



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Casación e infracción procesal 13/2015

**S E N T E N C I A   N U M .   D I E C I N U E V 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 treinta de junio de dos mil quince.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 13/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de febrero de 2015, recaída en el rollo de apelación número 448/2014, dimanante de autos de divorcio número 905/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Francisco Z. M. representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Leticia Muñoz Rome y dirigido por la Letrado D<sup>a</sup>. Amparo Gracia Bernal, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. María del Mar P. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María José Ferrando Hernández y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. Carmen Alquezar Puértolas, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> José Ferrando Hernández actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María del Mar P. G., presentó demanda de divorcio contra la D. Juan Francisco Javier Z. M. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia en la que se acuerden los siguientes efectos:

“1) La disolución por causa de divorcio del matrimonio, con revocación de poderes que hayan podido otorgarse dichos cónyuges.

2) Se establezcan las siguientes medidas con respecto al hijo menor común,

A) La patria potestad del hijo común será compartida si bien la guardia y custodia del mismo se establece a favor de la madre.

B) La pensión de alimentos para el hijo será de 250 euros mensuales, que serán abonados mensualmente antes del día 5 de cada mes en la cuenta que la madre designe al efecto.

El padre deberá abonar también el 50% de los gastos extraordinarios de los hijos, siendo éstos los de matricula escolar, libros, actividades extraescolares, los sanitarios, que no estén cubiertos por los servicios sanitarios gratuitos, y cualquier otro de carácter extraordinario necesario.

C) Para que el padre pueda estar en compañía del hijo común, los comparecientes pactarán, de mutuo acuerdo, un régimen de visitas y vacaciones. Si no se pusieran de acuerdo, habrá de estarse, con carácter necesario, al siguiente régimen de visitas y estancia mínimo:

El padre podrá estar en compañía de sus hijos fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio u hora equivalente hasta el domingo a las 21 horas. Y una tarde entresemana desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Este régimen se interrumpirá con las vacaciones escolares del menor. Y así el padre podrá permanecer en compañía de los menores la mitad de las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad. Las vacaciones escolares de verano corresponderán a los meses de julio y agosto, que se

repartirán por quincenas a cada progenitor. La madre elegirá en años pares y el padre en años impares.

3) Uso vehículo.- El uso del vehículo se atribuya a la esposa, que correrá en consecuencia con los gastos del mismo, sin perjuicio de los reintegros que procedan al momento de la liquidación de la sociedad conyugal.”

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda. Compareciendo la Procuradora de los Tribunales Sra. Muñoz Rome, en nombre y representación de D. Juan Francisco Z. M. contestando a la demanda, solicitando se dictase sentencia en la que “estimando la acción de divorcio, desestime las medidas que se solicitan de contrario, y estime las acompañadas en el plan de relaciones familiares que se acompaña por las razones alegadas, acordando en consecuencia los siguientes efectos del Divorcio:

- Se determine la disolución del matrimonio por divorcio con todas las consecuencias legales que se deriven de ello.

- Se establezcan las siguientes medidas respecto al hijo menor común:  
1º.- Se determine que la autoridad familiar del hijo común será compartida por ambos progenitores.

Se determine que la guarda y custodia del menor Aarón Z. P., será compartida por ambos progenitores por periodos alternativos bimensuales, alternándose anualmente el sistema, de forma que ambos compartan por iguales partes el tiempo de convivencia y estancia y concretándose en:

Los años impares:

- El menor permanecerá con la madre los periodos que comprenden los meses de enero-febrero, mayo-junio, noviembre-diciembre.
- El menor permanecerá con el padre los periodos que comprenden los meses de marzo-abril, septiembre-octubre.

Los años pares:

- El menor permanecerá con el padre los periodos que comprenden los meses de enero-febrero, mayo-junio, noviembre-diciembre.
- El menor permanecerá con la madre los periodos que comprenden los meses de marzo-abril, septiembre-octubre.

2.- Comunicaciones, visitas y estancias: Como régimen de visitas a favor del padre y de la madre se establece el siguiente:

A) Semanal.- El progenitor no custodio podrá tener consigo al menor:

- Los fines de semana alternos a partir de las 17,00 horas del viernes hasta las 20,00h del domingo, debiendo recogerlos el viernes en el centro docente y entregarlos el domingo en el domicilio familiar.

