

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación número 17/ 2015

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

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

En Zaragoza, a diecisiete de septiembre 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 17/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 17 de febrero de 2015 y su auto aclaratorio de 27 de febrero del mismo año, recaídos en el rollo de apelación número 399/2014, dimanante de autos de divorcio núm. 557/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José S. P., representado por el Procurador de los Tribunales D. Pedro A. Charlez Landivar y dirigido por el Letrado D. Cristian Adrián Anghel, frente a D^a. Angélica A. L. representada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto

Broceño Esponey y dirigida por la Letrada D^a. Manuela Leon Gargallo, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Violencia sobre la mujer num. Dos de Zaragoza, el Procurador de los Tribunales D. Alberto Broceño Esponey, actuando en nombre y representación de D^a. Angélica A. L., presentó demanda de divorcio respecto de D. José S. P. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dicte Sentencia por la que “se declare la disolución del matrimonio con todos sus efectos legales y se adopten las siguientes medidas:

PLAN DE RELACIONES FAMILIARES.-

Se propone por tanto como PLAN DE RELACIONES FAMILIARES:

1.- Custodia de los menores, sea otorgada a la madre.

2.- Régimen de visitas a favor del padre:

A) Fines de semana alternos desde el viernes a las 20 horas hasta el domingo a las 20.00 H.

B) Vacaciones.

Puesto que los periodos vacacionales se dividirán en dos, a falta de acuerdo entre las partes, la madre elegirá los años impares y el padre los años pares.

3.- Uso del que ha sido domicilio familiar sito en C/ H. Zaragoza.

4.- Pensión de alimentos para los menores: La cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS para cada una de ellas (500,00 EUROS en total).

Debe indicar esta parte que se solicita dicha cantidad sin perjuicio de la averiguación de datos económicos del padre.

Gastos extraordinarios por mitad.

5.- Pensión compensatoria a favor de la madre, en la cantidad de Doscientos euros (200,00 €)

Con expresa imposición de costas al demandado.”

Por otrosí solicitó 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, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se dictara resolución “estimando la disolución del matrimonio por divorcio, y acordando como efectos del mismo:

1. Divorcio de los cónyuges.

2. La atribución de la guarda y custodia de las dos hijas a ambos progenitores y siendo la autoridad familiar compartida entre ambos progenitores. En todo caso, ambos progenitores precisarán la autorización expresa y fehaciente del otro progenitor, en caso de salidas con las hijas al extranjero o cambiar la localidad de residencia, y en su defecto autorización judicial.

3. El uso del domicilio conyugal y ajuar familiar sito en la calle... , se atribuye a la esposa junto con los hijos por el plazo de un año y en consecuencia hasta el 16 de noviembre de 2013 momento en que deberá desalojarlo de forma inmediata.

4. Los progenitores abrirán una cuenta corriente en entidad bancaria a su nombre y al de las hijas, donde se domiciliarán, y donde cada uno de los progenitores abonará una cantidad de 200 € (100 € para cada una de ellas) durante el plazo de un año y 300 € (150 € para cada una de ellas) a partir del primer año de forma que queden cubiertos los gastos comprendidos en el artículo 42 del Código Civil. Dicha cantidad se abonará entre los días 1 y 5 de cada mes en la cuenta corriente y se incrementará, anualmente, en el mismo porcentaje que aumente el coste de visa, según fije el Instituto Nacional de Estadística en el mes de enero.

Anualmente se revisará esta cantidad, o si el saldo es insuficiente se ingresará la mitad del mismo por cada progenitor.

5. Los gastos extraordinarios necesarios de las hijas serán sufragados por los progenitores por mitad quedando excluidos la totalidad de los comprendidos en la pensión de alimentos y por tanto refiriéndose en exclusiva a gastos no cubiertos por el sistema público de sanidad o seguros privados de los padres y de ortodoncia así como los gastos de matrícula universitaria o estudios superiores de las hijas. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, por el que decida su realización o mediante autorización judicial.

6. El esposo abonará a esposa como asignación compensatoria la cantidad de 100 € durante el plazo de un año.

Se impondan las costas a la actora si se opusiera a la presente contestación demanda.”

Por otrosí solicitó la remisión de las actuaciones al Juzgado de Familia.

