

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 31 enero 2012

[JUR\2012\51618](#)



Recursos de casación, por interés casacional, y extraordinario por infracción procesal contra sentencia recaída en juicio verbal, sobre guarda, custodia y fijación de pensión de alimentos de menor, seguido por razón de la materia. Preparación defectuosa del recurso de casación, por plantear cuestión que excede de su ámbito y es propia del recurso por infracción procesal (art. 483.2,1º, inciso segundo, en relación con art. 477.1 LEC 2000) y por falta de acreditación del interés casacional (art. 483.2,1º, inciso segundo, en relación con el art. 479.4 LEC 2000). La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en relación con la Disposición Final 16ª, apartado 1, regla 5ª, párrafo 2º de la LEC 2000). Inadmisión.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Casación 1543/2011

**Ponente:** Excmo Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil doce.

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

1

La representación procesal de DOÑA Noemi presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada, con fecha 8 de abril de 2011, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) en el rollo de apelación nº 65/2011, dimanante de los autos de juicio verbal nº 192/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante.

2

Habiéndose tenido por interpuestos los recursos, se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de TREINTA DÍAS, para que pudieran personarse ante dicho Tribunal si les conviniera, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de las partes con fecha 6 de julio de 2011.

3

Formado el presente rollo, por la procuradora Sra. Pereda Gil se ha presentado escrito con fecha 19 de julio de 2011, en nombre y representación de DOÑA Noemi, personándose en concepto de parte recurrente. De igual forma, la procuradora Sra. Aparicio Carol presentó escrito con fecha 29 de julio de 2011, en nombre y representación de DON Ángel, personándose en concepto de parte recurrida.

4

Por providencia de 13 de diciembre de 2011, dictada de conformidad con lo dispuesto en los [arts. 473.2 y 483.3](#) de la [LEC \( RCL 2000. 34 , 962 y RCL 2001. 1892\)](#) 2000, se pusieron de manifiesto a las partes personadas ante esta Sala y al Ministerio Fiscal las posibles causas de inadmisión de los recursos.

5

Con fecha 5 de enero de 2012 la parte recurrente presentó escrito alegando en favor de la admisión de los recursos. El Ministerio Fiscal, mediante informe fechado el 11 de enero de 2012, y la parte recurrida, a través de escrito presentado en fecha 4 de enero de 2012, muestran su

conformidad con las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

6

Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la [Disposición Adicional 15ª](#) de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \( RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , del Poder Judicial , introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \( RCL 2009, 2089\)](#) , complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , a los solos efectos de este trámite.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

Se interponen recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la recaída en primera instancia de un juicio verbal sobre guarda, custodia y pensión de alimentos de hijo menor de edad.

Dado que la sentencia de segunda instancia se dictó en fecha posterior a la entrada en vigor de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 1/2000, de 7 de enero, es indiscutible su sometimiento al régimen de recursos extraordinarios que ésta diseña, de modo que, al poner término la misma a un proceso que fue sustanciado en atención a la materia, en virtud del régimen normativo aplicable al tiempo de iniciarse el pleito, su acceso a la casación queda circunscrito al supuesto de recurribilidad previsto en el ordinal 3º del [art. 477.2](#) de la LEC 2000 , al ser reiterado, conocido y ajustado a los parámetros constitucionales ( [SSTC 150/2004, de 20 de septiembre \( RTC 2004, 150 \)](#) , [164/2004, de 4 de octubre \( RTC 2004, 164 \)](#) , [167/2004, de 4 de octubre \( RTC 2004, 167 \)](#) y [3/2005, de 17 de enero \( RTC 2005, 3 \)](#) ), el criterio de esta Sala sobre el carácter distinto y excluyente de los cauces de acceso a la casación.

Interpuestos de forma conjunta recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, procede examinar en primer lugar, de conformidad con lo establecido en la Disposición final 16ª de la LEC 2000 , si es admisible el recurso de casación, pues en caso contrario deberá también inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo dispuesto en la propia Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, LEC 2000 .

