



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 44 de 2016

**“S E N T E N C I A   N U M . V E I N T I O C H O**

**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 dos de diciembre 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 44/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 21 de junio de 2016, en el rollo de apelación número 70/2016, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 592/2014,

seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D. Alejandro I. E., representado por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Broceño Esponey y dirigido por la Letrado D<sup>a</sup>. Cristina Charlez Aran, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Eva María T. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Pilar Aznar Ubieta y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Victoria Alquezar Alquezar, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales D. Alberto Broceño Esponey, en nombre y representación de D. Alejandro I. E., presentó demanda de modificación de medidas contra D<sup>a</sup>. Eva María T. G., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites legales pertinentes, “se tenga por solicitado la modificación de medidas judiciales en cuanto a los hijos menores, siendo solicitada el Plan de relaciones familiares expuesto en estos hechos que se da por reproducido”.

**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 formulada con imposición de costas a la actora.”

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 27 de julio de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que debo desestimar la pretensión principal de modificación de medidas en la forma efectuada, deducida por D. Alejandro I. E. contra D<sup>a</sup> Eva María T. G. habiendo lugar a variar el régimen de estancias y comunicaciones entre padre e hija que quedará fijado de la siguiente manera: .- Fines de semana: Los fines de semana alternos desde la salida del colegio de la hija o en su caso desde las 17 horas hasta el lunes a la entrada del mismo.- A los fines de semana que correspondan a cada progenitor deberán unirse los viernes o los lunes, los denominados puentes desde la salida del colegio el jueves hasta el lunes por la mañana, o bien desde el viernes en igual horario hasta el martes por la mañana.- Visitas intersemanales: Se dispone una visita durante la semana que tendrá lugar desde la salida del colegio o actividad extraescolar los miércoles hasta el día siguiente por la mañana en que igualmente el padre llevará a la menor al colegio en la semana en que a este le vaya a corresponder la estancia de fin de semana.- Cuando el mismo haya de ser disfrutado por la madre las estancias intersemanales serán los martes y los jueves en iguales condiciones.- Periodos vacacionales: Queda establecido del siguiente modo:.- En cuanto a los periodos vacacionales de Navidad y Semana Santa, y Pilar se mantiene la previsión establecida en la Sentencia de 30 de noviembre de 2010, añadiéndose el puente de la Constitución e Inmaculada que lo pasará la hija íntegramente con el padre los años impares y con la madre los pares.- En cuanto a las vacaciones de verano se mantiene la misma previsión fijada en la sentencia de 30 de noviembre de 2010 si bien al periodo de primera quincena de julio y primera de agosto se añadirá el de 1 de Septiembre a las 10 horas de la mañana hasta el día anterior al inicio del curso escolare a las 20 horas de la tarde, y al periodo que comprende la segunda quincena de julio y segunda quincena de agosto, se añadirá el desde el siguiente día a la finalización del curso escolar en el mes de junio a las 10 horas de la mañana hasta el 30 de junio a las 20 horas de la tarde manteniéndose el sistema de elección dispuesto.- Durante estos periodos de vacaciones se producirá la suspensión del régimen de visitas ordinario.- Los periodos vacacionales el progenitor que tenga el derecho de elección deberá comunicarlo al otro al

menos con un mes de antelación y no cumplido este requisito se entiende que renuncia al derecho.- El día del cumpleaños de la madre y del padre si la menor estuviese con el otro progenitor si es festivo podrá estar en compañía del que celebre su onomástica desde las 12 horas hasta las 17 horas.- Si no fuese festivo y en iguales circunstancias a las señaladas en el párrafo anterior habrá una visita desde la salida del colegio o actividad extraescolar hasta las 20'30 horas.- Igual previsión se establece para el cumpleaños de la menor.- No cabe hacer previsión alguna en cuanto a cumpleaños de abuelos ni festivos intersemanales.- El sistema de visitas estancias y comunicaciones establecido entrará en vigor a partir del 1 de septiembre de 2015, si bien para este año, desde el día 1 de septiembre a las 10 horas de la mañana hasta el día 5 a las 20 horas, la menor estará en compañía del progenitor con el que no haya permanecido la segunda quincena de agosto, y con el otro desde el día 5 a la hora indicada hasta la entrada al colegio el día de inicio escolar.- El régimen de estancias de fin de semana a partir del 11 al 14 de Septiembre lo iniciará el progenitor que haya tenido a la hija en su compañía entre los días 1 y 5 de septiembre y a partir de ahí se aplicará la alternancia.- todo ello sin especial pronunciamiento en materia de cotas procesales.”

**CUARTO.-** Ambas partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia anterior. Conferido el oportuno traslado, las partes presentaron sendos escritos oponiéndose al recurso presentado de contrario. Por su parte, el Ministerio Fiscal se opuso a ambos.

**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 21 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Alejandro I. E. y estimando en parte el formulado por D<sup>a</sup> Eva M<sup>a</sup> T. G. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia Número Dieciséis de Zaragoza, el 27 de julio de 2015, debemos revocar y revocamos la misma, únicamente en el sentido de suprimir las visitas intersemanales

entre el padre y la menor que en ella se establecen, fijando únicamente los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 h.

Se mantienen sus restantes pronunciamientos, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

No se hace especial declaración de las costas de esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por D. Alejandro I. E. y la devolución del constituido por D<sup>a</sup> Eva M<sup>a</sup> T. G<sup>o</sup>.

