



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Casación 49/2015

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

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

En Zaragoza, a dieciséis de diciembre 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 número 49/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 30 de junio de 2015, recaída en el rollo de apelación número 214/2015, dimanante de autos de divorcio número 393/2014 (dos tomos), seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Luis Á. L. representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Mestre Gutiérrez y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Carmen Gloria González Marco, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. María Amaya S. L., representada por el Procurador de los Tribunales D. José María Angulo Saínz de Varanda y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. Mercedes Bayo García, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales D. Fernando Maestre Gutiérrez actuando en nombre y representación de D. José Luis Á. L., presentó demanda de divorcio contra D<sup>a</sup>. María Amaya S. L. 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 “por la que acuerde la disolución del vínculo matrimonial, con los siguientes efectos y medidas definitivas:

1º.- La autoridad familiar será compartida por ambos padres, siendo igualmente compartida la guardia y custodia, por semanas alternas y régimen de visitas y de vacaciones conforme a lo expuesto en el Primer Otrosí de la solicitud como Plan de Relaciones Familiares de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 del Código de Derecho Foral Aragonés.

2º.- Se atribuya el uso del domicilio familiar sito en Zaragoza, Barrio de Miralbueno, al padre, quedando para la madre la vivienda sita en el Barrio de Montecanal.

3º.- Se acuerden la distribución del endeudamiento familiar y sostenimiento de las cargas en los términos solicitados en el Hecho Séptimo y la propuesta de Pacto de Relaciones Familiares y no siendo procedente el establecimiento de una pensión de alimentos por ser bastantes los ingresos de ambos progenitores para hacerse cargo de la alimentación de los hijos en el tiempo que estén en su compañía, quedando los gastos de enseñanza distribuidos entre ambos progenitores en un 60% a cargo del padre y un 40% a cargo de la madre y los de ropa y gastos extraordinarios a sufragar al 50% por ambos progenitores.

4º.- Se acuerde la disolución del consorcio por decisión judicial a fecha 1 de abril de 2013, por llevar en ese momento los cónyuges separados de hecho más de un año.

Subsidiariamente y para el caso de que no se estime adecuado fijar la disolución del consorcio a fecha 1 de abril de 2013, se solicita que se acuerde

a fecha 1 de enero de 2014, por ser a partir de este mes en el que además de llevar más de un año sin vivir separados, separan cuentas e ingresos.

Subsidiariamente a lo anterior se retrotraigan los efectos de la disolución de la comunidad al momento de admisión a trámite de la demanda.

5° Se acuerde la comunicación de oficio de la sentencia al Registro Civil en el que se encuentra inscrito el matrimonio, a los efectos de su inscripción.

6° Costas.”

Por otrosí presentó Plan de Relaciones Familiares y solicitó la práctica de prueba.

**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.

Dentro de plazo concedido, la parte demandada contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, solicitando que previos los trámites legales, incluso el recibimiento a prueba, se dictase sentencia por la que, “se declare el Divorcio del matrimonio existente entre mi representada y su esposo, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, acordando adoptar como medidas definitivas las propuestas en el Plan de Relaciones descrito en el Hecho Octavo de esta contestación y que reproducimos en lo esencial:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar compartida por ambos progenitores.

2.- La atribución de la guardia y custodia de los tres hijos menores del matrimonio para la madre.

3.- Uso y disfrute del domicilio familiar, sito en calle Ibón ... de esta ciudad para la esposa y los hijos.

4.- El régimen de estancias y vacaciones con el progenitor no custodio según lo expuesto en el apartado número 3 del Plan de Relaciones.

5.- Pago en concepto de gastos de asistencia a los hijos por importe de 4.500,-€ mensuales que deberá abonar el padre.

6.- Pago de las hipotecas en un 70% del importe por el esposo y en 30% por la esposa.

7.- Uso del vehículo BMW para la esposa y del Golf para el esposo.

8.- Se acuerde la disolución del consorcio desde la fecha de admisión de la demanda, según ley.”

**TERCERO.-** 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 1 de diciembre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLO.- Que estimo la demanda de divorcio interpuesta por el Procurador D. Fernando Maestre Gutiérrez en nombre y representación de D. José Luis Á. L. contra D<sup>a</sup> Amaya S. L. al existir causa legal para ello, que se registrará por las siguientes medidas:

1) Se atribuye a la madre D<sup>a</sup> María Amaya S. L., manteniéndose ello no obstante la titularidad de la autoridad familiar por ambos progenitores, fijando para el padre D José Luis Á. L., un régimen de visitas consistente en:

-Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio/o recogida en el transporte escolar hasta el lunes a la entrada del colegio o acompañamiento al transporte escolar. De resultar festivo el viernes o lunes del fin de semana correspondiente el día festivo se incorporará al fin de semana produciéndose la recogida de los menores en caso de ser festivo el viernes, el jueves y de ser festivo el lunes, el acompañamiento será la mañana del martes.

