ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON**

**SALA CIVIL Y PENAL**

**ZARAGOZA**

Recurso de Casación e Infracción Procesal número 4/2017

**S E N T E N C I A NUM. ONCE**

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

En Zaragoza, a veinticinco de mayo de dos mil diecisiete.

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 4/2017 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 2 de diciembre de 2016 y su auto de rectificación de 14 del mismo mes y año, recaída en el rollo de apelación número 538/2016, dimanante de autos de divorcio núm. 203/2014, seguidos

ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de La Almunia de Dª. Godina (Zaragoza), en el que son partes, como recurrente, D. Jesús Ángel V. V., representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Sanz Romero y dirigido por el Letrado D. Jesús Isla Subías, frente a Dª. Mª del Sagrario L. M., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Gloria García Pastor y dirigida por el Letrado D. José Palacín García-Valiño, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dª. Carmen Samanes Ara.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), el Procurador de los Tribunales D. Javier Sanz Romero, actuando en nombre y representación de D. Jesús Ángel V. V., presentó demanda de divorcio frente a su esposa Dª Mª Sagrario L. M., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte en su día sentencia por la que:

"1º) se declare el divorcio de los esposos D. Jesús Ángel V. V. y Dª Mª Sagrario L. M. oficiándose al Registro Civil de Zaragoza para la anotación de su parte dispositiva en la inscripción del matrimonio.

2º) los hijos menores continuarán bajo la patria potestad de ambos progenitores, que ejercerán la guarda y custodia de forma compartida en la forma que ha quedado expuesta en el fundamento jurídico quinto que se da aquí por íntegramente reproducido.

3º) se declare disuelto el régimen económico matrimonial de sociedad legal tácita vigente en Aragón, cesando cualesquiera poderes que los cónyuges pudieran haber otorgado el uno a favor del otro, y la extinción del derecho expectante de viudedad foral.

Y con expresa imposición de las costas procesales a la demandada si no consiente la pretensión actora que ha forzado."

Por otrosí solicitó Medidas Provisionales.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en autos en tiempo y forma, lo que hicieron dentro de plazo, oponiéndose la parte recurrida al presentado de contrario con base en los hechos y fundamento que expresó en ella, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se acuerde el divorcio de los cónyuges y las siguientes medidas judiciales de conformidad con el plan de relaciones familiares que se propone:

"1.- Custodia de los hijos menores individual para la esposa, siendo la autoridad familiar compartida.

2.- Régimen de visitas y vacaciones para el padre:

- fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio (o desde las 17 horas si no hay colegio) hasta el domingo a las 20,00 horas.

- Dos tardes a la semana, que en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves por la tarde, desde la salida del colegio hasta las 21,00 horas en la semana inmediatamente posterior al fin de semana de visitas, y los lunes y los miércoles la semana que no haya venido precedida por fin de semana de visitas.

- Los puentes escolares se unirán al fin de semana que corresponda.

- La mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y dos quincenas alternas en las de verano.

c).- El uso del domicilio: sito en A., Calle…., se adjudicará a la esposa demandada hasta que la hija menor cumpla 20 años.

d).- Gastos de asistencia (pensión de alimentos) para los hijos de 600 euros/mes, (300 por cada uno), actualizables conforme al IPC, así como gastos extraordinarios al 50%, que el padre entregará dentro de los cinco días de cada mes, por meses anticipados, en la cuenta que la madre designe.

e).- Préstamos del matrimonio: se abonarán al 50% por ambos."

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**TERCERO.-** Admitida a trámite la contestación a la demanda el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, previos los trámites legales, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, dictó Sentencia en fecha 10 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Se estima parcialmente la demanda de divorcio formulada por don Jesús Ángel V. V. contra doña María Sagrario L. M. y , en su consecuencia, se decreta la disolución del matrimonio habido entre ambos y se acuerdan las siguientes medidas que regirán el divorcio de ambos:

- Se establece la custodia compartida de Asier e Ylenia que será ejercida por ambos progenitores.