La parte recurrente preparó el recurso de casación al amparo del ordinal 3º del [art. 477.2](#) de la LEC 2000 , y, tras citar como preceptos legales infringidos el [art. 39](#) de la [Constitución Española \( RCL 1978, 2836 \)](#) , los [arts. 92 , 94 , 103 , 154 y 159](#) del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) y el [art. 2](#) de la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero \( RCL 1996, 145 \)](#) , de Protección Jurídica del Menor , alegó la existencia de interés casacional por oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, citando como opuestas a la recurrida, de un lado, las sentencias de 31 de diciembre de 1982 , 2 de mayo de 1983 , 9 de junio de 2003 y 27 de marzo de 2001 , en cuanto a la aplicación del principio del "favor filii" y sus consecuencias jurídicas, y, de otro, la sentencia de 22 de diciembre de 1994 , en cuanto a que el Juez "a quo" y el Tribunal de alzada no están vinculados por ningún informe psicológico, ni tan siquiera por el realizado por el psicólogo adscrito al Juzgado, y pueden discrepar de los mismos siempre que lo hagan de un modo fundado y utilizando las reglas de la sana crítica. También se alegó la existencia de interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, de un lado, relativa a la atribución de la custodia del menor al progenitor que padece de trastorno depresivo o de la personalidad, citando, al efecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de 16 de julio de 2008 , y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, de 19 de febrero de 1999 , y, de otro, sobre el valor preponderante a la conclusión de la prueba pericial psicológica practicada por psicólogo adscrito al Juzgado obrante en autos, sobre las circunstancias emocionales y fácticas de los progenitores, citando las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, de 20 de mayo de 2003 , 27 de enero de 2004 , 7 de febrero de 2008 y 19 de febrero de 2007 .

Utilizado el cauce del interés casacional para acceder a la casación, dicha vía es la adecuada, habida cuenta que el procedimiento se sustanció por razón de la materia.

2

No obstante lo anterior, no cabe sino inadmitir el presente recurso de casación, pues el mismo incurre en la causa de inadmisión de preparación defectuosa ( art. 483.2,1º, inciso segundo, en relación con [art. 477.1 LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000 ), en cuanto, según se hace patente a la vista de los términos del escrito de preparación del recurso, realmente lo que se viene a poner de manifiesto a través del mismo, mediante cita de las doctrinas contenidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994 y en las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, que se mencionan, es la disconformidad del recurrente con la valoración realizada por la Audiencia de la prueba pericial psicológica practicada en los autos a la hora de otorgar la guarda y custodia del menor al padre, lo que no constituye una cuestión jurídica sino fáctica, que excede del ámbito del recurso de casación y que ha de plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, constituyendo muy reiterada ya doctrina de esta Sala la que declara que conforme al régimen legal de los recursos extraordinarios que diseña la LEC 2000, el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al objeto del proceso a que alude el [art. 477.1 LEC 2000](#) , y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas "*al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares*" , como señala la Exposición de Motivos de la LEC 2000, que directamente alude a que "*las infracciones de leyes procesales*" quedan fuera de la casación; y una de las consecuencias del ámbito estrictamente material del recurso de casación es que el "interés casacional", en cualquiera de los casos que contempla el [art. 477.3 LEC 2000](#) , ha de referirse a normas sustantivas, e igualmente sustantiva deberá de ser la jurisprudencia de esta Sala o la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Precisamente en esta naturaleza material del interés casacional se halla la razón por la que en el régimen provisional, que se regula en la Disposición final decimosexta de la LEC 2000 , exista una subordinación del recurso por infracción procesal al de casación, supeditación que es absoluta en relación con las resoluciones recurribles por la vía del "interés casacional" (regla 2ª de dicha Disp. final 16ª LEC 2000), pues como el presupuesto que dicho interés comporta ha de estar referido a norma o jurisprudencia sustantiva, únicamente la presentación de recurso de casación posibilita la preparación del otro extraordinario, sin que pueda eludirse esta norma por medio de la utilización del recurso de casación para plantear cuestiones propias del recurso procesal.

