

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 16 de 2016

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

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
D. Javier Seoane Prado	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a siete de septiembre de dos mil dieciséis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 16/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 8 de marzo de 2016, en el rollo de apelación número

715/2015, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 143/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D. Iñigo G. G. , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Díaz Rodríguez y dirigido por el Letrado D. Manuel Marraco Espinós, y como parte recurrida D^a. M^a Eugenia C. L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Berdejo Gracián y dirigida por la Letrada D^a. M^a Isabel Lafuente Velilla, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Díaz Rodríguez, en nombre y representación de D. Iñigo G. G., presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. M^a Eugenia C. L., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites legales pertinentes, “dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda, acuerde la modificación de medidas definitivas del divorcio, estableciendo el siguiente PLAN DE RELACIONES FAMILIARES:

1º.- La guarda y custodia de la hija menor Julia, será compartida entre ambos progenitores en ejercicio de la autoridad familiar.

2º.- Cada uno de los progenitores ostentará la custodia de la hija menor en periodos mensuales.

Se establece igualmente, a falta de acuerdo entre los progenitores, un régimen de visitas para que la menor pueda estar con el no custodio en el periodo de tiempo mensual señalado, fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o en su defecto desde las 17 horas, al lunes por la mañana siguiente en el periodo escolar en el que la llevará directamente al colegio. Asimismo podrá permanecer con la menor dos tardes entre semana, martes y jueves, desde la salida del colegio por la tarde, donde la recogerá el

progenitor no custodio en ese periodo de tiempo, hasta las 20,30 horas en que la retornará al domicilio del progenitor custodio en ese momento.

Con respecto a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, El Pilar y Verano, serán distribuidas para que permanezca por mitades e iguales partes con cada uno de lo progenitores.

Las vacaciones de verano se dividen en periodos de 15 días, estableciendo un primer periodo desde que acabe la fase lectiva en el mes de junio hasta el 15 de julio; un segundo periodo desde el 15 al 31 de julio; un tercer periodo desde el 1 de agosto al 15 de agosto; y un cuarto periodo desde el 15 de agosto hasta que empiece el primer día del colegio en el mes de septiembre.

3º.- No cabe hablar de la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar por no existir la misma y estar el ajuar familiar dividido en su día.

4º.- No se fija pensión por alimentos para la hija menor a cargo de ninguno de los progenitores, quienes atenderán sus necesidades a su costa el periodo en el que ostenten la custodia y la tengan consigo.

Procederá también dejar sin efecto la pensión de alimentos que actualmente asciende a la cantidad de 300 euros al mes y que abona el Sr. G. a la demandada, teniendo en cuenta que en el régimen de custodia compartida que se propone, la hija menor del matrimonio disfrutará el mismo tiempo con cada uno de sus progenitores, y en consecuencia, ambos contribuirían por igual al sostenimiento de los gastos de asistencia a su hija tal y como se ha señalado.

5º.- Los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad e iguales partes, siempre existiendo acuerdo sobre los mismos entre ambos progenitores.”

Por otrosí se solicitó prueba anticipada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido contestó tanto el Ministerio Fiscal como la parte demandada, oponiéndose ésta a la planteada de contrario, y suplicando

que, previo los tramites legales pertinentes, “dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas al demandante.”

Por otrosí solicitó prueba anticipada.

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia nº Dieciséis de Zaragoza, se dictó sentencia en fecha 10 de septiembre de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que debo desestimar la demanda objeto de las presentes actuaciones interpuesta por D. Iñigo G. G. contra D^a María Eugenia C. L. y en consecuencia: 1) No ha lugar a modificar el sistema de guarda y custodia que continuará siendo individual a favor de la madre Sra. C.- 2) El sistema de visitas, estancias y comunicaciones entre la menor y el padre será el establecido en la sentencia de 17 de noviembre de 2011 con la variación introducida por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de marzo de 2012 si bien debe introducirse una pernocta intersemanal, martes o jueves indistintamente hasta el día siguiente a la entrada al colegio en función de las obligaciones y necesidades de aquella debiendo la madre ser conocedora del día de la semana en que se vaya a desarrollar la misma al menos con tres días de antelación, si no se acordara de mutuo acuerdo por las partes y teniendo siempre en cuenta la preferencia de la menor.- 3) Procede mantener en su integridad las restantes medidas establecidas en las resoluciones citadas.- Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.”