- Los martes y jueves, durante el curso escolar a partir de las 17,00 horas hasta las 20,00h del mismo día, debiendo recogerlos en el centro docente y devolverlos en el domicilio familiar. Durante los periodos no lectivos, el horario será de 10,00 horas a 20,00 horas.

B) Períodos de vacaciones:

- Durante las vacaciones, este régimen quedará interrumpido, correspondiendo a ambos progenitores, los meses de julio y agosto de cada año, en la proporción de la mitad de las vacaciones de verano para cada uno, y la mitad de los días no lectivos escolares que para cada año se señalen, en Semana Santa y para Navidad. En el caso de que los progenitores no llegaran a un acuerdo en la fijación de los periodos, deberá seguirse el siguiente criterio:

Navidades, se dividirán en dos periodos, el primero desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre, y el segundo desde el 30 de diciembre hasta el inicio de la actividad escolar en el nuevo año. En los años impares corresponderá a la madre disfrutar de la compañía de su hijo en el primer periodo, y al padre el segundo; y en los años pares los periodos se invertirán.

Semana Santa y Fiestas del Pilar, se entenderá que se extienden desde el primer día de vacaciones escolares hasta el último y dado el escaso periodo que resulta, las partes acuerda disfrutarlo de forma alterna. El menor estará en la compañía de la madre en Semana Santa y en compañía del padre en las fiestas del Pilar, los años impares y los años pares estará en la compañía del padre en Semana Santa y en compañía de la madre en las fiestas del Pilar.

Las vacaciones de verano se extenderá durante los meses de Julio y Agosto, y cada uno de los progenitores disfrutará de un mes en compañía de

su hijo, correspondiendo al padre el mes de Julio y a la madre el mes de Agosto en los años impares y en los años pares los periodos se invertirán.

Los días festivos entre semana existentes a lo largo del año, se repartirán entre los padres a partes iguales y por tanto de forma alternativa.

Los puentes festivos y cualquier otro periodo vacacional distinto de los indicados, que coincidan con días no lectivos de colegio se repartirán entre los padres de tal forma que corresponda un puente a cada uno. No obstante se conviene que corresponderá el puente al progenitor que lo tenga bajo su guarda el fin de semana al que corresponda el puente. El puente comenzará el último día de colegio por la tarde hasta el último día del mismo.

El día del cumpleaños del menor tendrán derecho a disfrutarlos ambos progenitores, distribuyendo el tiempo libre a elección de los padres, de común acuerdo, siempre respetando los horarios lectivos y de sueño del niño. En el caso en que el día señalado sea festivo o periodo vacacional pasará con el progenitor que no le corresponda pernoctar un mínimo de tres horas, haciéndolas corresponder con la comida o con la cena.

En el caso de que el menor asista a campamentos escolares o actividades similares, se repartirán las vacaciones de verano por mitad una vez excluido los días de disfrute del periodo de campamento.

Si no se pudiera cumplir con el régimen mínimo de visitas en un momento o periodo determinado, lo comunicará al otro progenitor oportunamente y con la debida antelación.

### 3.- Gastos de asistencia del menor.

Atendiendo el sistema de custodia compartida cada uno de los progenitores atenderá las necesidades de alimento y manutención cuando se encuentre en su compañía.

Se propone que cada uno de los progenitores ingrese en una cuenta conjunta la suma de 100€/mensuales para hacer frente a los gastos de colegio, uniformidad, comedor, libros.

El resto de los gastos extraordinarios que pueda precisar, serán satisfechos por ambos progenitores por mitad, entendiéndose por gastos extraordinarios los necesarios e imprevisibles relativos a la salud, no cubiertos por la Seguridad Social y los relativos a gastos esporádicos, puntuales o de excesiva cuantía.

Los demás gastos extraordinarios no necesarios serán de cuanta del progenitor que los desee realizar, salvo que los padres lleguen a acuerdos sobre ello.”

Por otrosí solicitó prueba anticipada.

Previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza dictó sentencia en fecha 11 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ferrando Hernández, en nombre y representación de DÑA. M<sup>a</sup>. DEL MAR P. G. frente a D. JUAN FRANCISCO Z. M., DEBO DECLARAR Y DECLARO disuelto por razón de divorcio el matrimonio hasta la fecha existente entre los expresados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y acordando como efectos del mismo:

1º/ La guarda y custodia del menor Aarón será compartida por periodos meses naturales alternos por ambos progenitores quienes ostentarán igualmente de forma conjunta la autoridad familiar.

La alternancia se desarrollará por periodos de meses naturales, realizándose las entregas y recogidas a las 20,30 h del último día del mes en el domicilio del progenitor custodio hasta ese momento, debiendo recoger al menor el progenitor que inicia la custodia o excepcionalmente familiar directo por él autorizado. En caso de que ese día fuese sábado, domingo o festivo escolar (diferente de los periodos de vacaciones escolares de navidad, semana santa o verano), la entrega se realizará el primer día siguiente lectivo escolar.

Cada mes de septiembre iniciará la custodia un progenitor diferente, correspondiendo los años pares y acabados en 0 al padre y los años impares a la madre.

El progenitor no custodio podrá tener al menor conforme al siguiente régimen de visitas:

\*Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto las 17'00 h, hasta las 20'30 horas del domingo.

A los fines de semana se unirán los puentes.

\* La semana siguiente al fin de semana en que el menor haya estado con el progenitor no custodio, este la tendrá los martes y jueves desde la salida del colegio, o en su defecto las 17'00 h, hasta las 20'00 h.

\* La semana siguiente al fin de semana en que el menor no haya estado con el progenitor no custodio, este la tendrá bajo su custodia los lunes y miércoles desde la salida del colegio, o en su defecto las 17'00 h, hasta las 20'00 h.

Para el supuesto de coincidir el día de visita intersemanal con festivo que no sea puente, esta se llevará a cabo desde las 10'00 h hasta las 20'00 h.

\* Las vacaciones escolares de navidad se repartirán por mitad eligiendo periodos el padre los años impares y la madre los años pares y acabados en 0, debiendo comunicarse estas elecciones con 15 de antelación al inicio de las vacaciones, con pérdida de derecho de elección en caso contrario. Las vacaciones escolares comprenderán desde las 19'00 h del último día lectivo hasta las 20'00h el día anterior al de reinicio de las clases. Los periodos serán: 1.- Desde las 19'00 h del último día lectivo hasta las 20'00 h del día 30 de diciembre, y 2.- desde las 20'00 h. del día 30 de diciembre hasta las 20'00 h del día anterior al de reinicio de las clases. En la festividad de Reyes, el progenitor al que no le corresponda tener consigo a la menor, podrá estar en su compañía desde las 17'30 h hasta las 19'30 h.

\* Quincenas alternas durante las vacaciones escolares de verano en los meses de julio y de agosto, eligiendo quincenas el padre los años pares y acabados en 0 y la madre los años impares, con preaviso de 1 mes de antelación al inicio de las vacaciones, con pérdida del derecho de elección en caso contrario.

Las quincenas serán:

- Desde las 20'30 h del día 30 de junio hasta las 20'00 h del 15 de julio
- Desde el 15 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 31 de julio
- Desde el 31 de julio a las 20'00 h hasta las 20'00 h del 15 de agosto
- Desde el 15 de agosto a las 20'00 h hasta las 20'30 h del 31 de agosto.

\* Las vacaciones escolares de Semana Santa que comprenderán desde las 10'00 h del primer día festivo escolar hasta las 20'00 h del día anterior al de reinicio de las clases, se dividirán en dos periodos de igual duración en la medida de lo posible, teniendo lugar el cambio a las 20'00 h del día intermedio, eligiendo periodos la madre los años pares y acabados en 0 y el padre los años impares, debiendo comunicarse estas elecciones con un mes de antelación del inicio de las vacaciones escolares con pérdida del derecho de elección en caso contrario.

Todos los periodos vacacionales interrumpirán la alternancia de fines de semana y estancias intersemanales.

