



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 60 de 2015

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

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

En Zaragoza, a diecisiete de febrero 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 nº 60/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 29 de septiembre de 2015 recaída en el rollo de apelación número 277/2015, dimanante de autos de Modificación de Medidas 471/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente D. Diego M. P., representado por el

Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Rafaela Poyato Gómez, y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Beatriz G. E., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Elena Ferrer Barceló y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. Consuelo Asensio Andrés, siendo parte el Ministerio Fiscal.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu, actuando en nombre y representación de D. Diego M. P., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 5 de Zaragoza demanda en solicitud de Modificación de Medidas de Divorcio contra D<sup>a</sup>. Beatriz G. E. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que “estimando la presente demanda se apruebe la modificación de las medidas solicitadas y en concreto la de las cláusulas tercera a quinta ambas inclusive y segunda del convenio referido, sustituyéndolas por las referidas en el pacto de relaciones familiares que se acompaña. Y todo ello de conformidad con lo alegado en el cuerpo de este escrito.”

Por otrosí solicitó la práctica de pruebas.

Requerido el actor para subsanar el escrito presentado por el que debía de fijar con claridad y precisión el suplico de la demanda, presentó éste, dentro de plazo, en el que al igual que el primero, expuso los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando “dicte sentencia por la que estimando la presente demanda se acuerde la modificación de medidas solicitada, aprobando el Plan de Relaciones Familiares que se acompaña y en concreto se acuerde la modificación de las medidas segunda a quinta del referido convenio, las cuales deberán quedar de la siguiente manera:

**SEGUNDA.-** El uso del que fue domicilio familiar sito en M. de H. (Zaragoza), calle R. E. 2, casa 11, se siga ostentando por la esposa, hasta la venta del inmueble, salvo que la misma conviva de forma habitual con

tercera persona, en cuyo caso cesaría el derecho de uso, procediéndose por los copropietarios a fijar un alquiler o uso alternativo entre los mismos, y en caso de no ser posible el acuerdo en este sentido, a la venta inmediata del inmueble.

TERCERA.- Que la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio, Néstor y Marcos, sea compartida por ambos progenitores por meses alternos.

La patria potestad queda compartida hasta la mayoría de edad de los menores, en cuyo ejercicio primará siempre el interés de los hijos.

CUARTA.- Como régimen de visitas y a favor del progenitor que no ostente la guardia y custodia en ese momento, se fijará el siguiente:

A.- Los padres podrán pactar de acuerdo con sus necesidades y horarios laborales el régimen de visitas que estimen oportuno.

B.- EN CASO DE DESACUERDO.- El padre o la madre podrán tener a los hijos en su compañía desde el viernes a la salida del colegio o en caso hasta las 10.00 am. La entrega y recogida de los menores se realizará en el colegio siempre que sea periodo lectivo o en su defecto en el domicilio del progenitor que en cada momento ostente la custodia.

Igualmente cada progenitor podrá tener consigo a los hijos una tarde entre semana, desde la salida del colegio o en su caso desde las 17 horas hasta las 20 horas, a elección del progenitor no custodio en cada momento, debiendo comunicarlo al otro con 48 horas de antelación, produciéndose la entrega y recogida de igual modo que los fines de semana.

B.1.- Los periodos de vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad se dividirán por mitades partes conforme a lo siguiente:

NAVIDAD: el primer periodo se iniciará el primer día vacacional a las 20.00 horas, hasta el 31 de diciembre a las 10.00 horas, y el segundo periodo comenzará a las 10.00 horas del citado 31 de diciembre y finalizará el día inmediatamente anterior a la reanudación del curso escolar a las 20.00 horas.

Ambos progenitores acuerdan que el día de Reyes, y con el fin de que ambos pudieran disfrutar de esa fecha con sus hijos, será repartido por mitad, de tal forma que la tarde será disfrutada por el progenitor con que no

estuviera en ese periodo, pudiendo estar con su hijo desde las 16.00 hasta las 20.00 horas.