**SEXTO.-** La representación legal de D. Alejandro I. E. , interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación por infracción de los artículos 75.2, 76.2, 76.3, 79.2 y 80.2, todos ellos del Código de Derecho Foral de Aragón, y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

**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 22 de septiembre de 2016, se declaró la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso de casación interpuesto, que fue admitido.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo; asimismo, el Ministerio Fiscal presentó escrito considerando que se debiera estimar el recurso de Casación Foral, casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y reconocer la preferencia de la custodia compartida para la hija (hoy de casi 7 años, nacida el 22 de octubre de 2009).

En fecha 3 de noviembre de 2016 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 9 de noviembre de 2016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben citarse los siguientes:

1.- De la relación entre actor y demandada nació una niña, Elena, el 22 de octubre de 2009.

2.- En autos nº 665/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza, de procedimiento de familia sobre medidas de guarda y custodia y alimentos de hijo menor de edad, recayó sentencia de 30 de noviembre de 2010, confirmada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de abril de 2011, en la que la guarda y custodia de la hija quedó atribuida a su madre.

3.- El 30 de junio de 2014 presentó el padre la demanda de modificación de medidas de la que deriva el presente recurso solicitando, en lo esencial, el régimen de guarda y custodia compartida de la hija común.

**SEGUNDO.-** En las presentes actuaciones la sentencia de 27 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 desestimó la demanda y confirmó la custodia individual atribuida a la madre, si bien varió el régimen de estancias y comunicaciones entre padre e hija en el sentido de que los fines de semana alternos comprendieran desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo (en la anterior sentencia era hasta el domingo a las 20 horas), y se añadía una visita intersemanal los miércoles desde la salida del colegio o de la actividad extraescolar hasta el día siguiente por la mañana.

Esta sentencia examinaba, en primer lugar, si se habían producido cambios sustanciales en las circunstancias respecto a las tenidas en cuenta en el momento de la adopción de las medidas cuya variación se pretendía, para lo que hace referencia a una serie de datos que consideraba de interés:

*“En el momento de dictarse la sentencia de guarda, custodia y alimentos el 30 de noviembre de 2010, confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de Zaragoza que desestimó los respectivos recursos de apelación de las partes, el régimen*

*de custodia así como las estancias y comunicaciones del padre con la hija antes mencionados se basó fundamentalmente no sólo en la edad de la menor que entonces contaba escasamente con un año, sino que se atendieron a las circunstancias personales de ambos progenitores, el padre por razones de trabajo desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves se encontraba fuera de Zaragoza, y la madre estaba en aquel momento desempleada.”*

Ante la afirmación en la demanda de que en el momento de la presentación de la misma (30 de junio de 2014) el actor se encontraba en situación de desempleo, lo que le permitía tener más tiempo libre, constata la sentencia que estas circunstancias variaron de nuevo pues después de su interposición encontró un nuevo puesto de trabajo con sus consiguientes retribuciones. Afirma la sentencia que: *“Si se atendiera exclusivamente a estos motivos, tendría que concluirse que no se ha producido variación alguna ya que únicamente aconteció un cambio temporal, no obstante debe reconocerse que para ambas partes se ha producido una variación en su situación laboral al menos en lo que se refiere a la jornada de trabajo, ya que la Sra. Tutor se ha incorporado al mundo laboral desde el año 2010, y el actor ha pasado a tener otro tipo de horario.”*

En el fundamento siguiente analiza la sentencia el informe psicológico emitido el 27 de febrero de 2015 por la profesional adscrita al Juzgado. Según el mismo, el actor reside en C. de H. y trabaja como comercial de una distribuidora de alimentación 40 horas semanales de lunes a viernes de 9 a 13,30 horas y de 16,30 a 20 horas señalando, según indicó aquél, que es un horario flexible y que contaba a su vez con una adecuada red de apoyo familiar. Por lo que se refiere a la madre, el informe pericial afirma que reside con la hija en una vivienda propia en el barrio de T. trabajando como gestora de punto de venta de lunes a viernes en horario de 9 a 17 horas, y alude igualmente a flexibilidad en el mismo así como la posibilidad de realizar labor administrativa desde casa, contando con su madre como apoyo en el cuidado de la niña. Continúa la sentencia:

*“En cuanto a la actitud de ambos progenitores estima la profesional que la progenitora se muestra escasamente intervencionista en el control de la conducta de la niña estimando necesario en cuanto a su educación que cumpla unas normas mostrándose flexible en determinados momentos. En cuanto al progenitor reúne condiciones personales para hacerse cargo de la niña, con una actitud menos invasiva pero sin anticipar las dificultades.*

*Se afirma a su vez que de la valoración de la situación familiar se extrae que la progenitora es la principal figura de referencia para la menor mostrando esta una relación afectiva hacia ella, lo cual por otra parte resulta lógico ya que desde su nacimiento ha vivido exclusivamente con la madre pasando con esta la mayor parte de su tiempo.*

*Se recoge también en el informe que la convivencia con ambos progenitores en dos entornos con diferente nivel de estructuración favorecerá el desarrollo de su autonomía personal.*

*En la actualidad las relaciones con el padre se distancian en el tiempo más de una semana considerando positivo para el desarrollo de la niña un contacto más frecuente con ambos progenitores.*

