreto es o no discrecional -. Si así fuera entraría en contradicción con la doctrina sentada sin discrepancia en la reciente sentencia de esta sala de 21/2015, Rc 17/2015:

<< no puede entenderse que la sentencia de apelación ignore el criterio preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFA, **sino que ejerciendo el margen de**

**discrecionalidad que le corresponde por Ley ha considerado**, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores >>

**QUINTO.**- 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 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

Por nuestra parte hemos dicho que el tribunal de casación no puede actuar como un tribunal de tercera instancia en la revisión de la decisión sobre el sistema de custodia que ha de ser aplicado; así lo hemos resaltado en SS como las 49/2015, recurso 36/2015; 27/2015, recurso 31/2015; o 19/2015, recurso13/2015:

<< Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Es cierto que en la ley aragonesa el legislador se ha ocupado de establecer los factores a los que ha de atender el juzgador a la hora de decidir cuál de los sistemas de custodia posibles es el que más conviene en cada caso al menor, y establece una preferencia por la custodia compartida que obliga al juzgador de instancia a partir en su análisis de tal premisa, pero de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor.”

Por su parte, la ya citada sentencia de esta sala nº 21/2015 remacha esta idea cuando, tras señalar que la decisión sobre custodia pertenece al ámbito discrecional de la instancia, afirma que en la tomada por los tribunales de instancia << solo podría apreciarse su infracción [la del art. 80.2 CDFA] en el caso de que la misma [decisión] resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor. >>

La sentencia de la que discrepo lo afirma también cuando en su fundamento de derecho quinto razona:

<< además, debe también entenderse **que no corresponde tampoco, salvo también casos especiales que no se dan ahora, que el órgano de casación invada el ámbito de decisión discrecional que tiene reconocido el propio tribunal de instancia.** La competencia propia de esta Sala se dirige a determinar si la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, es ajustada a derecho o si, por el contrario, ha infringido la norma de aplicación, complementada con la jurisprudencia a observar en cada caso >>.

Sin embargo, olvida tal parecer cuando entrando el fondo de la cuestión decide sustituir la apreciación discrecional de la sala por la suya y actuar como órgano de tercera instancia.

**SEXTO.-** En el asunto que nos ocupa, el juzgador de primer grado expresa la razón de su decisión en el fundamento de derecho segundo de su sentencia en los siguientes términos:

<< En el caso de autos se va a establecer un sistema de custodia individual a favor de la actora, atendiendo el superior interés del menor y ello en función del informe psicológico obrante en las actuaciones que así lo aconseja, manifestando que el sistema planteado por la parte demandada no se considera lo más beneficioso para el niño e incluso podría generar desequilibrio en las rutinas del niño, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar, la actora tiene el mismo horario laboral que el horario escolar sin embargo, el padre el horario laboral de verano es rotativo e incluso tener que salir de su domicilio durante tres días, delegando en aquellos supuestos la guardia al padre del progenitor, sin embargo éste reside en distinta localidad y carece de carnet de conducir. >>

Por su parte, la sentencia de apelación, que acepta los fundamentos de la apelada y por tanto los incorpora, justifica así el rechazo del recurso de apelación interpuesto por Jairo contra la anterior decisión:

<< El hijo menor, Lorién, nacido el 29 de marzo de 2009, cuenta con 6 años de edad. Reside con su madre en Cerveruela y acude al colegio en Mainar, dónde vive el padre. El padre trabaja como peón especialista forestal en la base de Daroca, con horario de mañanas de octubre a julio, y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses.

La madre trabaja como auxiliar de guardería en la Comarca Campo de Daroca, servicio ubicado en Mainar.

El padre carece de apoyos familiares, su padre reside en Zaragoza.

El informe pericial evidencia una buena vinculación del menor con ambos progenitores, sin embargo, no considera la alternancia que propone el padre como el mejor sistema de vida del menor, al suponer tal cambio un factor generador de desequilibrio en el niño, aconsejando que quede bajo la custodia de la madre, aumentando los contactos con el padre...

Los extremos expuestos ponen de manifiesto que la solución adoptada por el Juzgador de instancia preserva de forma adecuada el superior interés del menor al valorar prioritariamente, de forma razonada, su estabilidad y bienestar, los que no quedarían salvaguardados con el sistema propuesto por el recurrente, carente de garantías en el correcto desarrollo del cuidado del hijo (artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón).

El recurso, en suma, debe ser desestimado y confirmada la Sentencia dictada en todos sus extremos, por cuanto, incluso, el sistema de visitas instaurado, es lo suficientemente amplio (con una pernocta intersemanal) para permitir un contacto frecuente entre padre e hijo. >>

Como se ve, las sentencias dan razones en justificación del pronunciamiento por el que atribuyen la custodia individual del menor de la madre, en particular, las conclusiones alcanzadas por el informe psicológico, y la total compatibilidad que a tal fin supone el trabajo de la madre en el mismo centro escolar de la localidad de Mainar al que acude el menor, que contrasta con la mayor dificultad del padre derivada de su trabajo como peón especialista forestal en la base de Daroca, con horario de mañanas de octubre a julio y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses, lo que se ve agravado con la falta de apoyo de la familia paterna, pues el padre del recurrente reside en Zaragoza.

Tales razones se ajustan a los criterios señalados expresamente en el art. 80.2 CDFA, por lo que no cabe entender sino que los órganos de primera instancia se han mantenido dentro de los límites de discrecionalidad que comportan, sin que su decisión pueda ser tachada de *irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor*, circunstancias que la sentencia de la que discrepo no aprecia que concurren, como expresamente afirma en el pasaje más arriba transcrito de su fundamento de derecho quinto.

Finalmente, no puedo dejar de señalar que la sentencia mayoritaria margina la cuestión principal de qué es lo más conveniente al interés del menor en el caso concreto, y se conforma en el criterio general establecido en la norma, pues no dedica ni una sola línea a justificar la razón por la que entiende que la custodia compartida que impone satisface mejor aquél interés que la individual de la madre, frente al criterio unánime de quienes están más próximos a los autos: juez de primera instancia, tribunal de apelación, ministerio fiscal en la instancia y en casación, y perito asignado a los juzgados de familia.

Así las cosas, entiendo que no cabe apreciar la infracción del precepto que se entiende quebrantado.

**SÉPTIMO.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien

la especial naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se halla sujeto a la DA 15 LOPJ.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general aplicación,

**FALLAMOS**

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 501/2015.

2. No hacer imposición de 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 firman los Magistrados expresados en Zaragoza a nueve de mayo de dos mil dieciséis.