**SEMANA SANTA:** El primer periodo se inicia desde el viernes anterior al domingo de ramos a las 20.00 hasta el miércoles a la misma hora y el segundo periodo será desde esa hora hasta el lunes de pascua a la misma hora.

Si las vacaciones escolares cambiasen se repartirán por mitad amoldándose los periodos a las nuevas fechas.

#### B.2.- VACACIONES DE VERANO:

Los meses de julio y agosto, produciéndose la alternancia de tal forma que los padres no puedan disfrutar más de una quincena seguida salvo acuerdo expreso entre ellos.

Las quincenas comenzarán a las 10.00 horas del día en que comiencen hasta las 20.00 horas del último día de la quincena que corresponda.

A partir de que Marcos cumpla los 6 años, y salvo acuerdo expreso en contra de los padres, corresponderá a los progenitores tener a los menores el mes de julio o agosto en su totalidad.

**B.3.- NORMAS COMUNES.-** Los padres se pondrán de acuerdo en el periodo que le corresponda respecto de cada periodo vacacional y en caso de desacuerdo regirá lo siguiente:

1º. Corresponderá la elección del periodo de vacaciones tanto de semana santa, navidad y verano, a la madre en los años pares y al padre los impares.

El progenitor al que le corresponde elegir deberá comunicarlo vía email o mensaje de texto al otro con una antelación mínima de un mes, y si no lo hiciera así corresponderá la elección al otro.

El día del cumpleaños de los menores, y con independencia de quien ostente la guardia y custodia o con quien estuvieren los menores conforme al régimen de visitas, ambos progenitores tendrán derecho a ver y a estar con ellos al menos dos horas si fuera día laborable y cuatro horas si coincidieran en fin de semana o festivo.

En el caso de que algún progenitor tuviera algún acontecimiento familiar importante, entendiéndose por tal bodas, comuniones o bautizos de familiares directos o cualquier otro evento de especial relevancia para el

progenitor, éste podrá estar con los menores aun en el supuesto de que en cumplimiento del régimen de visitas o guardia y custodia correspondiera a los menores estar con el otro, debiendo notificarlo por correo al menos con dos días de antelación.

Durante el periodo vacacional de verano quedará en suspenso el régimen de custodia compartida y régimen de visitas, reanudándose el mismo en el progenitor que le correspondiera antes de la suspensión.

QUINTA.- Como quiera que ambos progenitores tendrán consigo a los menores por igual periodo de tiempo cada uno de ellos deberá hacerse cargo de los gastos de mantenimiento de los mismos.

No obstante y hasta que la madre pueda incorporarse en su trabajo a la realización de la jornada a tiempo completo, el padre y durante los meses que los menores vivan bajo la guardia y custodia de la madre, entregará a esta dentro de los 5 primeros días del mes cuya custodia le corresponda la cantidad de 200 euros.

Respecto de los gastos extraordinarios necesarios, entendiéndose por tales los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social y de educación necesarios, serán abonados por ambos progenitores por iguales y mitades partes, y respecto de los gastos extraordinarios no necesarios requerirán el acuerdo previo de ambos progenitores y de no producirse éste será a cargo del progenitor que los genere, debiendo respetarse respecto de los gastos no necesarios relativos a actividades extraescolares, viajes o campamentos el régimen de visitas que pudiera verse afectado por los mismos.

Seguirán vigentes el resto de las cláusulas contenidas en el pacto de relaciones familiares de fecha 1 de abril de 2012 que expresamente no se hayan referido ni modificado.

Todo ello de conformidad con lo alegado.”

Por otrosí, solicita la práctica de prueba.

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

Comparecidos en las actuaciones, dentro de plazo, tanto el Ministerio Fiscal como la parte demandada, ésta última contestó a la demanda oponiéndose a la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos y solicitando que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia “desestimando la demanda formulada por don Diego M. P. contra la misma, con imposición de costas al mismo.”

Encontrándose las partes en proceso de mediación, el Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Zaragoza dictó Auto con fecha 1 de diciembre de 2014, en el que se acordó “la suspensión del curso de los autos por sesenta días, computados desde el siguiente a la notificación de esta resolución, a fin de que las partes puedan acudir al Servicio de Mediación intrajudicial de este juzgado. Sin que ello conlleve la suspensión de la vista acordada, y practicándose, en su caso, las pruebas que propongan las partes.”