*Sin embargo el horario del progenitor como así manifiesta la psicóloga hasta las 20 horas de lunes a viernes, no permite establecer períodos alternos ya que dependería excesivamente de apoyos y el período de guarda y custodia con el progenitor no permitiría estancias de tiempo efectivo durante la semana, por lo que sí estima más idóneo introducir pernoctas y alargar los períodos de manera que padre e hija puedan interaccionar juntos en la cena, al acostarse y levantarse o inclusive acompañarla al colegio.*

*Se concluye en definitiva que lo más aconsejable es un sistema para que la menor se relacione con el padre en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y una tarde a la semana los miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada a este así como la mitad de las vacaciones.”*

Del informe realizado por la trabajadora social el 8 de julio de 2015 recoge lo siguiente:

*“En lo que afecta al demandante se hace constar que reside con su pareja en la localidad de C. de H. junto con su pareja que es soltera y no tiene hijos de relaciones anteriores y con la que mantiene una relación desde hace dos años y conviven desde hace tres meses.*

*Se dice a su vez que trabaja desde mayo de 2014 como agente comercial para la empresa R. F. S.L. presentando un certificado de la empresa de fecha 2 de julio de 2015 en el que se especifica que su horario es de 40 horas semanales de lunes a viernes siendo éste flexible para adaptarse al horario de su cartera de clientes. Dispone el recurrente de vehículo de empresa y comercializa productos refrigerados, congelados y conservas siendo sus principales clientes el pequeño comercio y la hostelería.*

*En cuanto a la Sra. T. esta reside en Zaragoza si bien en este caso se indica en el barrio O. y no en el de T. , trabaja desde 2013 para la empresa La Z. SA y su jornada laboral es de ocho horas diarias y se lleva a cabo entre las nueve horas y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los diferentes centros.*

*Ya más en concreto en relación a la menor se afirma que ha finalizado 3º de Infantil en el colegio público Doctor Azúa teniendo un horario escolar de nueve horas a 17 horas utilizando el servicio de comedor y realizando actividades extraescolares dentro del propio centro así como los martes practica natación de 17,30 horas a 18,15 horas.*

*Según la trabajadora social los dos progenitores presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral al desempeñar labores comerciales con jornadas de 40 horas semanales sin un horario predeterminado por lo que tienen dificultades de conciliación laboral siendo que un mínimo entendimiento permitiría que la menor pudiera pasar el mayor tiempo posible con cada uno de ellos evitando un apoyo excesivo e innecesario de las familias extensas.*

*Ambas partes cuentan con recursos suficientes y estabilidad en la vivienda así como dispone del apoyo de sus familias extensas para los cuidados relacionados con la menor.*

*Concluye que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia de Elena disponiendo de los recursos necesarios para atenderla y cuidarla.”*

La juez de instancia atribuye la diferencia entre ambos informes, el de la psicóloga y el de la trabajadora social, a la variación de datos, al recoger la psicóloga un horario del padre de lunes a viernes de 9 a 13,30 horas y de 16,30 a 20 horas, que no se concretaba en lo expuesto por la trabajadora social a la que el actor había aportado un certificado de empresa de 2 de julio de 2015, que por su contenido debe ser el mismo que el que obra en las actuaciones de 20 de enero de 2015 (oficio remitido al Juzgado en prueba documental propuesta por la parte demandada), en el que se manifiesta que el horario de trabajo es de 40 horas semanales de lunes a viernes siendo flexible para adaptarse al horario de los clientes ya que ocupa el puesto de agente comercial.

Según la sentencia no se ha podido concretar el horario aproximado del Sr. I. y la forma en que se flexibiliza, añadiendo que “No es suficiente con señalar que se dispone de flexibilidad horaria, al igual que sucede en el caso de la madre Sra. T. que tampoco concreta horario de trabajo siendo lo máximo que se alcanza a saber es que es de ocho horas y se lleva a cabo entre las 9 y las 21 horas

*para adaptarse a los horarios comerciales de los centros, sin saberse por tanto se realiza turnos rotatorios, partidos etc.*

*Sentado lo anterior y puesto que la menor convive hasta la fecha con la madre, es de entender que la misma ha podido organizar y compatibilizar su horario de trabajo con el de la menor con la asistencia de miembros cercanos de su familia como su madre.*

*En el caso del Sr. I , partiendo de esa misma indeterminación no ha podido concretarse cual es su jornada de trabajo al efecto de poder determinar aspectos importantes como si tiene posibilidad de llevar a la menor al colegio por las mañanas, de recogerla por las tardes, y que tiempo puede pasar con la misma una vez finalizado el horario escolar y el de las actividades extraescolares.”*

En la sentencia se suscitan también dudas sobre el domicilio del actor, quien afirmó a la trabajadora social que reside en su domicilio de C. de H. en el que convive con su pareja tras dos años de relación, pocos meses antes de emitirse el informe, aportando un certificado de empadronamiento de 3 de julio de 2015, suscitando dudas a la juzgadora que esta convivencia no se produjera tras la ruptura entre las partes ni con anterioridad a la interposición de la demanda sino a escasos días de celebrarse el acto de la vista. Se dice que no hay constancia de la residencia del actor en C. de H. dados los escasos consumos de gas y electricidad según los recibos de 2014. Y continúa:

*“No ha quedado así concretada cual es la disponibilidad del padre, si efectivamente reside solo o en pareja en la vivienda de C. de H. y si puede conciliar la vida familiar y laboral para tener a la hija en régimen de custodia compartida sin tener que acudir a los apoyos externos en la misma medida en que puede hacerlo la madre.*