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. Dos de Zaragoza dictó Auto declarando falta de competencia objetiva y acordando la remisión del procedimiento al Juzgado Decano para su reparto, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, que dictó sentencia en fecha 19 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLO: Estimo la petición de divorcio formulada por D^a Angelica A. L. contra D. Jose S. P. Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos: 1.- Angela Malka y Carmen, desde esta fecha, pasaran a estar bajo la custodia compartida de doña Angelica y don Jose,. 2.- Los menores estarán con cada uno de los progenitores por periodos de dos semanas consecutivas alternas (la finalización de cada periodo se producirá a las 20,30 horas del domingo). El primero de ellos, salvo pacto en contrario (hasta el 30 de este mes de marzo), corresponderá a la madre. 3.- En cuanto a visitas, en defecto de acuerdo: - Una tarde entre semana, desde la salida del colegio (17 horas en otro caso), hasta las 20.30 horas. Si este día fuera festivo intersemanal, la

visita se iniciará a la salida del colegio del día anterior.”- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, las hijas estarán con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa.- Las vacaciones escolares de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases hasta el día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, las hijas estarán con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa.- 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 las 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 21 horas del día 31 de agosto. La elección del periodo vacacional se efectuará por el padre en años pares y por la madre en los impares. Se llevará a cabo antes de cada 15 de mayo.- Las fiestas del Pilar y puente de la Constitución, si en el calendario generan un periodo vacacional por unirse a un fin de semana, corresponderán al progenitor que tenga la custodia. En otro caso (ser varios días festivos intersemanales), seguirán el criterio general de éstos.- Las vacaciones interrumpirán la alternancia de los periodos de custodia. Finalizadas, las dos semanas naturales siguientes, completas o incompletas, corresponderán al progenitor que no disfrutó de los días previos a las vacaciones, con independencia de los días efectivos de custodia de que dispuso.- Las entregas de las menores, con excepción de las que coincidan con la finalización del horario escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor custodio.- 4.- La autoridad familiar se compartirá por ambos progenitores, en lo que exceda de su ámbito ordinario.- Será precisa autorización expresa y escrita del otro progenitor para la salida de las menores de territorio nacional.5.- Cada progenitor hará frente a los alimentos de las hijas en los periodos bajo su custodia.- 6.- Abrirán una cuenta común (la apertura se efectuará antes del día 31 de marzo), en la que cargarán los gastos escolares de las hijas, (matrículas, libros, material escolar, APA, uniformes, comedor, excursiones, actividades del colegio y extraescolares), extraordinarios, ropa y otros en los que exista acuerdo.- D^a

Angélica aportará inicialmente 120 euros; D. José 250 euros. Cuando el saldo sea inferior a 50 euros se repondrá en los anteriores importes.- Este sistema tendrá efectos desde el próximo abril.- 7.- D. José abonará la pensión de alimentos hasta esta mensualidad de marzo, última exigible.- 8.- La contribución a gastos extraordinarios necesarios será en una tercera parte por la madre.- 9.- La esposa e hijas quedarán en el uso del domicilio familiar, calle..., junto con su mobiliario y ajuar. La atribución de uso cesará el último día de agosto de 2016.- 10.- Desde septiembre de 2016 el padre abonará una pensión de 200 euros mensuales para cubrir las necesidades de habitación de las hijas. Esta cantidad se actualizará cada mes de enero de forma automática, desde 2018, según la variación que experimente el IPC nacional en el año natural anterior (índice diciembre-diciembre).- 11.- En concepto de asignación compensatoria D. José abonará a doña Angélica la cantidad de 100 euros mensuales. Este importe será exigible desde la próxima mensualidad de abril y se abonará hasta marzo de 2015, última exigible.- 12.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.”

TERCERO.- Interpuestos por los Procuradores Sres. Broceño Esponey y Guerrero Ferrandez en nombre y representación de D^a. Angélica A. L. y de D^a José S. P. respectivamente, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte oponiéndose e impugnando la sentencia ambas al recurso presentado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda y comparecidas las partes, y practicadas las pruebas propuestas, que fueron admitidas, con fecha 17 de febrero de 2015, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS.- Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a Angélica A. L. y desestimando el formulado por D. José S. P. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza el 19 de marzo de 2014, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, estableciendo a favor de la madre la custodia individual de las dos hijas del matrimonio, con el régimen de visitas entre éstas y su padre que instaure dicha resolución, complementado con los fines de semana alternos que

en ésta se especifican y las demás medidas acordadas en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución que se da aquí por reproducido.

