

## Recurso de casación 12/17

### A U T O

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

Zaragoza a dos de junio dos mil diecisiete.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Procurador de los Tribunales D. Antonio Quintilla Lázaro, actuando en nombre y representación de D. Pablo M. B., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, dictada por dicha Sección, en el rollo de apelación núm. 500/2016, dimanante de los autos de Modificación de Medidas núm. 472/15, seguidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> Dieciséis de Zaragoza, siendo partes recurridas D.<sup>a</sup> Ana Carmen A. R. , representada por la Procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> Ana Silvia Tizón Ibáñez, y el Ministerio Fiscal. 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. 12/2017, en el que se personaron todas las partes, se pasaron al Ponente Excmo. Sr. Presidente 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.

**TERCERO.-** En fecha 4 de mayo de 2017, se dictó providencia en la que se acordó:

“Visto el escrito de interposición del recurso de casación, considera la Sala que el mismo podría incurrir en alguna causa de inadmisión por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.3 LEC, óigase a las partes personadas para que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes sobre la concurrencia de las siguientes posibles causas de inadmisión del recurso de casación.

Su único motivo alega infracción del artículo 80.2 del CDFA pero, en realidad, no justifica la vulneración del precepto salvo por las circunstancias de hecho, que están vedadas al recurso de casación.

Al analizar el recurrente los criterios de valoración previstos en el art. 80.2 CDFA y, en particular, los relativos a las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores y a la conflictividad existente entre ellos, que sustentan la decisión judicial, muestra su disconformidad con la valoración probatoria realizada en la sentencia recurrida, proponiendo una nueva valoración probatoria que considera más correcta. Esta nueva valoración de la prueba es ajena al recurso de casación que, conforme al art. 477 LEC solo puede fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver la cuestión sustantiva objeto del proceso.

Por ello, podría incurrir en causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.2º y 4º, en relación con el artículo 477.1 LEC.”

Las partes, dentro de plazo, presentaron sus escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal su disconformidad a dicha inadmisión.

Es Ponente, según el orden establecido por la Sala, el Presidente de la misma, 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 del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

**SEGUNDO.-** El recurrente, en su escrito de alegaciones a la providencia, justifica el recurso en la vulneración por la sentencia recurrida de los factores previstos en el art. 80.2 CDFA para que el juez valore si, pese al carácter preferente atribuido por la norma al régimen de custodia compartida, en el caso concreto la individual resulta más conveniente al interés del menor.

Sin embargo, tal como se indicó en la providencia que pone de manifiesto los defectos apreciados en el recurso, la infracción del art. 80.2 CDFA que se alega no resulta justificada, puesto que lo que el recurso persigue es que el tribunal de casación valore nuevamente la prueba practicada, lo que le está vedado.

Así, al analizarse en el recurso los dos factores del art. 80.2 CDFA que sustentan la decisión de la Audiencia Provincial: las posibilidades de

conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y la conflictividad existente entre las partes, el recurso no parte de los hechos declarados probados, sino que pretende introducir hechos nuevos y valorar nuevamente los medios de prueba.

a) En el caso de la conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores, el recurso se sustenta en la afirmación de que no ha quedado acreditado que la madre tenga una mayor disponibilidad horaria que el padre, introduciendo hechos distintos a los recogidos en la sentencia recurrida, como los relativos a los días que los hijos duermen con los abuelos maternos o los días de descanso laboral del padre.

b) Por lo que se refiere a la conflictividad entre los cónyuges, valora nuevamente los medios probatorios (informes periciales y del punto de encuentro) pretendiendo una valoración probatoria diferente de la recogida en la sentencia.

Tal medio de proceder no es posible en el recurso de casación y más si no se ha interpuesto recurso por infracción procesal.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, favorable a la admisión del recurso, centra su escrito de alegaciones, fundamentalmente, en razonamientos sobre el fondo del asunto.

No obstante, y por lo que se refiere a esta fase de admisión, indica que la suficiencia o insuficiencia de la justificación del régimen de custodia es cuestión revisable en el recurso de casación. Con cita de sentencias de esta Sala, pone de manifiesto que “la corrección que en la valoración de la prueba haya hecho la sentencia recurrida no es óbice ni condiciona la competencia de esta Sala de Casación para determinar si la realidad fáctica considerada ha sido correctamente subsumida en la norma de aplicación”.

Sin embargo, como ya se ha indicado, en el presente recurso el recurrente no pretende una ponderación de los juicios de valor realizados por la sentencia recurrida partiendo de los hechos probados de ésta, sino que propone una nueva valoración probatoria por no considerar correcta la realizada en la sentencia, lo que está vedado al recurso de casación, que no puede convertirse en una tercera instancia.

Por todo lo expuesto procede inadmitir el recurso por no cumplir los requisitos exigidos y por manifiesta falta de fundamento, con arreglo al art. 483.2. 2º y 4º LEC, en relación con el art. 477.1 LEC.

**CUARTO.-** Las costas han de ser impuestas a la parte recurrente (art. 398 LEC), y el depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

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

### **LA SALA HA DECIDIDO**

1.- No admitir el recurso de casación formulado contra la sentencia de 6 de febrero de 2017 dictada por la Audiencia Provincial Zaragoza, sección segunda, en el rollo de apelación número 500/2016 dimanante de autos número 472/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza.

2.- Declarar firme la sentencia antes citada.

3.- Imponer a la parte recurrente el pago de las costas causadas en este recurso.

4.- Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

5.- Se dará al depósito prestado el destino legalmente previsto.

La presente resolución no es susceptible de recurso alguno.

Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.