- Se establece el siguiente régimen:

1º.-Distribución de la custodia: se llevara a cago por meses alternos, cuyo cambio tendrá lugar, salvo que exista acuerdo entre los progenitores y los menores, el día uno de cada mes a la salida del colegio o, en su defecto ese mismo día a las nueve de la mañana. En el caso de que el primer día del mes caiga en fin de semana o sea inmediatamente anterior o posterior a éste el progenitor custodio deberá reintegrarlo cuando se inicien de nuevo las clases o la semana laboral. En caso de desacuerdo sobre los meses a disfrutar por cada progenitor corresponderá elegir al padre los años pares y a la madre los impares.

2º.- Régimen de visitas: serán los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto desde las 17 horas, hasta el domingo a las 21 horas; los menores también podrán estar en compañía de sus padres dos tardes intrasemanales desde la salida del centro escolar, o las 17 horas, hasta las 20,30 horas. En defecto de acuerdo entre los progenitores y los menores dichos días serán los martes y los jueves. El comienzo del periodo de disfrute lo establecerán las partes de común acuerdo y, en su defecto, tendrá derecho a elegir en primer lugar el padre los años pares y la madre los impares. Ambos progenitores adoptarán las medidas oportunas para que el disfrute resulte lo mas ecuánime posible, de modo que si el cambio de custodia mensual afecta al disfrute de fines de semana alternos deberán compensarlo entre ellos; en defecto de acuerdo el primer fin de

semana de cada mes le corresponderá disfrutarlo al progenitor no custodio, salvo que el día 1 coincidiera con el comienzo del fin de semana en cuyo caso se efectuará el cambio de custodia del progenitor correspondiente y ese fin de semana le corresponderá a este, debiendo correr al siguiente fin de semana el régimen de visitas. Todo ello sin perjuicio de lo que se acuerde durante lo periodos estivales y de Navidad. Si el fin de semana ya hubiera comenzado se dejará que finalice en compañía del progenitor que está disfrutando del régimen de visitas hasta que se reanuden las clases o el periodo laboral. Vg.: si el día 1 es viernes (o festivo inmediatamente anterior) se producirá el cambio de custodia, independientemente de que progenitor debiera disfrutar del régimen de visitas; si el 1 fuera sábado o domingo (o festivo inmediatamente posterior) se dejará finalizar el régimen de visitas para hacer el cambio de custodia.

3º.- Periodo vacacional: las vacaciones estivales se distribuirán por mitad entre los padres por periodos mensuales, correspondiendo, en caso de falta de acuerdo, al padre elegir primero los años pares y a la madre los impares. Los periodos de junio y septiembre no lectivos corresponderán por entero al progenitor custodia de ese mes y comenzarán por entero al progenitor custodio de ese mes y comenzarán a la salida del último día de colegio, finalizarán a la entrada del primer día lectivo.

Dicha distribución se efectuará de mutuo acuerdo entre los progenitores y en caso de desacuerdo corresponderá junio al Sr. V. y septiembre a la Sra. L. los años pares y a la inversa los años impares. También se distribuirán por mitad y con la misma opción en la elección las vacaciones navideñas, las de Semana Santa y las fiestas del pueblo (si las hubiere). Los mencionados periodos también comenzaran cuando finalicen las clases y su fin coincidirá con la reanudación de éstas. En el caso de las Navidades el cambio se llevara a cabo el 31 de diciembre antes de las 14 horas, independientemente del día semanal en el que tenga lugar y de a quién le corresponda la custodia mensual. Durante los periodos vacacionales las visitas de fin de semana quedaran suspendidas y volverán a regir a favor del progenitor que no disfrutó de éstas, salvo que esta previsión se contradiga con lo dispuesto para el comienzo de la correspondiente custodia. Ambos progenitores garantizarán que el día del Padre y el cumpleaños del Sr. V. sean disfrutados en compañía

de don Jesús Ángel y que el día de la Madre y el cumpleaños de la Sra. L. los menores estén con doña María Sagrario, de modo que hará el correspondiente intercambio de fines de semana para posibilitar dicho disfrute. Por otro lado, ambos progenitores adoptaran las medidas que estimen oportunas para que en sus cumpleaños Asier e Ylenia puedan disfrutar de ambos progenitores.