A la vista del acta final recibida de la Oficina de Mediación Familiar de Justicia, se alzó la suspensión, señalándose para la vista.

Previos los trámites legales y practicadas las pruebas que fueron admitidas, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 13 de febrero de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “*FALLO*: 1.- Desestimo la petición de custodia compartida formulada por D. DIEGO M. P. contra Dña. BEATRIZ G. E. .- 2.- El régimen de visitas y vacaciones continuará conforme a lo aprobado en sentencia de divorcio, si bien con la siguiente modificación: -Las vacaciones de verano se disfrutarán en quincenas alternas. Se dividirán en los siguientes periodos: 10 de la mañana del día 1 de julio a 10 horas del día 16; 10 horas del día 16 a 21 horas del día 31 de julio; 21 horas del día 31 de julio a 21 horas del día 15 de agosto; 21 horas del día 15 de agosto a 20,30 horas del día 31 de agosto.- El periodo vacacional se elegirá por la madre en años pares; por el padre en años impares. La elección se efectuará antes de cada 1 de mayo; en caso contrario elegirá el otro progenitor.- 3.- Desestimo la petición relativa al uso del domicilio familiar.- 4.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.”

**TERCERO.-** Interpuesto por el Procurador Sr. Gutiérrez Andreu, en nombre y representación de D. Diego M. P. , recurso de apelación contra la

sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida.

**CUARTO.-** Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“*FALLAMOS:* Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. DIEGO M. P. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N°. 5 de Zaragoza el 13 de febrero de 2015, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada. Se decreta la pérdida del depósito constituido por D. Diego M. P. , al que se le dará el destino que la Ley prevé.”

**QUINTO.-** La representación legal de D. Diego M. P. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación por infracción de los artículos 79.5 y 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con el artículo 91 del Código Civil.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 2 de diciembre de 2015, se acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo.

Igualmente el Ministerio Fiscal presentó escrito de oposición considerando que se debiera estimar el recurso de Casación Foral, casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, SAPZ 465/2015, 29 septiembre, Sección Segunda y reconocer la preferencia de la custodia compartida semanal para los dos hijos comunes Néstor y Marcos.

En fecha 20 de enero de 2016 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 3 de febrero de 2016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Hechos relevantes acreditados en el proceso.**

En las instancias han resultado acreditados los siguientes hechos, que resultan relevantes para la decisión del recurso de casación interpuesto:

1.- D. Diego M. P. y D<sup>a</sup> Beatriz G. E. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 27 de mayo de 2006.

2.- Dichos cónyuges tuvieron dos hijos, Néstor y Marcos M. G. , nacidos el 6 de agosto de 2008 y el 9 de mayo de 2011, respectivamente.

3.- En autos de divorcio de común acuerdo n<sup>o</sup> 299/2012 recayó sentencia de 3 de mayo de 2012 por la que se declaró disuelto por divorcio el citado matrimonio y se aprobó el pacto de relaciones familiares de fecha 1 de abril de 2012, suscrito por ambos consortes.

4.- Conforme a dicho pacto, los dos menores hijos del matrimonio quedaban bajo la custodia de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre, siendo compartida la autoridad familiar.

5.- D. Diego M. P. ha instado la modificación de las medidas de divorcio en la demanda que ha dado lugar a la apertura del presente proceso, modificación que sustenta en un cambio sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para establecer la guarda y custodia de los menores a favor de la madre, solicitando que la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio sea compartida por ambos progenitores por meses alternos, además de modificación del uso del domicilio que fue familiar y que se fije un nuevo régimen de visitas.