*(...)*

*Y esta es la duda que acontece en el caso analizado, pues además de no saberse a ciencia cierta ni el horario de trabajo del Sr. I., ni su lugar exacto de residencia, si efectivamente vive de forma independiente en la vivienda de su propiedad no ha acreditado como puede compatibilizar sus horarios con los de la hija cuando en principio cabría pensar que aquellos son los que más concretó a la psicóloga en su informe (bastante incompatibles) pese a que esta cuestión es más competencia de la trabajadora social en cuyo informe y seguramente por las propias manifestaciones del entrevistado, no se detallan estos.*

*Si por otra parte el recurrente continúa residiendo con sus padres y su horario es el antes indicado, tal y como la psicóloga aprecia, tan apenas habría estancias de*

*tiempo efectivo entre padre e hija durante la semana para el supuesto de disponerse una guarda compartida, lo que equivale a atribuir o delegar la mayor parte del tiempo en los abuelos el cuidado y la atención de la niña lo que no comulga con la finalidad de este régimen.*

*Los razonamientos expuestos deben conllevar necesariamente a desestimar la pretensión principal formulada por el Sr. I. porque si bien es cierto que ha cambiado de empresa y de horario de trabajo, ni el de antes ni el de ahora, por falta de acreditación de este último resultan compatibles con un sistema de custodia compartida que exige una plena probanza de la disponibilidad del progenitor si bien no es impedimento alguno para una ampliación del régimen de visitas en los términos que se detallarán en el fallo de la presente resolución porque el vigente resulta escaso y no atiende a las necesidades y reforzamiento de vínculos entre padre e hija que se deben fomentar.*

**TERCERO.-** Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de 21 de junio de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el del actor manteniendo la custodia materna y estimó el de la demandada en el sentido de reducir la visita intersemanal al miércoles sin pernocta, desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Se expresan así las razones para mantener la custodia materna:

*“La perito psicóloga establece en su informe un horario laboral del padre de 9 h. a 13’30 h. y de 16’30 h. a 20 h. de lunes a viernes. El alude a un horario flexible, flexibilidad que por su inconcreción no garantiza esa disponibilidad que propugna, por tratarse de conceptos en absoluto equivalentes.*

*Tampoco ha acreditado el actor su actual residencia, pese a la documental aportada, no prueba eficazmente la concreta ubicación de su domicilio habitual, que más bien parece buscado de propósito en fechas recientes para favorecer su pretensión.*

*Finalmente, las comunicaciones aportadas de los litigantes, revelan continuos desacuerdos en el cumplimiento de las visitas, y disfunciones en ese ejercicio que solo propician perjuicios a la menor (inasistencia del padre a actividades extraescolares y cumpleaños de la menor, etc.).*

*Debe mantenerse la custodia materna por estimase es la medida que mejor protege el interés de la hija.*

Para razonar sobre la modificación de las visitas solicitada por la demandada en su recurso de apelación, se dice en la sentencia:

*La Juzgadora desestima la petición de custodia compartida por considerar que el padre no puede atender personalmente a la menor, dudando que pueda llevarla al colegio y recogerla diariamente, entre otros cometidos, sin embargo, contradictoriamente, instaura un sistema de visitas intersemanales con pernocta, que no solo no ha pedido el actor en su demanda, sino que darían lugar a la misma problemática que se pone de manifiesto en la Sentencia.*

*El padre reside en C. de H. y la madre con la menor en Zaragoza, iniciando el primero la jornada laboral a las 9 h. de la mañana, y, según prueba aportada en esta alzada, ha dejado de acudir a recoger al colegio a la hija en diversas ocasiones, generándose conflictos parentales, que han devenido en habituales.*

*Si su jornada laboral finaliza a las 20 h. poco podrá hacerse cargo de la menor, entre semana.*

*En estas condiciones, y para regular adecuadamente la vida y estabilidad de la niña, en cuyo interés y derecho se establecen las visitas, deben reducirse las intersemanales a un día fijo, los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20 h., manteniéndose el resto del sistema de visitas instaurado por estimarse adecuado, y, prácticamente similar al fijado en la Sentencia precedente, único sentido en que se revoca la Sentencia.”*

**CUARTO.-** El recurso de casación se articula, por lo que se refiere a la custodia de la menor, en seis motivos, si bien los relevantes son el cuarto, en el que se argumenta la infracción del artículo 80.2 por no haberse respetado su contenido relativo a la preferencia legal por la custodia compartida contenida en el mismo, con cita de diversas sentencias de esta Sala en apoyo de su interpretación, y el quinto en lo referente al apartado 2.e) del artículo 80.2 sobre la conciliación de vida familiar y laboral.

En el primer motivo se citan como normas infringidas los artículos 75.2, 76.2, 76.3, 79.2 y 80.2 del CDFA, además del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LPJM), sobre el interés superior del menor. En el segundo se enuncian los principios a que se refieren los preceptos anteriores. En el tercero se muestra disconformidad con la sentencia que se recurre por la denegación de la custodia compartida y por la reducción de las visitas. En el cuarto se

concreta la infracción del artículo 80.2 CDFA, y el quinto se centra de forma más específica en el apartado 2.e) del mismo referido a la conciliación de la vida familiar y laboral. El sexto afirma que la guarda y custodia individual de la menor no es la más conveniente para ella por el reconocimiento del artículo 76.2 CDFA al derecho de la menor a una relación igual con sus padres, con cita de alguna sentencia del Tribunal Supremo sobre este principio. El séptimo se refiere al régimen de visitas y el octavo reitera las infracciones denunciadas.