- Como gastos de asistencia a los hijos ambos progenitores deberán ingresar 600 euros mensuales en la cuenta que a tal efecto designen, de los cuales corresponderá el abono de 300 euros al Sr. V. y 200 Euros a la Sra. L., dicho importe será actualizado conforme con la variación que experimente el Indice de Precios al Consumo. La primera actualización tendrá lugar en enero de 2017. Así mismo ambos progenitores deberán hacerse cargo de los gastos extraordinarios en la proporción marcada en el articulo 82.4 CDFA y, en defecto de concreción, se satisfarán en la misma proporción 40%-60% ya marcada cuando se trate de gastos necesarios relativos a la salud, educativos o asistenciales, tales como prótesis, gafas, material escolar, extraescolares consensuadas … En cuanto a los gastos no necesarios se abonaran en función de los acuerdos que hayan alcanzado los progenitores, y en defecto de acuerdo, los abonara el progenitor que haya decidido su realización. Se establece como gasto extraordinario que deberán afrontar ambos progenitores en la proporción del 40%-60% antes mencionada cada mes de septiembre los estipendios derivados del inicio el curso escolar.

- Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la Sra. L. durante un periodo se seis años, hasta el 27 de junio de 2022.

– Sin imposición de costas.”

A petición de la representación procesal de D. Jesús Angel V. V. se dictó Auto aclaratorio de fecha de 13 de mayo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

“Acuerdo: Estimar la petición formulada por don Jesús V. V. de aclarar la Sentencia dictada en el presente procedimiento en fecha 10 de mayo de 2016, y donde dice: Como gastos de asistencia a los hijos ambos progenitores deberán ingresar 600 euros mensuales en la cuenta que a tal efecto designen, de los cuales corresponderá el abono de 300 euros al Sr. V. y 200 € a la Sra. L., (…) Debe decir: Como gastos de asistencia a los hijos ambos progenitores deberán ingresar 500 euros mensuales en la cuenta que a tal efecto designen,

de los cuales corresponderá el abono de 300 € al Sr. V. y 200 € a la Sra. L., (…)"

**CUARTO.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. García Pastor, en nombre y representación de Dª. Mª Sagrario L. M., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), se dio traslado del mismo a la contraparte oponiéndose e impugnando el recurso planteado.

Previos los trámites legales y emplazamiento de las partes se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, la que, comparecidas las partes, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Dª María Sagrario L. M., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de La Almunia de Dª Godina el 10 de mayo de 2016, aclarada por Auto de 13-5-2016, debemos revocar y revocamos la misma, en el sentido de otorgar a la madre la guarda y custodia individual de los dos hijos del matrimonio, con las restantes medidas que se reseñan en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución, que se da aquí por reproducido.

No procede hacer declaración de las costas causadas en esta alzada. Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir por Dª María Sagrario L. M. al que se le dará el destino legal procedente."

A petición de la representación procesal de Dª Sagrario L. M., se dictó auto de 14 de diciembre de 2016 cuya parte dispositiva dice:

"Rectificar el Fallo y Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia dictada por esta Sala el 2 de diciembre de 2016, en el sentido de sustituir la fecha límite de uso de la vivienda familiar en ella consignada por la correcta que debió establecerse, que es la de 27 de Junio de 2.022."

**QUINTO.-** El Procurador de los Tribunales Sr. Sanz Romero, en nombre y representación de D. Jesús Ángel V. V., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, basándolos en la vulneración del artículo 24 de la Constitución

Española y en la infracción del artículo 80.2 y 5 del Código de Derecho Foral Aragonés.