-La tarde de los miércoles de todas las semanas en que el señor Ávila recogerá a los hijos menores del colegio/transporte escolar y los acompañará al mismo a la mañana siguiente.

-Vacaciones escolares de Navidad: Se dividirán por mitad, correspondiendo el primer período al tiempo comprendido entre el inicio de las vacaciones escolares y el 30 de diciembre a las 20 horas y el segundo período desde el 30 de diciembre a las 20 horas hasta el día del reinicio de la actividad escolar. Cada uno de estos periodos corresponderá a la estancia del

menor con uno de los progenitores. La elección de periodos en los años de inicio de la festividad impares corresponderá a la padre y en los años pares (incluyendo los terminados en 0) elegirá la madre debiéndose hacer saber esta elección por un medio del que quede constancia con al menos quince días de antelación al inicio. El día de Reyes los menores estarán con el progenitor no custodio desde las 17:30 hasta las 19:30 horas de tal día.

-Vacaciones de Semana Santa: Se dividirán por mitad desde el inicio de las vacaciones escolares hasta la finalización de las mismas, eligiendo la mitad la madre en los años pares y en los años impares el padre, debiéndose hacer saber esta elección por un medio del que quede constancia con al menos quince días de antelación. El intercambio se hará a las 20:00 horas del día intermedio.

-Vacaciones de verano: Se dividirán por quincenas, contando únicamente los meses de julio y agosto, eligiendo la madre los años impares y el padre los años pares. Dichas quincenas serán desde las 10 horas del 1 de julio hasta las 10 horas del día 16 de julio, desde las 10 horas del 16 de julio a las 10 horas del 1 de agosto, desde las 10 horas del 1 de agosto a las 10 horas del 16 de agosto y de las 10 horas del 16 de agosto a las 20 horas del 31 de agosto. Se elegirán siempre de forma alterna, debiéndose hacer saber esta elección por un medio del que quede constancia con al menos quince días de antelación al inicio.

Salvo cuando se realicen el centro o en el transporte escolar, las entregas y recogidas de los menores se realizarán en el domicilio materno.

Durante el tiempo en que el hijo esté con uno de los progenitores, el otro podrá tener contacto telefónico con el mismo, contacto que se deberá realizar con una duración prudente y a unas horas no intempestivas que no afecten a la actividad escolar o de esparcimiento que pueda tener el hijo con el progenitor con quien en ese momento se encuentre.

Todos los periodos vacacionales interrumpirán la alternancia de fines de semana. Tras su finalización se reanudará conforme al orden establecido, de tal forma que disfrutará del primer fin de semana tras el periodo vacacional el progenitor que no haya disfrutado el último fin de semana al inicio del periodo.

2) Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en Miralbueno, C. Ibón y su ajuar a D<sup>a</sup> Amaya S. L., por un periodo de cinco años desde la fecha de esta sentencia, pudiendo el Sr. Á. retirar (de no haberlo hecho ya) sus propios enseres y ropas personales.

Se atribuye el uso de la otra vivienda de la familia sita en el Barrio de Montecanal, y su ajuar a D. José Luis Á. L., por un periodo de cinco años desde la fecha de esta sentencia, pudiendo la Sra. S. retirar (de no haberlo hecho ya) sus propios enseres y ropas personales.

Cada uno de los usuarios de las viviendas durante ese tiempo deberá asumir los gastos derivados del uso (suministros y derramas ordinarias de la propiedad) mientras que ambos litigantes deberán asumir por mitad los vinculados a la propiedad (IBI, cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios, seguro del inmueble de existir...).

En cuanto a los préstamos hipotecarios que afectan a ambos inmuebles con una garantía hipotecaria, y respecto de ambos préstamos serán hechos efectivos por el señor Á. en un 70% y por la señora S. en un 30%.

4) Como contribución a los gastos y alimentos de los hijos, D. José-Luis Á. L. abonará a D<sup>a</sup> Amaya S. L. la cantidad de 2.550€ mensuales (850 € por cada hijo) dentro de los cinco primeros días de cada mes en el domicilio o cuenta bancaria que D<sup>a</sup> María Amaya S. L. designe y será actualizada anualmente en función de las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.