Los citados motivos inciden, aunque de forma poco hilvanada, en la infracción del artículo 80.2 CDFA, como se concreta en los motivos cuarto y quinto, siendo los demás de apoyo en el terreno de los principios, por lo que se examinarán conjuntamente a los efectos de comprobar si se ha producido la infracción del citado artículo 80.2.

El Ministerio Fiscal, tras cita de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la custodia compartida, destaca del informe de la psicóloga que la convivencia de la hija con ambos progenitores favorecerá el desarrollo de su autonomía personal y que considera positivo para el desarrollo de la niña un contacto más frecuente con ambos progenitores. Y del de la trabajadora social que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia disponiendo de los recursos necesarios para atenderla y cuidarla.

Deduca el Ministerio Fiscal que el criterio de la conciliación de la vida familiar y laboral parece ser el determinante para que ambas instancias se inclinen por la custodia individual de la madre, lo que le resulta *“chocante porque los dos progenitores trabajan una 40 horas semanales (el horario del padre es flexible, según el certificado de la empresa R. F. SL). El horario de la madre en la empresa La Z. también es de 40 horas, entre las 9 y las 21 horas, para adaptarse a los horarios comerciales de los diferentes centros. Y según la trabajadora social los dos progenitores presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral, por lo que ambos progenitores tienen que buscar el apoyo excesivo e innecesario de las familias extensas (los abuelos).”*

Expone el Ministerio Fiscal las bondades de la custodia compartida según el texto del Preámbulo de la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones

familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, y de sentencias del Tribunal Supremo, y concluye que se debe estimar el recurso de casación.

La parte recurrida niega que la preferencia legal por la custodia compartida tenga un carácter imperativo, como pretende la parte recurrente, y que la sentencia recurrida ha concluido que la custodia individual es lo más conveniente para la menor, tras la valoración de la prueba practicada. Además, que en un procedimiento de modificación de medidas, conforme al artículo 79.5 del CDFA, corresponde probar su existencia y alcance a la parte que pretende la modificación.

**QUINTO.-** Por lo que se refiere al cambio de circunstancias requerido para instar la modificación de las medidas inicialmente adoptadas, recordamos lo expuesto en nuestra sentencia de 26 de mayo de 2014, nº 19/2014, recurso 13/2014:

*El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 CC [“alteración sustancial de circunstancias”] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de concurrencia de “causas o circunstancias relevantes”, lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.*

*Por tanto, en relación a estas medidas, no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquéllas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso, como 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”.*

*Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor, como lo muestra el mismo precepto que analizamos, cuando indica que:*

*“En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”*

*Es cierto que nuestra sentencia 42/2013, de tres de octubre, dictada en el Recurso: 22/2013, que se enfrentaba a un litigio sobre modificación del régimen de custodia que venía acordado en el procedimiento matrimonial anterior, hemos dicho que una vez transcurrido el plazo del año establecido en las disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFFA, no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia, sino que los interesados en la modificación deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas, pero no es menos cierto que a continuación se justifica la denegación de la modificación pretendida porque la prueba practicada no acreditaba la conveniencia del cambio pretendido, lo que constituía verdaderamente la ratio decidendi de la decisión entonces tomada.*

*Por su parte, la sentencia de esta Sala más arriba citada, nº 17/2013, señalaba que la diferencia de edad entre el momento de la inicial medida y aquél en el que se solicitaba la modificación (en el caso el cambio había sido de 10 a 14 años) puede ser circunstancia suficiente para el cambio del régimen de custodia.*

En la sentencia recurrida no hay mención a si ha habido, o no, cambio de circunstancias, e incide para confirmar la de primera instancia en las pruebas practicadas, conforme a las cuales resulta más conveniente la custodia individual de la madre. La sentencia del Juzgado afirma, según consta en los razonamientos transcritos, que en el procedimiento inicial se tuvo en cuenta no solo la edad de la menor que entonces contaba escasamente un año, sino también las circunstancias laborales del padre que, por razones de trabajo, se encontraba fuera de Zaragoza desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves, y las de la madre que en aquel momento (noviembre de 2010) se encontraba desempleada.

Y, tras dar cuenta la sentencia del Juzgado, de que las circunstancias laborales de los progenitores habían variado incluso desde la fecha de la presentación de la demanda (junio de 2014), pues ahora (fecha de la sentencia, julio de 2015) la madre se ha incorporado al mundo laboral desde

el año 2010 y el padre ha pasado a tener otro tipo de horario, se analizan las circunstancias personales y laborales de ambos.

Tales cambios serían, pues, que la niña, nacida en octubre de 2009, tenía en la fecha de la primera sentencia (noviembre de 2010) menos de un año, y en el momento de la sentencia del Juzgado (julio de 2015) casi cinco años de edad. Y, además, las indicadas circunstancias laborales de los padres, ambos con trabajo ahora, el actor ya en Zaragoza.

En consecuencia, la modificación de las circunstancias en relación con las tenidas en cuenta en noviembre de 2010, es evidente y justifica que se pueda entrar a valorar si las mismas permiten ahora variar las medidas entonces adoptadas.

**SEXTO.-** La sentencia de apelación ahora recurrida constata que la de primera instancia había analizado pormenorizadamente la prueba practicada y había concluido que el interés de la menor no aconsejaba el cambio pretendido dado que el padre, por su ocupación laboral, carecería de disponibilidad efectiva de tiempo para ocuparse personalmente del cuidado cotidiano de la niña. Incide la sentencia de apelación en el horario laboral del padre, de 9 a 13,30 h. y de 16,30 a 20 h., sin que la flexibilidad alegada, por su inconcreción, garantice la disponibilidad que propugna, por tratarse de conceptos en absoluto equivalentes.