**SEXTO**.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, previa audiencia de las mismas, dictó auto la Sala de fecha 10 de marzo pasado, acordando:

**"PRIMERO**.-Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación que se admite a trámite.

**SEGUNDO**.- Admitir el primero de los motivos de casación, y el motivo de infracción procesal.

**TERCERO.-** No admitir los motivos de casación segundo y tercero."

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, presentaron sendos escritos de oposición, solicitando la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Por providencia de 26 de abril de 2017, se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la demanda de la que trae causa el presente recurso de casación, el actor solicitó la custodia compartida de sus dos hijos: Asier, nacido el 2 de marzo de 2002, e Ylenia, nacida el 27 de junio de 2004. La esposa se opuso y solicitó –en lo que ahora interesa- la custodia individual para ella.

La sentencia de primera instancia, valorando las circunstancias concurrentes y especialmente, la aptitud y disponibilidad de los progenitores y la voluntad y deseos de los hijos, acordó un régimen de custodia compartida.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial -que ahora se recurre- estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada otorgándole la custodia individual de sus hijos, para lo que razonó así:

"Reitera la demandada la falta de capacidad del padre para asumir responsablemente el cuidado diario de los menores, por su amplio horario laboral, porque desconoce sus requerimientos habituales de todo orden, al no haberse hecho cargo nunca del mismo y haber delegado en ella su crianza desde su nacimiento, en especial las obligaciones académicas, y mantener determinados hábitos que podrían incidir negativamente en los menores (consumo de sustancias tóxicas).

El actor ha reconocido dicha delegación en la madre, hasta la ruptura conyugal.

El informe psicológico practicado en el proceso constata la escasa disponibilidad del padre por sus horarios laborales, lo que le obligaría a delegar habitualmente sus cometidos de cuidador en terceros, llevando a modificar con ello las rutinas habituales de los menores (f. 142 de las actuaciones). Por otro lado, pese a que la Sentencia rechaza de plano las alegaciones sobre comportamiento inadecuados del padre, lo mismo que la perito, solo reseñar que consta aportada en la Pieza de Medidas una resolución administrativa sancionadora por alteración del orden, de 26-3-2014 y, en esta alzada, otra sanción por conducción con una tasa de alcohol entre 0,26 y 0.50 mg y el 28-3-15 y por circular a velocidad superior a la permitida el 31-5-2014.

(…).

Los menores alegaron en la exploración practicada en esta alzada, haber sido traídos a la misma por su padre, desear que cese la conflictividad entre sus padres, señalando, especialmente ASIER, que quiere que estos sepan que ellos están bien con lo que se acuerde con el juzgado y que no deben preocuparse, especialmente su madre, por su estado, porque si ellos dos están bien, él también estará bien, con lo que se haga finalmente.

Han alegado que su padre no ha dejado de trabajar, ni ha variado su horario laboral, pese a lo que paradójicamente manifiestan que él hace todas las tareas de la casa, llevándose bien con ambos.

(…).

La Sra. Psicóloga aconseja que los hijos permanezcan con la madre con un amplio régimen de visitas (f.143) con el padre. Esta sala, **pese a los buenos deseos de conciliación de los hijos, que solo pretenden evitar conflictos entre sus progenitores**, intentando contentar a uno y a otro, expresando lo que cada uno quiere oír, valorando los deseos del padre de pasar mayor tiempo con los menores, cuya mayor presencia echan estos en falta, en interés de los mismos, y para procurar su correcto desarrollo y estabilidad, **considera más conveniente la custodia individual materna, por gozar de mayor disponibilidad la madre para asumir su cuidado cotidiano y afrontar todos los requerimientos que el mismo exige, situación en la que estaban perfectamente adaptados**, social, familiar y académicamente (art. 80 CDFA)."