\* Los días del padre y de la madre y los cumpleaños de cada uno de ellos y del menor, el progenitor no custodia en ese momento podrá tener al menor desde la salida del colegio o, en su defecto, desde las 17'00 h, hasta las 20'00 h.

Salvo cuando se realicen en el centro escolar, las entregas y recogidas del menor se realizarán en el domicilio del progenitor custodio en ese momento.

El presente régimen de custodia y visitas dará comienzo el próximo día 31 de agosto a las 20'30 h, iniciando la alternancia mensual el Sr. Z.

2º/ Se atribuye a la Sra. P. el uso y disfrute del turismo familiar Peugeot 307 matrícula ..., haciéndose cargo del pago de todos los gastos derivados del mismo: impuesto de circulación, seguro, combustible, reparaciones, ITV, sanciones, etc...

3º/ Ambos progenitores se harán cargo de los gastos de manutención básica diaria del menor (comida, luz, vivienda, etc...) cuando este se encuentre en su compañía.

En cuanto al resto de los gastos ordinarios (colegio, ropa, libros de texto, uniforme escolar en su caso, material escolar de inicio del curso, etc...) ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta o libreta bancaria a nombre de los dos y del menor en la que domiciliarán tales gastos, y en la que deberán ingresar una cantidad que será de 125 € la Sra. P. y de 100 € el Sr. Z., a abonar por anticipado en los cinco primeros días de cada mes y con efectos desde el 1 de septiembre de 2014 hallándose la citada cantidad sujeta a las variaciones que al alza o a la baja experimente el

1 de enero de cada año el Índice de Precios al Consumo que anualmente haga público el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Para el supuesto de que antes de finalizar el mes el saldo de la cuenta sea inferior a 50 €, ambos progenitores deberán proceder a ingresar la suma indicada.

La Sra. P. abonará el 50% y el Sr. Z. el restante 50% de los gastos extraordinarios necesarios del hijo menor tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, actividades extraescolares de clases particulares de refuerzo, y deportivas o similares, entre otras. Los gastos extraordinarios no necesarios tales como colonias de verano y otros periodos vacacionales etc... se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

Desde esta misma fecha y con efectos de 1 de julio de 2014 queda sin efecto la obligación del Sr. Z. de abonar la cantidad fijada en el auto de medidas provisionales para el levantamiento de cargas familiares.

4º/ La disolución del régimen económico matrimonial.

Todo ello sin efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas.”

**TERCERO.-** Interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ferrando Hernández recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado a la parte contraria, presentado su oposición dentro de plazo.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 17 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> María del Mar P. G. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Zaragoza, el 11 de julio de 2014, debemos revocar y revocamos la misma concediendo a dicha recurrente la custodia individual del hijo menor Aarón, con ejercicio conjunto de la autoridad familiar,

ratificando y manteniendo el régimen de visitas entre padre e hijo instaurado en dicha Sentencia.

Se establece a cargo del padre y a favor del hijo una pensión alimenticia de 150€ mensuales, pagadera en los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme a la variación que experimente el IPC, abonándose los gastos extraordinarios del menor al 50% por los progenitores.

Se mantiene la atribución del uso del turismo a favor de la Sra. P.

No procede hacer declaración de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada.”

**CUARTO.-** La Procuradora de los Tribunales Sra. Muñoz Rome en nombre y representación de D. Francisco Z. M., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que basó en infracción por inaplicación de lo establecido en el art. 80.2, 80.2 c) y 80.5 del CDFA y en vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó auto en fecha 8 de abril de 2015 por el que la Sala acordó admitir a trámite el recurso de casación e infracción procesal interpuesto y dar traslado del mismo a la parte contraria, presentando escrito de alegaciones la parte recurrida, oponiéndose al mismo, así como el Ministerio Fiscal, solicitando éste la desestimación del recurso.

En fecha 27 de mayo de 2015, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2015.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** D. Francisco recurre la sentencia dictada por la Audiencia por infracción procesal y por casación, que, en contra del criterio sustentado por la de divorcio de primera instancia, atribuye a D<sup>a</sup>. María del Mar la custodia del hijo del matrimonio que contrajeron el día 7 de diciembre de 2002, Aaron, nacido el día 29 de julio de 2007.