La contribución a los gastos extraordinarios necesarios se hará en una proporción por señor Á. del 70% y por la señora S. en un 30% teniendo la consideración de tales aquellos que no tengan una periodicidad continuada (entre ellos se incluyen los libros y material escolar, uniformes o semejantes). Los gastos extraordinarios no necesarios serán abonados en la forma acordada y en su defecto por aquel de los progenitores que haya decidido llevarlos a cabo.

5) El uso del vehículo BMW Z4 matrícula ...se asigna a D<sup>a</sup> Amaya S. L., mientras que al padre se asigne el del VW Golf matrícula ...se hace a D. José Luis Á. L., haciéndose cargo cada uno del pago los costos de

mantenimiento y suministros así como los impuestos seguro y gastos de la ITV.

6) Se declara la disolución del consorcio conyugal debiéndose proceder a su liquidación.

Todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes.”

A petición de la Sra. S., se dictó auto aclaratorio no dando lugar a la solicitud. También dictó dicho Juzgado auto de aclaración/complemento, a petición de la representación procesal del Sr. Á., dando lugar a la solicitud aclarando la sentencia en el sentido de “retrotraer los efectos de la disolución del consorcio matrimonial a la fecha de admisión a trámite de la demanda origen de los presentes autos”.

**CUARTO.-** Interpuesto por ambas partes recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, se dio traslado a las contrapartes, presentado su oposición al planteado de contrario y el Ministerio Fiscal oposición a ambos.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“FALLAMOS.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **DOÑA MARÍA AMAYA S. L.** y desestimando el formulado por **DON JOSÉ-LUIS Á. L.** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, aclarada por Auto de 30 de diciembre de 2014, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el único sentido de elevar a 3.000 € mensuales la pensión alimenticia estipulada para los tres hijos a cargo del padre.*

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

**QUINTO.-** La representación legal de D. José Luis Á. L. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver. Por auto de 1 de octubre de 2015 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición, presentándose dentro de plazo, oponiéndose al recurso planteado de contrario, estimando el Ministerio fiscal que “en la sentencia recurrida en casación no se infringe el precepto invocado (artículo 80.2 CDFA) por lo que se considera que procede desestimar el recurso de casación, puesto que la sentencia recurrida es, en este apartado, conforme a Derecho.”

Por providencia de fecha de 16 de noviembre pasado, no habiéndose solicitado la celebración de vista, y no considerándola necesaria por la Sala, se señaló para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2015.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El único motivo de casación que se hace valer contra la sentencia recurrida es la vulneración del art. 80.2 CDFA por no haber respetado el criterio legal sobre el régimen de custodia de los hijos menores en caso de ruptura de convivencia de los progenitores.

Las sentencias de las dos instancias coinciden en atribuir a la madre la custodia individual de los tres hijos menores habidos en el matrimonio que el actor, D. José Luis, y la demandada, D<sup>a</sup> María Amaya, contrajeron el día 24 de febrero de 2001: Jorge y Paula, nacidos ambos el día 18 de julio de 2003, e Inés, nacida el día 20 de abril de 2007.

El juzgador de primer grado, si bien entiende que no son impedimento para la custodia compartida ni la edad de los menores, ni la disponibilidad de vivienda idóneas por ambos progenitores, señala como factor determinante

para su decisión, además del criterio favorable a la custodia individual del informe elaborado por la psicóloga adscrita, la mayor disponibilidad de tiempo de la madre para ocuparse de los menores, que contrasta con el escaso tiempo que el padre puede dedicarles, que determina que *durante prácticamente la mitad del tiempo en que -el padre- tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar*, situación que considera *que no es compatible con un régimen de guarda y custodia compartida*.

Por su parte, la Sala de apelación ratifica la estimación de que el padre dispone de escaso tiempo para el cuidado de su progenie, y así señala que *la flexibilidad horaria que alega el padre no existe, ni tampoco ha acreditado haya reducido su horario laboral para hacerse cargo de sus hijos, asistencia a tutorías médicas de los menores, tareas escolares, provisión de vestuario, recogidas del colegio, y un largo etcétera*, y aclara que *no se cuestiona la ayuda de terceras personas necesaria para todo trabajador, sino la total delegación de las funciones parentales en ellas, cuando, además, el otro progenitor tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores*.