Afirman el Ministerio Fiscal y la parte recurrente que, como pone de manifiesto el informe de la trabajadora social, ambos progenitores (la madre trabajando también 40 horas semanales entre las 9 y las 21 horas), presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral y necesitan apoyo de las familias.

Y, efectivamente, estos datos así resultan de la prueba analizada en las sentencias de instancia en lo referente a las circunstancias laborales de ambos progenitores, lo que por sí solo no permitiría concluir que es mejor la situación de uno u otro en este apartado. Decía la sentencia del Juzgado:

*“No es suficiente con señalar que se dispone de flexibilidad horaria, al igual que sucede en el caso de la madre Sra. T. que tampoco concreta horario de trabajo siendo lo máximo que se alcanza a saber es que es de ocho horas y se lleva a cabo entre las 9*

*y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los centros, sin saberse por tanto se realiza turnos rotatorios, partidos etc.”*

A continuación la sentencia del Juzgado supone que la madre, dado que convive con la niña, ha podido organizar y compatibilizar su horario con la asistencia de miembros cercanos de su familia, como su madre, pero dice respecto al padre que no ha podido concretarse cual es su jornada de trabajo al efecto de poder determinar aspectos importantes, como si tiene posibilidad de llevar a la menor al colegio por las mañanas, de recogerla por las tardes, y qué tiempo puede pasar con la misma una vez finalizado el horario escolar y el de las actividades extraescolares.

Incide, por lo tanto, en las dificultades de ambos progenitores para compatibilizar su vida familiar y laboral, como pone de manifiesto el informe de la trabajadora social que prevé la necesidad de apoyos familiares para ambos, pero presume que la madre puede hacerlo (no se indica cómo) y, en cambio, no lo supone de igual forma respecto al padre. Y por eso concluye (ver último párrafo transcrito en nuestro fundamento tercero anterior) que la falta de acreditación del horario del padre no resulta compatible con el sistema de custodia compartida que exige una plena probanza de la disponibilidad del progenitor. Lo que no impide –se dice en la sentencia- una ampliación del régimen de visitas a los miércoles con pernocta.

Debe suponerse, en igualdad de horarios laborales, que ambos podrán superar esta dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar, salvo que se tenga por acreditado lo contrario, lo que no se ha puesto de manifiesto en el presente caso. Para que podamos llegar a tal conclusión no es necesaria distinta valoración de la prueba, que se concreta a los horarios laborales de ambos progenitores, pues las posibilidades futuras de conciliación del padre no pueden ser adivinadas.

El otro factor que en la sentencia recurrida lleva a mantener la custodia individual es el domicilio del padre pues, según ha quedado transcrito, a pesar de la documental aportada (certificado de empadronamiento en C. de H.), le parece buscado de propósito en fechas recientes para favorecer su pretensión. Y, según hemos transcrito también, para razonar sobre la supresión de la pernocta de los miércoles con el padre, afirma que el padre reside en C. de H. iniciando la jornada laboral a las 9 h. de la mañana, y la

menor con la madre en Zaragoza. Por lo tanto, parece concluirse que el domicilio del padre es en C. de H. , y se suprime la pernocta de los miércoles que había sido acordada por la sentencia de primera instancia precisamente porque el horario laboral del padre aconsejaba concederla, siguiendo la recomendación del informe psicológico para que padre e hija pudieran estar juntos al menos desde las 20 h.

Las conclusiones establecidas en las sentencias, partiendo de los hechos concretos citados (horarios laborales de ambos y domicilio del recurrente) parecen suponer –pero no justifican– que el padre no podrá cumplir las obligaciones que impone la custodia compartida, con exigencias (posibilidad de llevar y recoger a la niña del colegio, tiempo de estancia con la misma) que tampoco se sabe cómo puede cumplir la madre (véase el anterior párrafo últimamente transcrito de la sentencia de primera instancia), que necesitará la ayuda que pueda recibir de la familia, en particular de su madre.

Salvo lo anterior, no se ha puesto de manifiesto que el padre no sea idóneo para el ejercicio de la guarda y custodia de su hija, sino que afirman tal aptitud las sentencias de instancia con cita de los informes de la psicóloga y de la trabajadora social, aunque la primera opte por mantener la custodia individual con ampliación del régimen de visitas y la segunda aparezca más abierta al régimen de custodia compartida.

Indudablemente se han producido cambios relevantes que permiten examinar si el régimen de custodia que mejor atiende al interés del menor puede ser el de custodia compartida. Afectan dichos ambos a la edad de la niña y a las circunstancias laborales de los progenitores.

La edad de la niña, de menos de un año en el momento de ser fijada la custodia individual, casi siete años al tiempo de la sentencia recurrida (junio de 2016), y ahora ya cumplidos, en régimen de escolarización hasta las cinco de la tarde, alguna tardes después de las actividades extraescolares, permite contemplar con normalidad ese cambio partiendo de que, conforme a la norma aragonesa, es el sistema que mejor atiende a dicho interés (Sentencias de esta Sala, entre otras muchas, de 6 de junio de 2012 (nº 22/2012), de 10 de enero de 2014 (nº 1/2014), y 6 de abril de 2015 (nº 11/2015).