(El resalte es nuestro).

**SEGUNDO.-** El motivo de infracción procesal se formula con amparo en el artículo 469.1 4º LEC, por vulneración del artículo 24 de la CE. Considera la parte que la Sala ha incurrido en una valoración irracional y manifiestamente errónea de la prueba practicada. Indica, después de transcribir algunos párrafos del informe pericial, que éste ha sido valorado arbitrariamente. En cuanto a la exploración de los menores, señala que ninguna de las afirmaciones que se recogen en la sentencia como realizadas por aquéllos, coincide con lo que realmente expresaron, de acuerdo con lo reflejado en las actas correspondientes.

El resultado de la prueba de exploración de los menores aparece recogido en las actas obrantes a los folios 35 y 36 de los autos. Ahí consta que Ylenia dijo:

"Que las casas de sus padres están muy cerca, este mes están con su padre, que a su madre la ven siempre que quieren, que cuando vuelven del colegio su padre ya tiene la comida preparada y les ayuda con los deberes, que está a gusto con este sistema, un mes con cada uno de sus padres, que a los abuelos también los ven, que no necesita ningún cambio, que está bien así, que están contentos y quieren seguir así".

Y Asier dijo:

"Que este mes están con su padre en A., que van al Instituto en autobús y cuando vuelven a las 3 del Instituto su padre tiene la comida preparada, que está a gusto con este sistema de estar un mes con cada uno de sus padres, que se lleva bien con su madre pero mejor con su padre, con su hermana se lleva bien, que está bien así y no quiere ninguna modificación".

Resulta evidente que lo esencial, y en lo que coinciden ambos menores, es que quieren continuar en el régimen de custodia compartida vigente desde la sentencia de primera instancia. Y por ello, resulta ilógico que en el razonamiento de la sentencia se ignore ese deseo, claramente manifestado, y se sustituya por una referencia a la voluntad de los menores de evitar conflictos entre sus padres que, ni parece que sea lo único que pretenden, ni se recoge en el acta de la exploración. Esta consideración, por si sola, permite la estimación del motivo de infracción procesal. Pues, en efecto, queda comprometido el derecho de la parte a la tutela judicial efectiva.

Y a parecida conclusión se llega tras la comparación entre lo que del informe pericial extracta la sentencia, que hemos de tomar *cum grano salis*, y la lectura completa del mismo que obra a los folios 139 y ss. de los autos. La experta dedica la primera parte del informe a recoger las manifestaciones de cada uno de los cuatro miembros de la familia. De esta parte hemos de destacar, por lo que luego diremos, lo que se indica a propósito del Sr. V.:

"Reside en A. (Zaragoza) en una vivienda propiedad de sus padres. Trabaja como autónomo para una empresa aseguradora, de lunes a viernes. Refiere que no tiene horario establecido, trabaja en función de los siniestros y él organiza su horario teniendo en cuenta el de sus hijos. Cuenta con el apoyo de su madre y de sus hermanos en el cuidado de los menores".

Y por lo que concierne a la Sra. L., se dice:

"Vive en el domicilio familiar de A. (Zaragoza) con sus hijos. Ha empezado a trabajar para el Ayuntamiento de A., durante 4 meses, en turnos de tres días, de 9 a 13 horas el primero, de 16 a 21 horas el día siguiente y descanso el siguiente. Cuenta con el apoyo de su familia que reside en A.".

A continuación se expresa en dicho informe pericial:

"De la valoración de la situación familiar se extrae que los menores muestran una adecuada vinculación afectiva con cada uno de los progenitores y no aprecian diferencias en el trato recibido de ellos.

Para los menores es positivo y necesario poder crecer contando con la presencia continuada de su madre y su padre, participando ambos de las tareas de crianza y del seguimiento de todas sus rutinas.