A tal razón añade la Audiencia en apoyo de la custodia: 1) que el padre *nunca ha atendido la intendencia diaria y habitual de los tres hijos*, de tal forma *que ha sido la madre la figura cuidadora de los mismos en la que ha delegado el padre tales cometidos mientras se dedicaba, en exclusiva, al ejercicio de su profesión*; 2) que *altera innecesariamente el sistema de vida de los tres hijos* –que se encuentran al cuidado de la madre por haber sido decidido así de mutuo acuerdo desde el mes de marzo de 2012 cuando se produjo la ruptura de convivencia –; y 3) que los menores han expresado su deseo de seguir viviendo con su madre y no introducir cambios en su vida.

El recurrente sostiene en su motivo que la sentencia recurrida vulnera el art. 80.2 CDFA por las razones que enuncia: A) toma como punto de partida para el mantenimiento de una custodia individual los roles establecidos por los progenitores constante matrimonio; B) toma en cuenta la opinión de los menores; C) valora la disponibilidad horaria del padre sin

entrar a valorar la de la madre; D) valora la necesidad de ayuda de terceras personas para conciliar la vida familiar y laboral; E) toma en cuenta el informe psicológico. De todas estas razones concluye que *las pruebas practicadas, incluida la pericial psicológica, no ponen de manifiesto que una custodia compartida redunde en sentido alguno en perjuicio de los menores.*

**SEGUNDO.-** De acuerdo con el art. 80.2 CDFA:

*“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.”*

Como hemos indicado en múltiples ocasiones (sentencias de 30 de septiembre de 2011, de 9 de febrero de 2012, 11 de marzo de 2013) el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener

suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales.

De otro lado hemos, dicho en nuestra sentencia de 30 de junio 2015:

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

La cuestión es, por tanto, si el recurso da razones suficientes para entender que la decisión contraria a la custodia compartida se atiene o no a los criterios señalados por la norma, bien entendido que a tal fin, y dado que no han sido discutidos los hechos tenidos como acreditados en la instancia por la vía de infracción procesal, ha de partirse del supuesto de hecho configurado en ella, lo que conduce necesariamente a la desestimación de todo motivo que lo desconozca, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, nº Sentencia: 417/2015 | Recurso: 1440/2013:

*“La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014. Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer*

*supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011 , 19 abril 2013 , 11 junio 2013 , 6 febrero 2015 .”*

**TERCERO.-** Pues bien, en el caso la sentencia recurrida da razones más que suficientes para apartarse del criterio legal de la custodia compartida, pues ninguna de las dadas en contra de ella es bastante para sostener la vulneración del precepto que se señala como infringido.

Por lo que se refiere a la razón enunciada como A), es cierto que esta Sala ha afirmado que los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura, así en la STJA nº 13/2011, Recurso: 17/2011 dijo:

*“Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese período, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro.”*

Pero en el presente caso, la distribución de roles durante el matrimonio fue continuada de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura en marzo de 2012, y solo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, como resulta de los argumentos expuestos en la sentencia recurrida que se dejan más arriba expresados, no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión, sino que lo son las posibilidades de compatibilizar las vida laboral y familiar.

**CUARTO.-** En cuanto la razón B), no se discute que los menores han expresado su voluntad con el sistema de custodia pactado por los padres en el momento de la ruptura de la convivencia.

Es cierto que su opinión ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor, y así lo ha señalado entre otras la Sentencia de esta Sala nº 36/2013, Recurso 14/2013:

*“A este respecto esta Sala ha dicho (sentencia de 19 de octubre de 2012 ) que la opinión del menor es uno de los factores indicados en el artículo 80.2 CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente para la adopción del régimen de custodia, dependiendo de su madurez pues a mayor madurez mayor relevancia tendrá su opinión, especialmente en los mayores de catorce años ( sentencias de 16 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2013).*

*En las más recientes, de 10 de julio de 2013 respecto a una niña de 10 años, de 16 de julio de 2013 sobre menores de 9 y 10 años, y de 17 de julio de 2013 respecto a un niño de 11 años, hemos manifestado que la escasa edad y madurez de estos niños no permite atribuir a su criterio carácter determinante, y que pueden aportar datos que puedan ser relevantes pero su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, no les permitirá valorar hasta qué punto puede ser perjudicial uno u otro régimen de custodia.*

*Afirmado lo anterior respecto a niños entre 9 y 11 años de edad, nos permite deducir que difícilmente una niña de apenas seis años puede aportar, salvo casos excepcionales, datos o circunstancias (nada más podría pedírsele) que arrojen más luz sobre la conveniencia de un régimen u otro. Máxime teniendo en cuenta que ya había sido oída por la psicóloga del Juzgado. El suficiente juicio respecto de los menores de doce años debe ser ponderado con sumo cuidado cuando se trata de enfrentarlos a una exploración en sede judicial.”*

En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno de los elementos más para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones, como la 9/2015, Recurso: 13/2015.