3

A lo anterior se une que el recurrente no habrá acreditado el "interés casacional" alegado en su escrito de preparación, a tenor de los criterios de recurribilidad que esta Sala viene propugnando de acuerdo con lo dispuesto en la nueva [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000, tal y como se recogen en el Acuerdo adoptado por la misma reunida en Junta General de Magistrados celebrada el día 12 de diciembre de 2000, Acuerdo **que ha integrado la regulación de la LEC de modo que forma parte de la normativa sobre el recurso de casación ( [STC 108/2003, de 2 de junio \( RTC 2003, 108 \)](#) , en recurso de amparo nº 82/2002 )** , y conforme a los cuales cuando el interés casacional se funde en la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, **es preciso citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuando y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas, con la consecuencia de que concurrirá la preparación defectuosa del recurso tanto cuando se omita la expresión de las sentencias de la Sala Primera como cuando se mencionen éstas y su contenido, pero, en cambio, no se razone la vulneración de su doctrina por la resolución recurrida** , lo cual resulta imprescindible para que la Audiencia pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado y decidir sobre la preparación del recurso de casación; y cuando se alega la existencia de doctrina contradictoria entre Audiencias Provinciales, por tal debe entenderse **la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca** ; en consecuencia, la

preparación defectuosa, si se funda el "interés casacional" en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones jurídicas resueltos por la sentencia, concurrirá **cuando se prescinda de mencionar las sentencias firmes de Audiencias Provinciales, que deberán ser dos de un mismo órgano jurisdiccional y otras dos de otro órgano diferente, siendo rechazable la enumeración masiva de resoluciones, que habrán de limitarse a cuatro por cada punto de cuestión o contradicción (dos en cada sentido) y, en el caso de citarse más, se estará a las de fecha más reciente** ; asimismo será necesario recoger el contenido de las sentencias, su "ratio decidendi", con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí , lo que igualmente resulta imprescindible para que la Audiencia efectúe el control de recurribilidad que le corresponde en la fase preparatoria ( [art. 479.4 LEC](#) ). Todo ello además de tener que venir referido el recurso de casación a una concreta infracción legal, que necesariamente ha de expresarse también en la preparación del recurso, pues así lo exige el [art. 479.4](#) de la LEC 2000 .

Y es que la doctrina precedentemente expuesta, recogida en diversos autos resolutorios de recursos de queja y recaídos en fase de admisión de recursos de casación, traída al caso objeto de examen, determina también la inadmisión del recurso, pues, de un lado, la cita jurisprudencial que se hace, en relación con "la atribución de la custodia del menor al progenitor que padece de trastorno depresivo o de la personalidad" --también respecto del valor preponderante de la conclusión de la prueba pericial psicológica practicada por psicólogo adscrito al Juzgado--, no incluye dos resoluciones de un mismo tribunal --Audiencia Provincial o Sección de la misma-- resolviendo en un sentido y otras dos de otro mismo tribunal haciéndolo en sentido opuesto o diverso, sobre puntos o cuestiones acerca de los cuales haya decidido la resolución que pretende recurrirse, cuando por la parte recurrente se citan exclusivamente dos sentencias que proceden de otros tantos distintos órganos jurisdiccionales, en cuanto distintas serán las Secciones de la Audiencia Provincial de A Coruña que las han dictado, y que, además, recogen, según se expone por la propia parte recurrente, criterio opuesto al seguido por la sentencia recurrida, y ya este Tribunal ha venido pronunciándose reiteradamente sobre la necesidad de acreditar que existen dos sentencias firmes de una Audiencia Provincial o Sección de la misma, decidiendo en sentido contrario que otras dos sentencias firmes de otra Sección o Audiencia distinta, sin que baste la simple divergencia entre la sentencia que se intenta recurrir con otra u otras sentencias de distinta Audiencia, pues lo que constituye "interés casacional" no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos judiciales, que ha dado lugar a esa "jurisprudencia contradictoria" que el legislador trata de evitar, permitiendo al Tribunal Supremo sentar una doctrina con finalidad unificadora; y, de otro lado, en cuanto a la doctrina sobre la falta de vinculación por los tribunales de instancia a los informes psicológicos obrantes en autos, el recurrente se limita a citar una sola sentencia del Tribunal Supremo, al margen de omitir también cualquier razonamiento en orden al cómo y el por qué de la vulneración de su doctrina, y sin perjuicio de lo ya antes dicho en orden a que el interés casacional debe referirse a jurisprudencia sustantiva.