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

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial a petición de la representación procesal del Sr. S. P., dictó auto aclaratorio en fecha 27 de febrero de 2015 cuya parte dispositiva es la siguiente literal:

“Aclarar la Sentencia dictada por esta Sala el 17 de Febrero de 2015, en el sentido de establecer que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. JOSÉ S. P. contra la Sentencia de instancia, se deja expresamente sin efecto la medida establecida en el ordinal 10 de su Fallo, ordenando la devolución del depósito constituido por dicho recurrente. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la Sentencia dictada por esta Sala.”

CUARTO.- El Procurador Sr. Charlez Landivar en nombre y representación de D. José S. P., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación en base a los siguientes motivos: primero, inaplicación del art. 80.2, segundo, infracción por inaplicación del artículo 80.3 y tercero, infracción por inaplicación de los arts. 75.2 y 79.2^a) y 76.2 y 3b) todos ellos del CDFA.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por providencia de 30 de abril de 2015 se acordó dar traslado a las partes por posible causa de inadmisión.

Previas alegaciones de las partes, la Sala por auto de 1 de junio pasado acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir el primero de los motivos de casación e inadmitir el segundo y el tercero.

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

No habiendo solicitado la celebración de vista y no considerándola necesaria la Sala se señaló para votación y fallo el día 9 de septiembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos acreditados en la instancia.

1. D^a Angélica A. L. y D. José S. P. contrajeron matrimonio el 28-05-03. Tienen dos hijas comunes, Ángela Malka, nacida el 14-12-02, y Carmen, nacida el 4-08-04. Esta última está afectada de síndrome de Down, teniendo reconocido un grado de minusvalía del 65%.

2. La vivienda familiar pertenece al Sr. Salvador, que también es propietario de una vivienda en la Calle..., que tiene arrendada y por la que percibe 650 euros mensuales, haciéndose cargo él de los gastos de comunidad. Además obtiene 65 euros mensuales por el alquiler de una plaza de garaje sita en el..., y es propietario de un local en la Calle...

3. El Sr. S. percibe 475 euros mensuales netos por un contrato de trabajo temporal como peón de mantenimiento. Tiene alquilada una vivienda en la Calle G., por la que abona una renta de 300 euros mensuales. Manifiesta abonar la cantidad de 230 euros mensuales en concepto de alimentos de otro hijo mayor de edad, nacido de un matrimonio anterior.

4. La Sra. A. percibe un renta activa de inserción y una pensión de 255,77 euros mensuales, a cargo del IASS, por atención de persona dependiente, dedicándose ocasionalmente al cuidado de personas mayores.

SEGUNDO.- Antecedentes relevantes.

5. D^a Angélica A. L. formuló demanda contenciosa de divorcio frente a D. José S. P. en la que solicitaba la custodia individual de las dos hijas menores de edad, con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, el uso de la vivienda que había constituido el domicilio familiar, una pensión de alimentos para las dos hijas menores de 250,00 euros mensuales para cada una de ellas y el abono de los gastos extraordinarios por mitad, así como una pensión compensatoria para ella de 200,00 euros mensuales.

6. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 19-03-14, acordó, por lo que a este recurso interesa, la custodia compartida de las dos hijas menores por períodos de dos semanas

consecutivas alternas con cada uno de los progenitores, con el correspondiente régimen de visitas para el progenitor que en cada momento no tuviera a las hijas consigo.

7. El juzgador de primera instancia, tras referirse a la doctrina de esta Sala, entre otras en la STSJA núm. 35/2013, de 17 de julio, argumenta para justificar el otorgamiento de la custodia compartida que *“de los informes técnicos que obran en autos no se desprenden motivos para excluir la custodia compartida solicitada por el padre. Dispone de un domicilio, sin olvidar que es titular de la vivienda familiar, su horario laboral le permite atender directamente a las hijas y cuenta con el apoyo de un hijo mayor de edad, además de reunir condiciones para atender a las hijas satisfactoriamente. Hay que añadir que la discapacidad de Carmen supone un desgaste importante que el padre ofrece compartir”*.