6.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 5 de esta ciudad desestima en lo sustancial la demanda deducida, al considerar que no concurren circunstancias para modificar el régimen de custodia establecido en la sentencia de divorcio, aunque realiza una modificación en el régimen de visitas y vacaciones.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 29 de septiembre de 2015 lo desestima, confirmando la recurrida, al apreciar que no se ha producido un cambio de circunstancias

respecto del momento en que recayó la sentencia de divorcio, y que de la prueba practicada resulta que se ha aplicado correctamente el artículo 80 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), al señalar que en este caso la custodia individual resulta más beneficiosa para los hijos menores que la compartida, solución que la Audiencia considera procedente ratificar.

**SEGUNDO.- Los motivos del recurso de casación.**

Frente a la citada sentencia D. Diego interpone recurso de casación, que funda en dos motivos: 1.- Infracción de lo dispuesto en los artículos 79.5 y 80.2 del CDFA, en relación con el artículo 91 del Código civil; 2.- Infracción de la doctrina sentada en sentencias dictadas por este Tribunal, de las que cita la sentencia nº 11/2015, de 6 de abril, entendiéndose que el caso que nos ocupa es muy similar al allí resuelto, basándose en ello para fundar el interés casacional.

Ambos motivos han sido admitidos por Auto de 2 de diciembre de 2015, y van a ser objeto de examen conjunto en cuanto a su prosperabilidad, ya que el segundo de ellos puede considerarse como ampliación de los argumentos en que se funda el primero, teniendo en cuenta que todos los motivos de recurso de casación deben fundarse en la infracción de norma sustantiva conforme a lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO.- De la naturaleza del proceso de modificación de medidas.**

Para la resolución del recurso de casación es necesario considerar la naturaleza del proceso en que nos hallamos, autos de Modificación de Medidas acordadas en sentencia de divorcio, que tiene cauce procesal en lo establecido en el artículo 775 de la Ley Enjuiciamiento Civil, y fundamento sustantivo en lo dispuesto en el artículo 79.5 del CDFA, concordante con lo establecido, en su ámbito de aplicación, en el artículo 91 del Código civil.

Esta Sala en diversas sentencias, entre ellas la nº 19/2014, de 26 de mayo, recaída en recurso de casación 13/2014, ha puesto de relieve que el contenido normativo del artículo 79.5 del CDFA tiene una mayor flexibilidad que el establecido en el artículo 91 del Código civil, lo que se explica porque

las medidas a que se refiere el precepto aragonés son todas ellas relativas a menores.

Conforme a los indicados preceptos las medidas acordadas en sentencias firmes de divorcio pueden ser modificadas, instándolo por medio de demanda, cuando se haya producido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. En este proceso resulta posible decidir de nuevo respecto de lo ya resuelto en sentencia firme, siempre que resulte comprobado ese cambio de circunstancias y la nueva resolución que se solicita resulte más conveniente para el interés de los menores, en casos como el presente en que la modificación se insta respecto del régimen de custodia.

Como esta Sala tiene declarado en sentencia nº 37/2014, de 19 de noviembre, en el proceso de modificación de medidas de divorcio lo relevante *“no es tanto determinar si se ha producido la infracción del ordenamiento jurídico sustantivo denunciada al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, sino la de considerar que, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante. Dicho de otro modo, en el proceso de modificación de medidas hemos de partir de las fijadas en la sentencia de divorcio, que fue acatada por ambas partes, y solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor, y la sentencia de instancia no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncie”*.

En el caso de autos debemos resaltar que la sentencia de divorcio recayó en un proceso de dicha clase tramitado de común acuerdo, y en ella se aprobó el pacto de relaciones familiares de fecha 1 de abril de 2012, en el cual se acordaba que la guarda y custodia de los hijos menores quedaba atribuida a la madre, pacto que se firmó cuando ya estaba vigente el artículo 80 de CDFA, cuyo contenido constaba a las partes a través de su defensa jurídica, y que se firmó al amparo de lo establecido en los artículos 3 y 77 de dicho código.