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Díaz Rodríguez, en nombre y representación de D. Iñigo G. G., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que solicitó por otrosí el examen de la menor, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba que fue admitida, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Iñigo G. G., frente a la Sentencia de fecha 10 de octubre (sic) de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dieciséis de Zaragoza, en autos de modificación de medidas número 143/15, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por D. Iñigo G. G., al que se dará el destino legal procedente.”

SEXTO.- La representación legal de D. Iñigo G. G., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación por infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 25 de mayo de 2016, se acordó declarar la competencia y admitir a trámite el recurso interpuesto, en cuanto al motivo primero.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo; asimismo, el Ministerio Fiscal presentó escrito considerando que debiera de estimarse la custodia compartida de la hija menor y por tanto casar la sentencia recurrida.

En fecha 29 de junio de 2016 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos relevantes para la resolución del recurso de casación interpuesto:

1.- D. Iñigo G. G. y D^a María Eugenia C. L. mantuvieron una relación sentimental, de la que nació su hija Julia el día 29 de agosto de 2006.

2.- Producida la ruptura de dicha relación, el Juzgado de Primera Instancia n° 16 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 25 de noviembre de 2008 por la que aprobó el convenio regulador suscrito entre las partes en fecha 12 de noviembre anterior, en el que se pactaba otorgar a la madre la guarda y custodia de la hija menor Julia, con un régimen de visitas y comunicaciones de ésta con su padre.

3.- En el mismo Juzgado se tramitaron autos de modificación de medidas n° 136/2011, a instancia de D. Iñigo, quien solicitaba la custodia compartida, en los que recayó sentencia de 17 de noviembre de 2011 desestimatoria de dicha pretensión, aunque modificó el régimen de visitas para la hija común Julia, ampliando el anteriormente existente.

4.- Instada de nuevo la modificación de medidas ante el referido Juzgado, que fue tramitada como autos 143/2015, tras los trámites pertinentes recayó sentencia en primera instancia de fecha 10 de septiembre de 2015 por la que se acordó no haber lugar a la demanda. Las razones esenciales en que se funda la desestimación fueron: que a la vista de la prueba practicada se desprende que no se ha producido, más allá del natural crecimiento de la hija, un cambio de circunstancias sustancial, y que conforme al informe psicológico practicado es conveniente proteger la estabilidad emocional de la niña, sin introducir una variación en sus hábitos y costumbres, resultando incierta cual sería la adaptación si se instaurase el sistema solicitado.

5.- Recurrida en apelación dicha sentencia, tras los trámites legales y la exploración de la menor practicada en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 8 de marzo de 2016, desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la sentencia recurrida.

6.- La representación procesal de D. Iñigo interpuso recurso de casación para ante esta Sala, fundado en dos motivos, de los que únicamente ha sido admitido el primero, que se funda en la infracción del párrafo segundo del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

SEGUNDO.- El motivo de recurso de casación que ha sido admitido a trámite denuncia, según se ha expuesto, la infracción del artículo 80.2 del CDFA, en cuanto que el legislador establece como forma preferente de custodia para los hijos menores el de custodia compartida, salvo que la individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el Plan de Relaciones Familiares y los factores que el mismo precepto expresa, entendiendo el recurrente que, conforme a la prueba practicada, no resultan elementos suficientes para resolver conforme a la excepción y no seguir el criterio preferente establecido por el legislador aragonés.

El Ministerio Fiscal ha apoyado el recurso, solicitando se estime la custodia compartida conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala que sigue el mandato del legislador y entendiendo que en el caso concreto la aptitud y actitud de ambos progenitores y el principio de no discriminación e igualdad entre ellos son razones que avalan el establecimiento de la custodia compartida.

