

**Recurso de casación núm. 9/16**

**A U T O**

**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** /

Zaragoza a once de abril de dos mil dieciséis.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales D. Oscar David Bermúdez Melero actuando en nombre y representación de D. Pablo G. O. presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2015, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 348/2015, dimanante de los autos de modificación de medidas núm. 503/2014, seguidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia num. Cinco de Zaragoza, siendo parte recurrida D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Cristina R. S. y el Ministerio Fiscal, y una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

**SEGUNDO.-** Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 9/2016, en el que se personaron todas las partes y se pasaron al Excmo. Sr. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

Por Providencia de fecha 25 de febrero de 2016 se acordó lo siguiente:

“1º. La concurrencia de defectos de forma (artículo 483.2.1.º LEC) consistente en la falta de indicación de la modalidad del recurso de casación por razón de la cual se interpone o la indicación en un mismo recurso de dos o más modalidades (artículo 481.1 y 477.2 LEC).

En el recurso no se determina la vía del recurso utilizada, puesto que se realiza una mera mención del art. 2.2 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, que se refiere a la existencia de interés casacional, sin explicar si es porque la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo, o no exista dicha doctrina (art. 3.1 Ley 4/2005) o porque la sentencia recurrida aplique normas de Derecho civil aragonés que no lleven cinco años en vigor (art. 3.3 Ley 4/2005).

El recurso se limita a la mención de los preceptos sin ninguna explicación sobre la concurrencia de los supuestos por los que se entiende que existe interés casacional. En este sentido, tampoco debemos olvidar que las normas alegadas en el recurso, los arts. 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón, ya llevan más de cinco años en vigor, puesto que venían recogidos, con idéntica redacción, en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE 22 de junio de 2010), que se integró en el Código de Derecho Foral de Aragón.

2º. Como primer motivo se alega aplicación indebida del art. 80 CDFA en relación con los arts. 217 y 218 LEC sobre la prueba, especialmente la prueba psicológica.

El recurso incurre en la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generan ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC).

Así, se alega la infracción de una norma de derecho sustantivo (art. 80 CDFA), junto a normas procesales (arts. 217 y 218 LEC). De hecho el motivo parece destinado, más bien, a fundamentar un recurso por infracción procesal.

3º. Como segundo y tercer motivo se alega la inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida del art. 80 CDFA y la aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual a favor de la madre del art. 80 CDFA.

El recurso falta al respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida (artículos 477.1 LEC), al pretender una nueva valoración global de la prueba.

4º. Como cuarto motivo se alega la aplicación indebida del art. 76.2.b) CDFA (sic; cabe entender art. 76.3.b) CDFA), en relación con el art. 14 CE en infracción del principio de igualdad entre progenitores.

Se aprecia una falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso de los requisitos establecidos para los distintos casos (artículo 483.2.2.º LEC ), al fundamentarse en un precepto genérico como es el art. 76.3.b) CDFA, que se limita, como principio, a garantizar la igualdad de los progenitores en las relaciones familiares, respecto de sus hijos menores de edad (artículo 481.1 LEC).

Por los motivos señalados, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se da traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.”

Las partes, dentro de plazo, presentaron escrito de alegaciones en apoyo de sus pretensiones, considerando por su parte el Ministerio Fiscal, que debería inadmitirse tanto el primer motivo como el cuarto, pero considera que sería adecuada la admisión de los motivos segundo y tercero.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considera competente, sobre la admisibilidad del mismo, según dispone el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional, pues a tenor del artículo 478, núm. 1º, párrafo 2º, de la mentada Ley procesal, corresponde “a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad”, y examinado el escrito de interposición vemos que en él se denuncia infracción de los artículos 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón.

**SEGUNDO.-** Tal como se indicó en la providencia de fecha 25 de febrero de 2016, en el recurso interpuesto no se identifica la modalidad del recurso de casación que se interpone, al limitarse el recurrente a mencionar en la primera de sus alegaciones, sin más razonamientos, el art. 477.2 LEC y los arts. 2.2, 3.1 y 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, de la casación foral aragonesa.

El primero de ellos, el art. 477.2 LEC contempla los tres supuestos diferentes que justifican el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, por razón de la cuantía y por existir interés casacional.