#### **CUARTO.- Decisión sobre los motivos del recurso.**

La parte recurrente expone que se ha producido una relevante modificación de las circunstancias concurrentes, que ha de dar lugar a la modificación del régimen de custodia de los menores Néstor y Marcos, modificación que se concreta en el nacimiento de una nueva hija del Sr. M. P. , por tanto hermana de los menores, y la flexibilización del horario laboral del Sr. M. P. por haber sido aprobado el Plan Concilia. De la existencia acreditada de dichos cambios resulta, a criterio del recurrente, la necesidad de modificar el régimen de guarda y custodia conforme a lo prevenido en el artículo 80.2 del CDFA y acordar la custodia compartida de los menores por semanas alternas.

El hecho de que el Sr. M. P. , aquí recurrente, haya sido padre de una nueva hija no modifica sustancialmente las circunstancias concurrentes que determinaron, en su día, el establecimiento de un régimen de custodia de los menores hijos del matrimonio a favor de la madre, conforme al pacto de relaciones familiares aprobado judicialmente. El mero hecho del nacimiento de un nuevo hijo puede afectar al tiempo que el progenitor pueda dedicar al cuidado y atención de los mayores, lo que en su caso podría significar una menor disponibilidad para atender a éstos, pero no es un argumento que justifique la necesidad de modificación de las medidas precedentemente acordadas.

En cuanto a la flexibilización del horario laboral del Sr. M. P. , hemos de estar al resultado probatorio que se expresa en la sentencia recurrida. En ella se recoge, al confirmar la de primera instancia, que D. Diego es Policía Local y trabaja en horario a turnos alternos mensuales, teniendo concedido el Plan Concilia, por lo que manifiesta que podría tener la custodia en los meses de horario de mañana. Cuenta con el apoyo de sus padres, que residen en C. El posible cambio de turno con un compañero es un hecho no aceptado en la sentencia de la Audiencia, que razona que se trata de una invocación por primera vez en la alzada y no ha sido aprobado por el órgano competente.

Partiendo de los hechos comprobados la Audiencia Provincial concluye en estimar que no se ha producido una modificación de suficiente entidad como para dar lugar a la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, conclusión que ha de ser ratificada por esta Sala. Conforme a una consolidada doctrina jurisdiccional, recogida en la sentencia

del Tribunal Supremo nº 417/2015, de 29 de junio, la función de la casación no es la de una tercera instancia, sino la de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho efectuada por la Audiencia Provincial, y en este caso no ha sido infringido el artículo 79.5 del CDFa.

**QUINTO.-** Tampoco existe vulneración de lo dispuesto en el artículo 80.2 del Código Aragonés, en cuanto previene que *El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente*. Dicha preferencia ha de establecerse siempre en interés del menor, que constituye el criterio superior al momento de fijar su régimen de atención, guarda y custodia.

En este sentido la Sala ha recordado -sentencia 17/2015, de 28 de mayo de 2015- que dicha prioridad se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFa, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón. Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye "*un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*" (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un "criterio básico y preferente" en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que "debe inspirar la actuación jurisdiccional" (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso "*ex officio*" sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

En el caso de autos la sentencia recurrida razona que el interés superior de los menores Néstor y Marcos sustenta el establecimiento –y mantenimiento incólume- de su custodia por la madre. Al respecto afirma que

“se ha aplicado el artículo 80 del CDFa por el Juzgador de instancia, al señalar que la custodia individual resulta más beneficiosa para los hijos menores, solución que esta Sala debe ratificar”. Dicha decisión, fundada en ajustados razonamientos, acuerda la aplicación al caso de la custodia individual, porque “el padre no podría asumir el cuidado y atención diarios de dos niños tan pequeños” y esta resolución, fundada en la valoración conforme a la sana crítica de la prueba pericial psicológica, no infringe el ordenamiento jurídico.

Por último debemos expresar, en respuesta a las invocaciones que se formulan como segundo motivo del recurso, que la sentencia recurrida no se opone a lo resuelto por esta Sala en la sentencia nº 11/2015, de 6 de abril, en cuanto que los hechos allí considerados no resultaban similares a los de autos.

Por las razones expresadas el recurso de casación es desestimado.

**SEXTO.-** Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien la especial naturaleza de los intereses en juego da lugar a una complejidad fáctica y jurídica que aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se halla sujeto a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación.

### **FALLAMOS**

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 277/2015.

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.