La parte recurrida, al oponerse al recurso, sostiene la bondad de los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada de contrario, entendiendo que en ellos se hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos en el informe psicosocial, como el deseo de la menor de no introducir cambios en su vida, y que el resultado de la exploración judicial practicada en la Audiencia Provincial ha llevado a ésta a la convicción de que debe mantenerse la custodia individual de la madre como situación más acertada para preservar el superior interés de la hija menor.

TERCERO.- Antes de entrar a decidir sobre la denunciada infracción de la norma sustantiva, conviene hacer referencia al procedimiento seguido, que es el de modificación de medidas regulado en el artículo 775 de la Ley Enjuiciamiento Civil. Conforme al mismo el Ministerio Fiscal, habiendo hijos

menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Conforme a dicho régimen, para que proceda la modificación de medidas ya adoptadas habrá de alegarse y acreditarse que han variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. En similares términos se pronuncia el artículo 79.5 del CDFA.

En diversas sentencias de esta Sala tenemos declarado que, una vez transcurrido el plazo de un año recogido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2/2010 y Sexta del CDFA, los interesados en la modificación del régimen de custodia deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas -sentencia de 3 de octubre de 2013, nº 42/2013-, y que, en caso en el que la pretensión se ejercita conforme a dichos preceptos, lo relevante es considerar si, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante -sentencia de 19 de noviembre de 2014, nº 37/2014-.

En este caso, y frente a lo expresado en la sentencias de primera y segunda instancia, la Sala considera que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias, debido fundamentalmente al crecimiento en edad de la hija. Ésta, nacida el 29 de agosto de 2006, tenía dos años de edad cuando se fijó el sistema de guarda y custodia para la madre, en convenio regulador que fue aprobado judicialmente. Cuando se interpuso la demanda que da origen a los presentes autos, en febrero de 2015, la menor tenía más de ocho años de edad, y cuando recae la sentencia recurrida tiene más de nueve años. Este crecimiento vital afecta al desarrollo de su personalidad, a sus hábitos y costumbres, así como a sus posibilidades de relación social, todo lo cual implica un cambio cualitativo a considerar, a los efectos de aplicación de los preceptos citados, por lo que puede plantearse legítimamente un cambio del régimen de custodia, considerando siempre el superior interés de la menor.

CUARTO.- El único motivo del recurso de casación que ha resultado admitido denuncia la infracción del artículo 80.2 del CDFA, al entender la parte recurrente que en la sentencia del tribunal provincial no se aplica la custodia compartida, que es el régimen preferente y ha de ser adoptado por el juez en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. En el desarrollo del motivo el recurrente expone las razones por las que, a su juicio, se ha producido esa vulneración, razones que centra en la evolución madurativa de Julia, juntamente con que el principio de interés del menor o *“favor filii”* ha de encaminarse a un régimen de autonomía personal de la menor y no perpetuar un régimen de sobreprotección. Añade que, estando el padre y madre capacitados para la custodia de la hija, y siendo la situación laboral absolutamente compatible para que ambos progenitores puedan disfrutar de periodos similares de permanencia en compañía de su hija, la correcta aplicación al caso del precepto citado ha de dar lugar a la casación de la sentencia y a la aprobación del Plan de Relaciones Familiares con la petición de custodia compartida.

QUINTO.- En reiteradas sentencias de esta Sala hemos puesto de relieve que el legislador aragonés ha establecido el régimen de custodia compartida de los hijos menores como el preferente, que debe ser adoptado por el Juez competente, por que a través de este sistema se atiende más adecuadamente al interés del menor, asegurando la relación normalizada con ambos progenitores, de forma que tenga presente la figura paterna y materna en su ámbito de formación y sociabilidad. Así se recoge en las sentencias de 6 de junio de 2012 (nº 22/2012), 10 de enero de 2014 (nº 1/2014) y 6 de abril de 2015 (nº 11/2015), entre otras. Como expresa el preámbulo de la ley aragonesa (apartado VI del que inicia el Decreto Legislativo) *“la custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar”*.