Y también el Tribunal Supremo, sin norma que establezca preferencia por un concreto sistema de guarda, considera que el examen del principio de necesaria observancia del interés del menor permite comprobar si es aplicado correctamente para, en otro caso, modificar el de custodia individual, y se pronuncia ya reiteradamente en la misma línea de considerar que este principio se consigue por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, lo que determina en dichos supuestos la adopción del régimen de custodia compartida por salvaguardar mejor el interés de los menores. Lo expresa así su sentencia nº 495/2013, de 19 de julio de 2013, recurso 2964/2012, interpretando el artículo 92.8 del Código civil:

*“La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.*

*Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones 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 aquel.”

Las circunstancias laborales de los progenitores también han variado sustancialmente respecto a las de noviembre de 2010. El padre ya no pasa fuera de Zaragoza, por razones de trabajo, desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves, sino que trabaja en Zaragoza en horario de 9 a 16,30 y de 16,30 a 20 horas. Es evidente que en aquellas circunstancias no se podía ocupar en noviembre de 2010 de una niña de menos de un año. Ahora, el horario indicado se lo permite en circunstancias parecidas a las de la madre, que entonces tenía todo el tiempo disponible dado que se encontraba en paro.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2013, nº 761/2013, recurso 774/2012, ante la afirmación de la sentencia de apelación de que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con un generoso régimen de visitas, dice en apoyo del régimen de custodia compartida:

*Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarle al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.”*

La sentencia ahora recurrida afirma también, trayendo en esa instancia una cuestión sobre la que no se había pronunciado la del Juzgado, que las comunicaciones de los litigantes revelan continuos desacuerdos en el cumplimiento de las visitas y disfunciones en ese ejercicio que solo propician perjuicios a la menor.

En relación con la conflictividad de la relación entre los progenitores, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013, recurso 1128/2012, citada de la de 17 de diciembre de 2013, recurso 2645/12, dice:

*En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.*

Lo mismo debe afirmarse respecto a los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores: que solo serán relevantes si perjudican el interés del menor.

Lo expuesto acredita que no se han aplicado correctamente algunos de los criterios señalados en el artículo 80.2 del CDFA para atribuir a los progenitores la guarda y custodia de los hijos, en particular el apartado e) sobre las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, según se ha razonado.

Estimada la anterior infracción, no es preciso entrar en el examen concreto de los motivos séptimo y octavo del recurso.

**SÉPTIMO.-** Consecuencia de lo expuesto en los precedentes fundamentos ha de ser la estimación del recurso de casación, lo que da lugar a casar y anular la sentencia recurrida. Esta Sala, asumiendo la instancia y como consecuencia de establecer el régimen de custodia compartida de la menor, debe señalar algunas medidas que han de acompañar al mismo.

Debe hacerse constar que no se ha presentado propuesta de plan de relaciones familiares por lo que podrán las partes acordar lo que estimen procedente en beneficio de la menor, y en su defecto regirán las reglas que, con carácter de mínimos y solo a los efectos de guarda y custodia y régimen de estancias y visitas y gastos, a continuación se expondrán, que podrán ser modificadas de mutuo acuerdo por las partes, con su homologación en ejecución de sentencia.

La parte actora únicamente pidió, sin más detalles, un plan de relaciones familiares en el que la custodia correspondería a cada progenitor por meses alternos. Considera la Sala, por antecedentes de otros recursos,

que dada la edad de la menor, de siete años en este momento, parece más adecuado establecer la guarda y custodia por semanas alternas para facilitar el contacto más frecuente con ambos progenitores y con un día de visita entre semana, o lo que acuerden las partes. Las medidas, con carácter de mínimas, serán las siguientes:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar de la menor corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2.- La guarda y custodia de la hija será compartida por ambos progenitores.

3.- Se establece un régimen de estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante la semana de un día a la semana, los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro.

5.- Régimen de vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

6.- No se fija pensión de alimentos para la hija dado que en régimen de guarda y custodia compartida 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.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

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

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alejandro I. E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 21 de junio de 2016, que casamos y dejamos sin efecto.

**SEGUNDO.-** Se establece el régimen de guarda y custodia compartida de la menor con arreglo a las siguientes reglas:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar de la menor corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2.- La guarda y custodia de la hija será compartida por ambos progenitores.

3.- Se establece un régimen de estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante la semana de un día a la semana, los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro.

5.- Régimen de vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

6.- No se fija pensión de alimentos para la hija dado que en régimen de guarda y custodia compartida 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.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores.

**TERCERO.-** No se hace condena en costas de este recurso a ninguna de las partes.

**CUARTO.-** Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

**QUINTO.-** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, anunciando voto particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Firmado y rubricado.”

**“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, esta vez hasta en cuatro ocasiones en las dos instancias, corrige el criterio sentado en dicho grado y se comporta como tribunal de tercera instancia, a fin de sustituir el criterio discrecional del tribunal de apelación, por el suyo propia en la valoración sobre si las concretas circunstancias del caso, y en atención a los factores a ponderar establecidos en el art. 80.2 CDFA la custodia individual es o no más conveniente el menor.

La mera lectura de la sentencia mayoritaria, que analiza larga y detalladamente las circunstancias del caso para concluir que a su juicio no son bastantes para optar por la custodia individual frente al criterio legal general de la compartida, muestran que no estamos ante un supuesto de que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor que justificaría la corrección del criterio sostenido en las sentencias impugnadas, lo que por otra parte no se dice en la sentencia que ocurra.