La sentencia de primera instancia recoge también la doctrina sentada por esta Sala en relación a la opinión de los hijos como uno de los factores para decidir sobre la custodia (entre otras en las SSTSJA núm. 33/2013, de 12 de julio, y núm. 31/2013, de 10 de julio), señalando la sentencia que *“aparte la opinión del menor, el art. 80.2 CDFA prevé más factores a considerar para decidir sobre la custodia. Por tanto, la opinión de los hijos tiene una gran relevancia, pero no es lo único a valorar”* y que *“la audiencia del menor debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor”*.

Respecto a la difícil relación del padre con su hija mayor, la sentencia establece que *“en el presente caso, Ángela Malka tenía una buena relación con el padre antes de la ruptura. Esta situación la ha acercado a la madre, pero no hay razones objetivas para pensar que no estemos ante una consecuencia de la tensión propia de la crisis del matrimonio. Tiene que ser cuestión de tiempo”*.

El juzgador entiende que *“el reparto de papeles durante la convivencia no es obstáculo de cara a fijar una custodia compartida”*, decantándose por establecer ésta mediante turnos alternos de dos semanas consecutivas, de acuerdo con la propuesta recogida en el informe psicológico, puesto que proporciona mayor estabilidad al sistema.

8. La sentencia de apelación dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17-02-15, revoca parcialmente la de primera instancia, al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. A. Establece la custodia individual de las dos hijas menores a favor de la madre, manteniendo el régimen de visitas a favor de padre fijado en la sentencia de instancia, complementado con los fines de semana alternos que en la misma se especifican.

9. La sentencia de apelación argumenta el otorgamiento de la custodia individual para la madre señalando que *“no se discute el deseo del padre de mantener el contacto con sus hijas ni su cariño hacia ellas, pero los diferentes estilos educativos de ambos progenitores, en especial, el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de Carmen, entorpecen en buena medida el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, al margen de los incidentes documentados en el proceso (f. 253 y ss.), referentes a su necesaria asistencia sanitaria y encierro en su domicilio durante una noche que pasaban con su padre las menores. Las menores están muy unidas entre sí y no resulta aconsejable su separación, ni deseable. En estas condiciones, no se revela la custodia compartida como la medida más aconsejable para las dos menores, dados los requerimientos especiales de Carmen y la voluntad razonadamente expresada por Malka, debiendo, por ello, estimarse el recurso, otorgando la custodia individual a la madre, en cuyo entorno gozan de mayor estabilidad y atención personalizada (art. 80 CDFA)”*.

La sentencia valora especialmente los dos informes educativos emitidos por el Colegio San Antonio de Padua -al que asisten las hijas- que, según recoge la sentencia, *“señalan que desde su entrada en el centro ha sido la madre la única encargada de llevar y traer a las niñas y la que asistiendo a tutorías y entrevistas con los profesionales ha recibido las pautas y orientaciones proporcionadas, estando el padre ausente en la colaboración y coordinación con la escuela, sobre todo en el proceso educativo de Carmen”*. Continúa la sentencia indicando, en referencia al informe de 10-03-14, *“que desde la separación conyugal el padre asiste por separado a las entrevistas escolares, presentando ambos progenitores disparidad de criterios educativos, mostrando el padre desacuerdo sobre la modalidad de escolarización de*

Carmen, siendo partidario de derivarla a un Centro de Educación Especial, frente al sistema de integración vigente, observando los profesionales un empeoramiento en la conducta de Carmen, con actividades de riesgo que el padre potencia, en perjuicio de su correcta integración, cuestionando los criterios de los especialistas que recomiendan un ambiente rutinario de hábitos y límites en coordinación casa-escuela que favorecería su correcto desarrollo". En la sentencia se indica también que "el Centro Educativo revela un retroceso en la integración educativa de Carmen, un estado de ansiedad y tristeza de Malka, y una total falta de implicación del padre en el proceso educativo de ambas hijas, especialmente en el de Carmen, aquejada de una importante minusvalía, Malka está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil".

La sentencia de apelación se refiere también a la exploración de la hija mayor, Ángela Malka, realizada en la alzada, señalando que la menor "ha manifestado querer residir con su madre, con la que se siente segura y a gusto, pese a querer a su padre y mantener con él su sistema de visitas, pero razona que los cuidados que reciben de éste carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana Carmen. Se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida que la descentra".