Aunque el sistema establecido no es rígido, salvo en el mandato de atender siempre al superior interés del menor, recogido en normas generales y convenios internacionales de los que España es parte, el establecimiento de la custodia individual requiere que de la prueba practicada, a la que se refiere el apartado 3 del citado artículo 80, resulte claramente la preferencia en el caso concreto para la custodia individual de uno de los progenitores, y que se razone suficientemente acerca de esta prioridad. En este punto expresamos en la Sentencia de 9 de octubre de 2013 (nº 44/2013), respecto a la revisabilidad en casación de la decisión adoptada, que *“Sobre las premisas anteriores y con respeto a los hechos que resultan probados en ambas instancias, se deberá comprobar si los juicios de valor que en la sentencia recurrida llevan a la adopción de la custodia individual materna se ajustan a las previsiones legales (artículo 80 CDFA) que en nuestro ordenamiento civil permiten excepcionar la regla preferente de la custodia compartida”*.

SEXTO.- La aplicación de la norma citada al caso de autos conduce a la necesaria estimación del motivo de recurso de casación.

En efecto, la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación y confirmado la sentencia de primera instancia, que no dio lugar a la solicitud de guarda y custodia compartida, fundándose en el informe pericial y en la exploración judicial de la menor practicada en la segunda instancia. Del primero extrae como consecuencia que la menor presenta un deseo de compartir más tiempo con su padre, pero sin introducir variaciones en sus condiciones cotidianas de vida, y recomienda un sistema de relaciones acorde con tal deseo, pero sin introducir la custodia compartida.

Del resultado de la exploración judicial la Audiencia valora que la menor presenta una buena relación con ambos progenitores, debiéndose permitir que mantenga una relación frecuente con los dos, pero sin introducir variaciones sustanciales en el actual sistema, dado que se encuentra bien adaptada y sin que sea adecuado añadir la noche del martes solicitada por la menor en la exploración, pero que no se considera necesario teniendo en cuenta las recomendaciones dadas por el informe pericial psicológico. Concluye afirmando que procede mantener el sistema fijado por

la sentencia apelada, que finalmente confirma en todos sus pronunciamientos, incluyendo entre ellos la introducción de una pernocta intersemanal de la menor con su padre, tal como aparece en el fallo de primera instancia.

Los anteriores razonamientos no tienen en cuenta que en el caso de autos, y según se expresa claramente en la fundamentación jurídica de primera instancia, el padre recurrente “se encuentra plenamente capacitado para cuidar y atender a su hija” –fundamento de derecho primero-, y que “la menor mantiene buena relación con ambos progenitores obteniendo resultados académicos buenos y satisfactorios” –fundamento de derecho tercero-. Que también el padre puede flexibilizar su horario de trabajo, lo que le permite conciliar la vida laboral y familiar, y que la menor ha expresado su deseo de compartir más tiempo con su padre.

De tales datos se desprende que concurren los requisitos establecidos en la norma para fijar un sistema de guarda y custodia compartida, que es el preferente conforme a la norma aragonesa, sin que los posibles obstáculos que se esgrimen para la inaplicación de ésta tengan relevancia en el caso para concluir aplicando la excepción.

Ambas sentencias, y especialmente la de primera instancia, se refieren a que la situación ha causado a la niña una gran alteración emocional, asumiendo una carga y una responsabilidad que no le corresponde por el mero hecho de intentar satisfacer y contentar a ambos progenitores, y que todo ello está creando un estado emocional desadaptativo, frente al cual el Juzgado, y posteriormente la Audiencia Provincial, consideran necesario y prioritario proteger su estabilidad emocional.

Pero esta situación proviene de una sobrevaloración del resultado de la exploración de la menor, y por tanto de la consideración de la opinión de ésta como dato relevante para la decisión del litigio. Como se ha expuesto en el precedente fundamento, la opinión de la menor es un factor a considerar por el tribunal, pero no puede convertirse en el elemento decisorio, habida cuenta la joven edad de la menor Julia y las condiciones concurrentes.