El único motivo de infracción procesal, con base en el art. 469.1.4º LEC, afirma vulneración del art. 24 CE, al haber incurrido la Sala en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada en autos.

La casación se asienta en tres motivos. En el primero se denuncia infracción por aplicación indebida del art 80.2 CDFA, en cuanto desconoce la preferencia legal por la custodia compartida; en el segundo, la infracción por aplicación indebida del art. 80.2.c), por la valoración de la opinión del menor manifestada en la exploración del mismo al decidir la custodia individual; y, finalmente, en el tercer y último motivo se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 80.5 CDFA, en cuanto impide que la mera objeción de uno de los progenitores a la custodia compartida sea suficiente para denegarla.

**SEGUNDO.-** Recurso por infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.

Es doctrina jurisprudencial que recuerda la STS 649/2014 | Recurso: 2691/2012:

*“Es preciso recordar de nuevo que la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24 .1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad.*

*El error en la valoración de la prueba que puede ser denunciado a través de este recurso extraordinario debe ser patente, es decir,*

*«inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia» (sentencia de esta Sala de de 16 abril 2014, recurso 2340/2011 ) de modo que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración» (sentencia de esta Sala núm. 75/2014, de 4 de marzo).*

No es claro si lo que sirve de fundamento a su recurso es que la Sala haya ignorado el informe pericial realizado por los peritos judiciales – trabajadora social y psicóloga adscritos al Juzgado de Familia-, o si lo que afirma es que la Sala ha incurrido en un craso error en la valoración de la prueba. El hecho de que incluya esta cuestión en el motivo de infracción procesal al amparo del art. 24 CE hace que nos inclinemos por la segunda de las opciones, esto es, que lo que sostiene es que la Sala ha incurrido en un craso error en la valoración de esta prueba, que puede dar lugar al motivo que se hace valer de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que ha quedado enunciada.

Pues bien, la Sala razona en su fundamento de derecho segundo:

*“Es cierto que el Juzgador de instancia funda su decisión en el informe pericial, practicado (folio 145 y siguientes de las actuaciones), sin embargo, el mismo adolece de contradicciones relevantes. . .*

*Así, señala que tiene dificultades el Sr. Z. para defender su criterio y enfrentarse a otros, mostrando una actitud pasiva y dubitativa sobre decisiones a adoptar respecto de su hijo, basando su relación con el menor en aspectos afectivos, sin involucrarse efectivamente en las responsabilidades concernientes al menor, y, tras constatar esto, atribuye a la Sra. P. tendencia a ejercer control sobre el hijo y a asumir la responsabilidad en la toma de decisiones, lo que podría dar lugar a una dependencia del menor respecto de ella.*

*Si el padre ha adoptado una actitud de dejadez y pasividad en sus cometidos familiares, está claro que es necesario que otro de los integrantes del núcleo familiar asuma las responsabilidades, en especial, las referentes al cuidado y desarrollo del hijo menor, sin que pueda tacharse de forma negativa dicha disposición, cuando se pone, además, de relieve la falta de implicación del padre en las parcelas fundamentales del hijo.*

*La psicóloga recoge la negación del padre sobre el consumo de tóxicos, que, sin embargo, mantiene la madre, señalando no detectar sintomatología, que respecto al cannabis sólo podría referirse al momento exclusivo de la entrevista”.*

La Sala, como se ve, no ha ignorado el informe. Por el contrario, lo ha analizado de forma expresa en el razonamiento que la conduce a la revocación de la sentencia y a cambiar el sistema de guarda de custodia compartida que había sido decidido por el juzgador de primera instancia, por el de guarda individual a favor de su madre, y la cuestión es si las premisas fácticas de las que parte para tal conclusión han sido extraídas de dicho informe con una valoración viciada por un manifiesto y palmario error.