**QUINTO.-** La razón C señala la valoración hecha por la sentencia recurrida de la disponibilidad de los padres para el cuidado de los hijos.

Pues bien, es elemento de hecho que se sienta como probado en la instancia que la madre *tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores* y que, por el contrario, por razón de la dedicación exclusiva del padre a su trabajo *durante prácticamente la mitad del tiempo en que -el padre- tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar*, tal conclusión fáctica no ha sido convenientemente impugnada por la vía procesal adecuada, sino se que pretende discutir mediante motivo de casación, lo que está llamado al fracaso de acuerdo con la doctrina sentada en el anterior fundamento de derecho segundo.

**SEXTO.-** Lo mismo cabe decir de la razón D, pues no hace sino reiterar la discrepancia sobre la escasa o nula disponibilidad que para cuidar a sus hijos tiene el padre que las dos sentencias de instancia sientan como probada; por lo demás esta Sala no puede sino compartir el criterio sustentado en la sentencia de primer grado de que la encomienda de los hijos

a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia por quien pretende que esta sea compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales en los casos de ruptura familiar, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el precepto que se dice infringido, como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

**SÉPTIMO.-** Finalmente, con en el enunciado E se pretende como motivo de casación que la sala lleve a cabo la valoración del dictamen pericial.

Pues bien, el expresado dictamen es objeto de valoración por el juzgador de primer grado en los siguientes términos:

*Junto con lo anterior y de cara a decidir en torno a esta cuestión, se cuenta en autos con el informe elaborado por la psicóloga adscrita al juzgado y de fecha el 19 de noviembre de 2014. En él se detalla la situación de los tres hijos menores con la buena adaptación a su entorno y a sus circunstancias actuales conservando todos los menores una positiva imagen de los progenitores con quienes mantienen buenas relaciones tanto con ellos como con sus entornos familiares aunque verbalizando se preferencia de continua viviendo con su madre. En lo que respecta a las condiciones de los progenitores, respecto a los del señor Á. se alude a que trabaja como traumatólogo en la clínica ... con horarios de mañanas, sin bien a esto se añaden tres o cuatro guardias al mes y un fin de semana de cada siete. En cuanto a la tardes se indica que trabaja tres tardes que son las de lunes martes y jueves en la “Policlínica S.”. Finalmente se alude a su actividad docente de formación tanto de Zaragoza como fuera de esta ciudad. En lo que afecta a la condiciones de la Sra. S., se alude a su trabajo en el servicio de urgencias del hospital ... con el régimen de guardias antes mencionado. Tras exponer lo que son las manifestaciones de los progenitores y de no tener inconveniente la madre en una relación amplia y frecuente entre hijos y padre y la actitud*

*del padre de estar frecuentemente con sus hijos, el informe detecta en lo que respecta al Sr. Á. carencias en cuanto a sus condiciones de disponibilidad y planificación y organización de su vida junto con sus hijos y que ya se habían generado durante el cumplimiento del sistema de visitas. Es por ello que este informe, tras reiterar la idoneidad del buen diálogo y fluidez en la relación entre los progenitores, recomienda el mantenimiento de las medidas vigentes en la actualidad, esto es, que los tres menores continúen viviendo con la madre.*

Y lo que pretende el recurrente con el razonamiento que ahora se estudia no es ya que la Sala juzgue la valoración del dictamen por el juez de primer grado, sino que lo que el recurrente discute es el dictamen pericial mismo, todo lo cual se halla fuera del alcance del recurso de casación, por lo que también esta razón ha de ser rechazada.

Como corolario de todo lo anterior, hemos de concluir que en el presente caso la sentencia impugnada razona debidamente sobre los elementos que señala el legislador aragonés que permiten eludir el sistema de custodia compartida a favor de la individual que acuerda, por lo que el recurso ha de ser rechazado.

**OCTAVO.**- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien la especial naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

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

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

**FALLAMOS**

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2015 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 214/2015.

2. No hacer imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.