Aunque el recurrente no indica expresamente la concreta modalidad en que fundamenta el recurso, la posterior mención a los artículos de la Ley 4/2005, de casación aragonesa, parece limitar el recurso interpuesto a los supuestos de existencia de interés casacional, a los que se refiere el precepto citado por el recurrente (art. 2.2 Ley 4/2005).

No obstante, que un recurso presente interés casacional puede deberse a motivos diferentes, contemplados en el art. 3 de la Ley 4/2005. Por razones de congruencia y contradicción procesal la parte recurrente debe indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo en cuál de ellos se

funda la admisibilidad del recurso interpuesto, ya que la simple mención a los apartados 1 y 3 el referido precepto no resulta suficiente, puesto que en ellos se contemplan supuestos en los que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, o no existe dicha doctrina (art. 3.1 Ley 4/2005); o en los que la sentencia recurrida aplica normas de Derecho civil aragonés que no llevan cinco años en vigor y no existe doctrina jurisprudencial (art. 3.3 de la mencionada Ley 4/2005).

Por otra parte, en los concretos motivos de casación segundo (alegación cuarta) y tercero (alegación quinta), únicos en los que parece hacerse alguna referencia a criterios jurisprudenciales de esta Sala, el recurrente se limita a citar cuatro sentencias en el primero de ellos, y una en el segundo, sin fijar la doctrina jurisprudencia que contienen, y sin razonar el cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas por la sentencia recurrida.

Limitarse a indicar en esos motivos que esta Sala ha establecido el carácter general o preferente de la custodia compartida, y el excepcional de la individual cuando resulte más conveniente para el interés del menor, con la simple mención de las sentencias, no puede entenderse que cumpla dicha finalidad, puesto que esa referencia no es más que la propia dicción del precepto que se entiende infringido (art. 80 CDFA) que, como es lógico, ha sido reproducida en numerosas sentencias de esta Sala.

Estos defectos no constituyen una mera infracción formal, de carácter subsanable, porque afectan a la esencia del propio recurso, en cuanto obligan al Tribunal a suplir la actividad argumentativa de la parte recurrente para determinar qué concreta modalidad del recurso de casación interpone o, suponiendo que se interpone por vulnerar la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial de esta Sala, determinar cual es ésta y en qué modo ha sido vulnerada. Con ello este órgano incumpliría el principio de congruencia y colocaría a la contraparte en situación de evidente indefensión.

Por otra parte, y como ya se señaló en la providencia, los arts. 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón que se entienden vulnerados por la sentencia recurrida, de fecha 22 de diciembre de 2015, ya llevan más de cinco años en vigor, puesto que venían recogidos, con idéntica redacción, en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE 22 de junio de 2010), que entró en vigor el 22 de septiembre de 2010 y posteriormente se integró en el CDFA. Por tanto, en ningún caso se podría alegar para fundamentar la existencia de interés casacional el supuesto previsto en el art. 3.3 Ley 4/2005.

Al respecto cabe indicar que la inicial flexibilidad con la que esta Sala ha venido valorando la identificación por el recurrente de los motivos en los que basa la existencia del interés casacional, a efectos de admisión del recurso, al amparo del art. 3.3 de la Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, en los casos en que se aplican normas del Derecho civil aragonés que llevan menos de cinco años en vigor, debe ir reconduciéndose una vez que dichas normas han superado el límite temporal de vigencia establecido por el legislador y se ha asentado ya una doctrina jurisprudencial sobre las mismas.

Por todo lo expuesto, no indicando el recurrente la concreta modalidad de recurso que interpone, ni habiendo expresado y justificado la doctrina de la Sala supuestamente infringida, tampoco queda justificado el interés casacional, como exige el artículo 481.1 LEC, por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo supuesto en el artículo 483.2. 1º y 2º del mismo texto procesal.

**TERCERO.-** A mayor abundamiento, entrando a conocer sobre la justificación de los concretos motivos de casación alegados, en el primero (alegación tercera), se afirma la aplicación indebida del art. 80 CDFA en relación con los arts. 217 y 218 LEC, referidos estos últimos a la carga de la prueba y congruencia y motivación de las sentencias, respectivamente.