Pues bien, el examen de la mencionada prueba no evidencia tal error. Si se profundiza en el razonamiento de la Sala, los datos fácticos que extrae del informe son:

-que el Sr Z. tiene dificultades para defender su criterio y enfrentarse a otros, mostrando una actitud pasiva y dubitativa sobre decisiones a adoptar respecto de su hijo

-que no se involucra efectivamente en las responsabilidades concernientes al menor

- que esta actitud es la que provoca la actitud dominante de la madre

Y ciertamente tales elementos resultan de la prueba de mención, en la que puede leerse:

*“Del proceso de valoración se extraen dificultades para defender su propio criterio y escasa capacidad de enfrentarse a otros por temor a perder su afecto o al propio enfrentamiento.”*

*“Expresa dudas sobre las decisiones puede tomar acerca de su hijo. Observando en este sentido una actitud pasiva del progenitor respecto a estas decisiones.”*

*“El padre ha tenido una actitud pasiva, basando su relación con el menor más en aspectos afectivos que en involucrarse efectivamente en las decisiones sobre este, aceptando las condiciones establecidas por la madre.*

*En la actualidad, trata de cambiar esta situación solicitando más tiempo con su hijo que le permita implicarse de manera más efectiva.”*

Es cierto que en el informe se contienen también otras apreciaciones, como la equiparación de situación convivencial de los dos progenitores, ambos con sus respectivos padres, y con adecuado apoyo familiar, que no existe en ninguno de los progenitores limitaciones para afrontar el cuidado del menor, lo que hace que puedan cubrir las necesidades afectivas y de desarrollo del mismo, y que ambos disponen de apoyos para conciliar la vida familiar y laboral, pero tales apreciaciones no han sido omitidas en la valoración hecha por la Sala, sino que las incorpora a su razonamiento para concluir que en el conjunto del informe resultan contradicciones, relevantes, como es de ver en el pasaje mas arriba transcrito.

Las razones expuestas por la sentencia recurrida al concluir de la prueba pericial como lo hizo distan mucho de ser *absurdas o contrarias a los principios elementales de la lógica y de la experiencia*, condición que es precisa para que pueda ser estimada la infracción procesal por vulneración del art, 24 CE en el juicio de hecho.

Por el contrario, ha hecho uso de las atribuciones de plenitud sobre tal juicio que le corresponden como órgano de segunda instancia, y así lo hace

ver la sentencia del TS más arriba citada, en la que reitera y hace manifiesto su desacuerdo con el criterio restrictivo con el que algunas Audiencias Provinciales acometen la revisión de la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez a quo cuando la apelación se funda precisamente en el error cometido por dicho juzgador en los siguientes términos:

*“En él [juicio de segunda instancia] la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez "a quo". Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 212/2000, de 18 de septiembre ), y así lo ha declarado esta Sala, a la que cualquier pretensión de limitar los poderes del tribunal de apelación le ha merecido « una severa crítica» ( sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1991 , y núm. 808/2009, de 21 de diciembre).”*

Por todo ello, la impugnación por la infracción procesal que se atribuye a la sentencia recurrida ha de ser rechazado.

### **TERCERO.-** Motivos de casación.

Los tres motivos, atribuyen a la sentencia de la Audiencia infracción por aplicación errónea de distintos apartados del art. 80 del CDFA, y todos se hallan dirigidos a combatir la decisión de atribuir la custodia individual del menor a la madre en contra de los criterios dispuestos en dicho precepto.

Comenzando por el segundo y tercer motivo.

El segundo afirma vulneración del art. 80.2.c) CDFA, que exige atender para determinar si el de custodia compartida es el sistema de custodia que reclama el interés de los hijos, entre otros factores a:

*c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*

Tampoco se advierte aquí con claridad si el motivo del recurso se asienta en que la exploración del menor no fue una prueba adecuada, o en que su consideración como criterio para decidir la custodia individual de la madre es contraria a la doctrina de esta Sala contenida en sus STSJA dictadas en los RRCC 14/2013 y 37/2013, en la que se advierte que la opinión del menor no debe ser tomada como un criterio decisivo, sino que ha de ser valorada en atención a los demás elementos a que el art. 80 CDFFA ordena atender.

Pues bien, cualquiera que sea su fundamento el motivo ha de ser rechazado.