La casación de la sentencia en este caso supone, a mi parecer, la inobservancia del criterio que hemos sentado en otras resoluciones, como en la S nº 21/2015, Rc 17/2015 en la que decimos.

<< Partiendo de estos hechos 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. Conclusión a la que llega la sentencia recurrida de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo y por la exploración de la hija mayor.

Al respecto es preciso indicar que el interés del menor debe ser apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, de manera que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor. >>

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

### **FALLAMOS**

1.- Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 21 de junio de 2016 de marzo de 2016 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 70/2016.

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. Firmado y rubricado.”

**“A U T O**

**Excmo. Sr. Presidente** /  
**D. Manuel Bellido Aspas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Javier Seoane Prado** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /  
**D. Ignacio Martínez Lasierra** /

En Zaragoza, a veintisiete de diciembre de dos mil dieciséis.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En esta Sala se sigue recurso de casación con el núm. 44/2016, formulado por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Broceño Esponey en nombre y representación de D. Alejandro I. E. frente a D<sup>a</sup> Eva M<sup>a</sup> T. G. , representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Pilar Aznar Ubieto, siendo también parte el Ministerio Fiscal, en el que se dictó Sentencia en fecha 2 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

**“F A L L A M O S:**

**PRIMERO.-** Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alejandro I. E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 21 de junio de 2016, que casamos y dejamos sin efecto.

**SEGUNDO.-** Se establece el régimen de guarda y custodia compartida de la menor con arreglo a las siguientes reglas:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar de la menor corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2.- La guarda y custodia de la hija será compartida por ambos progenitores.

3.- Se establece un régimen de estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante la semana de un día a la semana, los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro.

5.- Régimen de vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

6.- No se fija pensión de alimentos para la hija dado que en régimen de guarda y custodia compartida 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.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores.

**TERCERO.-** No se hace condena en costas de este recurso a ninguna de las partes.

**CUARTO.-** Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.”

**SEGUNDO.-** Con fecha 13 del corriente, la representación procesal de D<sup>a</sup> Eva M<sup>a</sup> T. G. , presentó escrito interesando aclarar la sentencia en el sentido expuesto en el escrito, en el que se pedía concretar duración y distribución de períodos de vacaciones, gastos ordinarios, festivos y régimen de comunicación de la menor con el progenitor en los períodos en que éste no ejerce la guarda y custodia.

Conferido traslado a las partes por cinco días conforme establece el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la representación procesal de D. Alejandro I. E. y el Ministerio Fiscal presentaron escritos en los que alegaron lo que estimaron pertinente.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 214.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe la aclaración de algún concepto oscuro o la rectificación de cualquier error material de las resoluciones judiciales.

Y, conforme a lo dispuesto en el artículo 267.4 y 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 215.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueden subsanarse y/o complementarse las sentencias y autos defectuosos o incompletos.

El escrito presentado por la representación de D<sup>a</sup>. Eva M<sup>a</sup> T. G. es denominado recurso de aclaración, sin mención a precepto legal alguno de los anteriores, pretendiendo realmente un complemento sobre aspectos concretos del régimen de comunicación, estancias y visitas de la menor con sus progenitores tras estimarse el recurso de casación del padre y quedar establecido el régimen de custodia compartida.

**SEGUNDO.-** Como ya se advertía en el fundamento séptimo de la sentencia, por la estimación del recurso de casación la Sala asumía la instancia y señalaba algunas medidas para acompañar al nuevo régimen de custodia, pero con el carácter de mínimos dado que no se había presentado plan de relaciones familiares para el supuesto de modificación del régimen de guarda y custodia, y supeditado a los acuerdos a los que pudieran llegar las partes para su homologación en trámite de ejecución de sentencia.

Las peticiones de la representación de la madre se refieren a aspectos muy concretos de la duración y distribución de las vacaciones de verano, festivos intersemanales a lo largo del año escolar, fiestas del Pilar, fechas de cumpleaños, régimen de comunicación con el progenitor durante los períodos en los que no convive con el mismo, solución a posibles incumplimiento de las visitas, y concreción de gastos ordinarios.

La representación del padre y el Ministerio Fiscal alegan sobre las cuestiones concretas suscitadas admitiendo en algunos casos la posibilidad de asumir las propuestas, y no en otros. En definitiva, lo que se suscitan son

cuestiones de detalle que expresamente la Sala dejó fuera del régimen “de mínimos” que se establecía, a falta de plan concreto sobre el que las partes hubieran podido debatir.

No se trata, por lo tanto, de omisiones o defectos que sea necesario remediar para llevar plenamente a efecto la sentencia (artículos 267.4 LOPJ y 215.1 LEC), o de manifiesta omisión de pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso (artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC), sino de cuestiones de detalle sobre las que las partes pueden razonablemente ponerse de acuerdo o, en su defecto, suscitar en ejecución de sentencia para su resolución por el trámite correspondiente ante el Juzgado.

Por ello, no ha lugar a la subsanación o complemento de la sentencia.

**TERCERO.-** No se aprecia la existencia de motivos para la imposición de costas.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y los demás de pertinente aplicación,

La Sala **ACUERDA:**

1.- No haber lugar a la aclaración, ni subsanación o complemento de la sentencia de esta Sala.

2.- No hacer imposición de costas.

Notifíquese el presente Auto a las partes haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno (artículo 214.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados margen. Firmado y rubricado.”