Es de considerar, como ya lo ha realizado esta Sala en casos similares, que la adaptación a un régimen de custodia compartida puede necesitar de apoyos para que la estabilidad de la menor no sufra, pero que el

mantenimiento del “statu quo” no puede resultar de hecho la razón para no aplicar la norma contenida en el artículo 80.2 del CDFA, y no hacer posible el despliegue de los efectos beneficiosos que la custodia compartida reporta. Como expresamos en la sentencia de 17 de julio de 2013 (nº 35/2013), no es posible priorizar el *statu quo*, frente a la preferencia legalmente establecida a favor de la custodia compartida. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016, nº 166/16, se refiere al interés del menor, que no resulta definido legalmente ni en el artículo 92 del Código Civil ni en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la ley 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, indicando que este interés exige que las situaciones de separación se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquél.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas estimamos el recurso de casación. Y la Sala, constituyéndose en instancia, acuerda establecer un régimen de guarda y custodia compartida en los términos solicitados en el Plan de Relaciones Familiares expuesto por el recurrente, al resultar ajustado a los intereses de la menor, sin perjuicio de la posibilidad de que ambos progenitores, de común acuerdo, puedan modificar alguno de sus contenidos.

Ello conlleva la necesidad de dejar sin efecto la pensión de alimentos que actualmente abona el recurrente a la demandada, por cuanto en el régimen de custodia compartida que se instaura la hija menor disfrutará del mismo tiempo de convivencia con cada uno de ellos y, en consecuencia, ambos contribuirán por igual al sostenimiento de los gastos y asistencia y educación de la menor.

OCTAVO.- En cuanto a costas procede: a) mantener el pronunciamiento de no imposición, que se estableció en el fallo de primera instancia; b) no hacer imposición de las costas de la apelación, pues aunque

esta debió ser estimada, el asunto presenta relevantes dudas de derecho; c) no hacer imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado.

Todo ello por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Iñigo G. G., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 8 de marzo de 2016, en autos de modificación de medidas núm. 143/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

SEGUNDO.- Estimar la demanda deducida por la citada representación y, modificando las medidas adoptadas sobre la separación de D. Iñigo G. G. y Doña María Eugenia C. L., declaramos:

a) La guarda y custodia de la menor Julia será compartida entre ambos progenitores, en ejercicio de la autoridad familiar.

b) Cada uno de los progenitores ostentará la custodia de la hija menor, por periodos mensuales.

c) El régimen de visitas del progenitor no custodio y el de reparto de fines de semana, permanencia intersemanal y periodos de vacaciones, así como el régimen de gastos extraordinarios, se llevará a cabo conforme al Plan de Relaciones Familiares presentado por el actor y acompañado a la demanda, a salvo de la posibilidad de que ambos progenitores, de común acuerdo, puedan modificar alguno de sus contenidos.

d) Dejamos sin efecto la pensión de alimentos que actualmente abona el recurrente a la demandada.

TERCERO.- - No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

CUARTO.- - Hágase entrega al recurrente del depósito constituido, tanto para interponer recurso de apelación como de casación.

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

SEXTO.- - Esta sentencia es firme por ministerio de la ley y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRAD ILMO. SR. D.
JAVIER SEOANE PRADO

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 ya expuestas en otros anteriores, como el emitido en el RC 5/2016, al que me remito, y se resumen en señalar que la Sala, nuevamente en contradicción con el criterio sustentado en la instancia por las dos sentencias dictadas en ella y de la opinión sostenida en ella en el informe sicosocial, el Ministerio Fiscal y la opinión que la misma menor expresó en la exploración practicada ante el ponente en la alzada, actúa como tribunal de tercera instancia, y, sustituyendo el criterio discrecional del tribunal de apelación, decide aplicar como preferente el sistema de custodia compartida en ciega aplicación del art. 80.2 CDFA.

En consecuencia, entiendo que el fallo de la sentencia debió haber sido:

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2016 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 715/2015.
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 firma el Magistrado disidente en
Zaragoza a siete de septiembre de dos mil dieciséis.