Los defectos apreciados conducen a la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.1º, inciso segundo, en relación con el [art. 479.4](#) de la LEC 2000 , de preparación defectuosa.

4

Finalmente, en cuanto al interés casacional alegado en torno a la doctrina sobre la aplicación del principio "favor filii" y sus consecuencias jurídicas, aunque formalmente se da cumplimiento a los requisitos establecidos en el apartado cuarto del [art. 479](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000 , expresándose las infracciones legales sustantivas que se entienden cometidas, invocándose cuatro sentencias de esta Sala con un criterio jurídico que se dice coincidente a las que supuestamente se opone la sentencia recurrida, indicándose cuál es dicho criterio y razonándose, en alguna medida, cómo ha sido vulnerada la doctrina de las mismas, sucede, sin embargo, que dicho interés casacional resulta ser artificioso, ya que no es un "interés" real, efectivo, verdaderamente existente, toda vez que el criterio jurisprudencial aludido resulta ser criterio general que no atiende a las concretas circunstancias del caso resuelto en la sentencia impugnada, eludiendo la parte recurrente que la misma tiene por base, para otorgar la guarda y custodia del menor al padre demandado, el hecho de resultar acreditado, mediante el informe pericial practicado, que existe una

posible **situación de riesgo** para el menor de quedar bajo la custodia de la madre, dada la poca estabilidad emocional, con fragilidad o falta de resistencia en condiciones de estrés subjetivo, y demás patologías que, según se expone, sufre la misma, recomendándose, en consecuencia, la custodia paterna precisamente en interés y beneficio del menor. En la medida en que ello es así, el interés casacional representado por la contradicción con la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que se citan, no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la resolución recurrida a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose por completo del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, consiguientemente, ante un interés casacional artificioso.

Circunstancias, las expuestas, que conducen igualmente a la causa de inadmisión, de preparación defectuosa, por falta de acreditación del interés casacional, prevista en el ordinal 1º, inciso segundo, del [art. 483](#) de la LEC , puesto en relación con el art. 479.4 de la misma Ley procesal .

5

La inadmisión del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse, sin más, el recurso extraordinario por infracción procesal, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, regla 5ª, párrafo segundo, de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000 , concurriendo, pues, respecto del recurso procesal la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada Disposición final 16ª de la LEC 2000 .

6

Consecuentemente, procede declarar inadmisibles ambos recursos y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los [arts. 483.4 y 473.2](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 1/2000 .

7

Abierto el trámite previsto en los [arts. 483.3 y 473.2](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 1/2000 y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente.

8

Inadmitidos los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y firme la sentencia recurrida ello determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la [Disposición Adicional 15ª, apartado 9](#) , de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \( RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , del Poder Judicial , introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \( RCL 2009, 2089 \)](#) , complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

LA SALA ACUERDA

1º) **NO ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL** interpuestos por la representación procesal de DOÑA Noemi contra la sentencia dictada, con fecha 8 de abril de 2011, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) en el rollo de apelación nº 65/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 192/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, CON PÉRDIDA DE LOS DEPÓSITOS CONSTITUIDOS .

2º) **DECLARAR FIRME** dicha resolución.

3º) **IMPONER LAS COSTAS** a la parte recurrente.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, verificándose la notificación de la misma por este Tribunal al Ministerio Fiscal y a las partes recurrente y recurrida, a través de sus procuradores comparecidos en el presente rollo .

De acuerdo con lo dispuesto en los [arts. 473.3 y 483.5](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.