Si lo que se sostiene es lo primero, por cuanto que la prueba de exploración acordada por la Sala por auto de 19 de noviembre de 2014 no ha sido objeto de impugnación, en contra de lo que exige el art. 469.2 LEC, es requerida entre otros preceptos generales, por los arts. 76.4 y precisamente por el que se dice infringido, y no ha sido evidenciado que el menor careciera de madurez bastante para que la prueba pudiera ser tachada de inútil o impertinente, madurez que a los efectos perseguidos debe ser reconocida a un menor de 7 años cumplidos, como el de autos, al que el mismo recurrente le reconoce suficiente autonomía para distribuir los períodos de convivencia a los efectos de reclamar el sistema de custodia compartida.

Y si lo que se sostiene es lo segundo, porque no es cierto que la Sala haya tenido por decisiva la opinión del menor, pues nada de lo argüido en la sentencia permite concluir que ello haya sido así. Por el contrario, la opinión del menor, favorable a la decisión tomada, es tomada en cuenta en unión de los demás elementos probatorios, en particular el dictamen pericial por cuyo

examen principia el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia.

**CUARTO.-** En lo que toca al tercero de los motivos de casación.

Se afirma en él vulneración por aplicación indebida del art. 80.5 CDFA. Conforme a dicha norma:

*“La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor!”*

En el desarrollo del motivo se dice que ha quedado acreditado que la madre se opuso en todo momento a la custodia compartida y a la existencia de comunicaciones regulares entre progenitor e hijo, pero aún cuando ello fuera cierto, la sentencia no hacer referencia alguna en su motivación a que esta oposición hubiera sido uno de los elementos que contribuyó a formar el criterio de la Sala, por lo que difícilmente puede haberse producido la infracción que se denuncia.

**QUINTO.-** Finalmente, y por lo que se refiere al primero de los motivos de casación.

Aduce vulneración por aplicación indebida del art. 80.2 CDFA, y su desarrollo afirma que la Sala ha infringido el criterio establecido en dicho precepto al determinar el sistema de custodia del menor.

De acuerdo con el precepto que se dice vulnerado:

*2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá*

*presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

- a) La edad de los hijos.*
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.*
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

El recurrente hace expresa mención a todos y cada uno de los factores enumerados en el precepto y concluye infracción de todos ellos, a excepción del recogido en la letra c).

No obstante, para ello, hace caso omiso de las declaraciones de hecho que se contienen en la sentencia de apelación e incluso del contenido de la pericial, como ocurre con la implicación activa del padre en la crianza y educación del menor que afirma en el recurso, sin base alguna en los hechos de la sentencia ni en la pericial de la que la extrae, pues en dicha prueba tal afirmación se atribuye al padre en cuya boca se pone (pag. 4).

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.

En el presente caso, la Sala ha atendido a los siguientes factores: 1) la actitud pasiva del padre en sus cometidos familiares, 2) su inestabilidad laboral; 2) la falta de contribución del padre al sostenimiento del hijo desde la ruptura a mediados de 2012 hasta el dictado del auto de medidas provisionales el 21 de febrero de 2014; y, 3) la voluntad del menor de vivir con su madre y no con su padre.

De todo ello concluye que no ha sido probado que el padre pueda asumir de forma responsable el cuidado y atención del menor de forma responsable en orden a su correcto desarrollo, ni que haya planificado al margen de sus familiares la asunción de los cometidos y decisiones que implica la custodia del hijo, y que por ello la custodia individual se revela como la medida más beneficiosa para el interés del menor.

La Sala ha tomado su decisión, por tanto, sin apartarse de los mandatos establecidos en la norma que se afirma infringida, sin que corresponda a esta Sala corregir su criterio, dada la finalidad exclusivamente nomofiláctica del recurso de casación.

**SEXTO.-** Las costas se rigen por el art. 398 LEC, si bien la naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer aplicación estricta de principio del vencimiento. El depósito para recurrir se sujeta a la DA 15 LOPJ

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

### **FALLAMOS**

1. Desestimar el recurso por infracción procesal y casación interpuesto contra la sentencia de fecha 17-2-2015 dictada por la sección segunda de la

Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo de Apelación nº 448/204, que confirmamos.

2. No hacer pronunciamiento sobre las costas.

3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no caber recurso alguno.

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.