En relación al informe emitido por la psicóloga adscrita a los juzgados, favorable a la custodia compartida, y en el que se indica que el rechazo de Ángela Malka a su padre deriva de la influencia que la madre ejerce sobre ella, la sentencia de apelación estima que se trata de "una interpretación excesivamente simplista de la situación concurrente al no contemplar los datos académicos y educativos expuestos, señalando incluso la perito haber admitido el padre ser la madre la única encargada del cuidado de las hijas hasta la ruptura y haber facilitado sin problemas las visitas con el padre".

TERCERO.- Examen del motivo de casación.

10. Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la recurrente interpone recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC y

art. 3 Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, por presentar la resolución del recurso interés casacional.

En el primero de los tres motivos de casación interpuestos, único admitido a trámite, se alega como infringido el art. 80.2 CDFA, por inaplicación del criterio preferente de la custodia compartida.

11. Como ya señalamos en la sentencia de esta misma Sala de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013, *“para el examen del recurso de casación es necesario tener en cuenta que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia. Desde dichos hechos es función casacional examinar si son subsumibles en el supuesto de hecho contemplado en la norma, pues la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación radica fundamentalmente en determinar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos tenidos por probados. Como afirma la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias”*.

12. Como se ha indicado, el recurrente entiende infringido el art. 80.2 CDFA, afirmando el carácter preferente de la custodia compartida sobre la individual que sienta el precepto, al disponer:

“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”.*

13. Efectivamente, esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la cuestión, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor. Así, en la más reciente, de fecha 4-03-14, recurso de casación 41/2013, dijimos *“que el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores”.*

14. En el presente caso, la sentencia recurrida fundamenta su decisión favorable a otorgar la custodia individual a la madre, en los siguientes hechos:

a) En el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la menor de las hijas (Carmen), así como en su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, que ha asumido en exclusiva la madre. Considera la Audiencia que este desinterés entorpece el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, en particular de Carmen -aquejada de síndrome de Down-, hasta el punto de que los profesionales han apreciado un empeoramiento de su conducta.

A esta conclusión llega sobre la base de los informes educativos emitidos por el Colegio San Antonio de Padua, en el que cursan sus estudios las dos hijas. En concreto, la menor de ellas lo hace en la modalidad de integración de necesidades educativas especiales.

Estos hechos pueden encuadrarse dentro del factor contemplado en la letra d) del art. 80.2 CDFA, “la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos”, o bien en el recogido con carácter general en la letra f) del mismo precepto, “cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

b) En la opinión de la hija mayor, acreditada por las manifestaciones realizadas en la exploración practicada en la alzada (contaba con doce años en aquel momento). En ellas afirma querer residir con su madre por sentirse más segura, al considerar que los cuidados que recibe de su padre carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana Carmen. Manifiesta encontrarse incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida. Este sentimiento se recoge también en el informe del Centro Educativo que aprecia un estado de ansiedad y tristeza en Malka.

En este caso el juzgador contempla el factor previsto en la letra d) del art. 80.2 CDFA, “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”.

15. Partiendo de estos hechos no puede entenderse que la sentencia de apelación ignore el criterio preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFA, sino que ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega la sentencia recurrida de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo y por la exploración de la hija mayor.

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

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 1-02-12, recurso de casación foral 24/2011, con mención expresa de la del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, *“la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005)”*.

16. Respecto a la opinión de la hija mayor, que constituye uno de los factores a tomar en consideración por el Juez al decidir sobre la custodia (art. 80.2.c) CDFA), es cierto que esta Sala ha venido considerando, tal como manifiesta el recurrente, entre otras en sentencias de 10-07-13 y 12-07-13, esta última en el recurso 17/2013, que la opinión de los menores *“debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado”*.

Sin embargo, esto solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a

tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada, junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado.

En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que, como recoge la sentencia recurrida, se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

17. Por los motivos expuestos, el motivo de casación debe ser desestimado, confirmando la sentencia recurrida.

CUARTO.- Costas.

18. Desestimado el recurso de casación, conforme al *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, el pago de las costas corresponde efectuarlo a la parte recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

19. Por aplicación de lo previsto en la *disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en la redacción dada por Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de casación núm. 17/2015, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Charlez Landivar, en nombre y representación de D. José S. P., contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

SEGUNDO.- Con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Dese el destino legal al depósito constituido.

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

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