Como ya se señaló en la providencia, el motivo no puede ser admitido, al incurrir en la cita de preceptos heterogéneos que generan ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC), puesto que se alegan normas de derecho sustantivo junto a normas procesales. De hecho el motivo parece destinado, más bien, a fundamentar un recurso por infracción procesal.

Si lo que el recurrente pretende es fundamentar su impugnación en cuestiones de carácter procesal como las reglas de distribución de la carga de la prueba, o la motivación o congruencia de la sentencia, debería haberla formalizado mediante la articulación del correspondiente motivo de infracción procesal.

**CUARTO.-** Como segundo y tercer motivo (alegaciones cuarta y quinta), se entiende infringido el art. 80 CDFA, aduciendo la inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida y la aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual a favor de la madre (art. 80 CDFA).

Los dos motivos de casación alegados por el recurrente se limitan a denunciar la valoración errónea de la prueba realizada por la Audiencia Provincial en su resolución, sin que se haya articulado motivo de infracción procesal por valoración arbitraria o irracional.

Bajo la apariencia de centrar dichos motivos en la infracción del art. 80 CDFA, el recurrente vuelve a plantear la controversia ante este Tribunal, como si fuese una tercera instancia, valorando nuevamente los hechos y las pruebas practicadas a través de su propio prisma. Así, en el tercero de los motivos realiza una valoración de la prueba respecto de cada uno de los factores a los que debe atender el Juez para decidir sobre la custodia, recogidos en el art. 80.2 CDFA. Y en el cuarto motivo, el recurrente se centra en valorar el informe del gabinete psicosocial, que ha sido objeto de amplio estudio en la sentencia recurrida.

Como afirma el TS en Auto de 6-11-2012, recurso 1880/2011, *“Conviene recordar en este punto que tales exigencias derivan de la propia naturaleza de este recurso y de su carácter especialmente restrictivo y exigente (SSTC 7/89 y 29/93), como esta Sala ha declarado con reiteración en la aplicación del art. 1707 de la LEC de 1881, por ello se encuentra implícita en el artículo 481.1 de la LEC 1/2000, de manera que este precepto impide la admisión, además de aquellos recursos carentes de fundamentación, también de aquellos en los que la parte, con cumplimiento aparente de los requisitos formales -denuncia de infracción sustantiva y exposición más o menos extensa de alegaciones- sólo pretende someter al Tribunal sus propias conclusiones sobre la controversia, pero no una verdadera infracción sustantiva”.*

Ni el recurrente, ni el Ministerio Fiscal, favorable a la admisión del recurso por estos dos motivos, desvirtúan en sus alegaciones lo expuesto, a juicio de este Tribunal. El primero se limita a indicar que no ataca la valoración de la prueba, sino las consecuencias jurídicas que se extraen de los hechos obrantes en los autos. El segundo, tras aducir una serie de consideraciones por las que entiende se debe incentivar la recurribilidad de las sentencias sobre custodia compartida, considera que el informe emitido por la psicóloga del juzgado y la opinión de los hijos menores constatan la custodia compartida. Estos dos factores han sido objeto de estudio y valoración tanto por la sentencia de primera instancia como por la dictada en apelación, por lo que el recurso pretende convertir a esta Sala en una tercera instancia que valore nuevamente la prueba.

Por lo expuesto, procede inadmitir también el recurso por esta segunda causa, al amparo del art. 483.2.2ª, en relación con el artículo 477.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**QUINTO.-** El cuarto motivo (alegación quinta) debe ser inadmitido por las razones ya expuestas en la providencia, al citarse como infringido el art. 76.3.b) CDFA, siendo este un precepto genérico, a modo de principio informador, que se limita a establecer la igualdad de los padres respecto de los hijos menores de edad en sus relaciones familiares.

El Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2011, determina la inadmisibilidad cuando en el recurso se denuncie *“La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC)”*.

Vistos los preceptos legales citados,

**LA SALA ACUERDA:**

No admitir el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Oscar David Bermúdez Melero, en nombre y representación de D. Pablo G. O., frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 22 de diciembre de 2015.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Devuélvase las actuaciones, con testimonio de este auto, al Tribunal de procedencia.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados indicados al margen.