Ambos progenitores poseen recursos personales para afrontar el cuidado de los menores, lo que hace que puedan cubrir las necesidades afectivas y de desarrollo de los mismos. Igualmente no se aprecian en ellos problemas psicológicos que puedan limitar el mantenimiento de una relación extensa con sus hijos.

Igualmente, ambos necesitan apoyos para compaginar su vida familiar y laboral, disponiendo ambos de apoyos familiares.

Por todo ello, considero que los progenitores podrían hacer un uso compartido de la custodia de sus hijos.

Aunque el progenitor ha adaptado sus horarios laborales a las necesidades de los menores en los períodos que comparten, de la valoración de su relato y rutinas, se extrae que su disponibilidad real sea a partir de las 17 horas. Por ello establecer períodos alternos de custodia supondría que el uso de apoyos familiares sería necesario de manera continuada en los períodos anteriores a esa hora, llegando a convertirse en cuidadores principales, además de introducir modificaciones en sus rutinas cuando la progenitora tiene disponibilidad en ese período.

Por ello, considero que Asier e Ylenia podrían beneficiarse de un sistema de custodia en el que uno de los progenitores fuese el apoyo del otro en el cuidado de los menores haciendo uso de los apoyos en momentos puntuales.

Teniendo en cuenta además que el entorno en el que viven facilita el contacto de los menores con el progenitor no custodio en todo momento".

Pues bien, en absoluto cabe deducir del informe pericial -que atiende a lo expuesto por los propios progenitores- y pese a que así se afirme en aquél, la mayor disponibilidad de la madre para el cuidado de los hijos, que es lo que, a la postre, sustenta la decisión de la sentencia. Más lógica sería una deducción en sentido contrario. La madre, según se desprende de sus propias manifestaciones, no estará disponible para sus hijos hasta las 21 horas el día que le toque turno de tarde, en tanto que el padre (no cuestionándose que trabaje como autónomo) puede organizarse para acomodar su horario al de sus hijos; así lo dijo y es verosímil, y además coincide con lo que los hijos afirmaron en la exploración.

En consecuencia con lo expuesto, se estima el motivo de infracción procesal.

**TERCERO.-** La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7ª de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

En el motivo de casación la parte aduce infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 y la doctrina de esta Sala que lo interpreta.

El tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente. El examen detenido de las actuaciones revela que no existe óbice alguno para que se acuerde el régimen legal preferente.

Como ha quedado ya expuesto, los menores han manifestado su satisfacción con el régimen de custodia compartida recién instaurado y su deseo de continuar así. El informe pericial no pone de relieve circunstancia (real) alguna que conduzca a considerar que conviene más a los menores la custodia individual. La edad de los hijos (13 y 15 años) no lo es. Los domicilios de los padres, al vivir en una pequeña localidad, son próximos. No hay dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres

que obstaculicen la custodia compartida, pese a que en alguna ocasión uno y otro puedan precisar algún apoyo de terceros. Frente a lo que se afirma en la sentencia recurrida, no se constata en el informe pericial "la escasa disponibilidad del padre por sus horarios laborales"; meramente se dice (sin mucho fundamento) que su disponibilidad real sería a partir de las 17 horas. Aunque fuera así, y dada la edad de los hijos y que salen del colegio a las 15 horas, eso tampoco representaría un inconveniente para acordar el régimen de custodia compartida.

**CUARTO.-** La estimación del recurso conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas; y tampoco en cuanto a las causadas en las instancias.

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

**FALLO**

**PRIMERO.-** Estimar el recurso de casación por el motivo de infracción procesal formulado por la representación legal de D. Jesús Ángel V. V. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 2 de diciembre de 2016 recaída en el rollo de apelación número 538/16, que casamos y anulamos.

**SEGUNDO.-** Dictar nueva sentencia, lo que se efectúa pronunciando un fallo en los mismos términos que el recaído en primera instancia.

**TERCERO.-** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en las instancias y en el presente recurso.

**CUARTO.-** Se hará entrega al recurrente del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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