



Roj: ATSJ CAT 493/2011
Id Cendoj: 08019310012011200154
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 107/2010
Nº de Resolución: 106/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CARLOS RAMOS RUBIO
Tipo de Resolución: Auto

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

R. Casación e infracción procesal núm. 107/2010

AUTO nº 106/11

Presidente :

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados :

Ilma. Sra. D^a. María Eugenia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 3 de octubre de 2011

Dada cuenta; presentados los anteriores escritos del Ministerio Fiscal y de los procuradores Srs. D. Albert Grasa Fàbrega y D. Francisco Toll Musteros, únanse a las actuaciones; y,

Antecedentes de hecho

Único. Por el procurador Sr. D. Francisco Toll Musteros en representación de D. Luis Miguel se preparó, primero, y se interpuso, después, un recurso de casación y otro extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia de fecha 28 de enero de 2010 dictada por la Sección 12^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 405/09 .

Por providencia dictada al amparo de lo dispuesto en el *art. 483.3 LEC* se dio traslado a las partes personadas sobre la posible causa de inadmisión del recurso interpuesto, habiendo efectuado las mismas las alegaciones que han considerado oportunas.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio.

Razonamientos jurídicos

Primero . Con carácter previo y habiéndose interpuesto un recurso extraordinario de infracción procesal y otro de casación por interés casacional, debe recordarse que conforme la *Disposición Final 16^a.5.II LEC* la Sala deberá examinar, en primer lugar, si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación y, en el caso de acordar la inadmisión de éste, deberá inadmitir sin más trámites el recurso de infracción procesal.

Segundo . 1 . En resolución que dio lugar al trámite previsto en el *art. 483.3 LEC* dejamos dicho que:

"...habiendo sido interpuesto el recurso de casación en virtud de la concurrencia de interés casacional (art. 477.2.3 LEC), se observa que el escrito de preparación no se halla adecuadamente estructurado en "motivos", sino que se limita a transcribir hasta diez preceptos supuestamente infringidos, sin especificar de qué modo se relacionan unos con otros. Por otra parte, la descripción del supuesto interés casacional se efectúa respecto de dos materias -custodia compartida y pensión compensatoria- por supuesta contradicción a doctrina de esta Sala y, al propio tiempo -lo que resulta absolutamente incompatible-, por

doctrina pretendidamente contradictoria de las Audiencias Provinciales, sin especificar en ningún caso las circunstancias de los respectivos supuestos de hecho, ni razonar en forma alguna sobre la pretendida infracción del "interés de los menores" en el supuesto del recurso, más allá de algunas apelaciones genéricas a la "conflictividad" parental y a la bondad de la custodia compartida, ineficientes para apreciar dicho interés, o haciendo supuesto de la cuestión, al negar la existencia de un "desequilibrio económico" en la ex cónyuge que en la sentencia recurrida se considera probado" .

2 . A los efectos reseñados, cabe recordar que el tribunal a quo rechazó el recurso de apelación en base a las siguientes consideraciones:

a) Por lo que se refiere a la solicitud del apelante de que fuera dispuesta la guarda y custodia compartida de la hija común menor de edad, tomando como punto de partida y cuestión nuclear el interés de la misma, declaró que " *las relaciones de los padres son difíciles y falta comunicación entre ambos* " y, contra el parecer del Juez de primera instancia, consideró que, de " *la exploración de la menor NEUS, no se desprende que la madre ejerza la influencia negativa... respecto de la menor, ni menos [aún] que exista una situación similar a la del síndrome de alienación parental* ", razones por las cuales y teniendo en cuenta que " *tampoco se ha practicado informe psicológico ni del SATAV u otro organismo que aconseje la fijación de un sistema de guarda y custodia compartida* ", es por lo que decidió atribuirle a la madre, que " *ha venido cuidando a la menor desde su nacimiento* ", señalando un régimen de visitas a favor del padre.

b) En cuando al reconocimiento del derecho de la actora a una pensión compensatoria con cargo al demandado, aceptando *ab initio* " *un criterio restrictivo* " en la materia y teniendo en cuenta su naturaleza ajena a lo alimenticio y más propia del resarcimiento del daño objetivo, llegó a la conclusión, en función de una serie de datos económicos pormenorizados (FD3º) de carácter fáctico, de los que se desprende que " *la posición económica del demandado es muy superior a la de la actora y, por tanto, se produce un desequilibrio económico para ella* ", de que debía reconocerse a ésta el derecho a percibirla por importe de 200 euros mensuales durante cinco años.

Tercero . 1 . En el escrito de preparación de los recursos, como se advertía sucintamente en la providencia que dio lugar al trámite previsto en el *art. 483.3 LEC* , por lo que se refiere al de casación, se hacía referencia en 10 apartados sucesivos -sin articularlos en uno o más motivos diferentes, sin interrelacionarlos y sin explicar (al menos sucintamente) de qué forma podrían resultar aplicables al supuesto de hecho del recurso, que no se describe en absoluto- a otros tantos preceptos del Codí de Família supuestamente infringidos, relativos a cuestiones heterogéneas y de los que se limita a transcribir su contenido entrecomillado, como son, por este orden: el *art. 76* , del que se transcriben todos sus apartados sin precisar cuál o cuáles de ellos son los concernientes al caso; el *art. 79.2* , que, al referirse al *art. 76* , adolece de igual imprecisión; el *art. 82* ; el *art. 143* , del que igualmente se transcriben sin precisión alguna todos sus *apartados*; el *art. 264* , como el anterior; el *art. 267* , de igual manera; el *art. 135* , que también se transcribe íntegro sin acotación ninguna; el *art. 2* ; el *art. 83.2* ; y el *art. 84* .

A este apartado seguía otro en el que, bajo la rúbrica " *interés casacional* ", se limita a enunciar en dos subapartados diferentes, uno relativo a la custodia compartida y a " *los efectos derivados de la misma* " y otro referido a la pensión compensatoria, las sentencias de esta Sala de casación que considera propicias a sus tesis, seguidas, en cada caso y sin solución de continuidad, por las sentencias de las dos Secciones especializadas de la Audiencia Provincial de Barcelona (la 12ª y la 18ª) que, sin decirlo expresamente, parece que quieren contraponerse.

2. Por su parte, en el escrito de alegaciones presentado en el incidente del *art. 483.3 LEC* , contraviniendo el sentido del mismo, que no permite atender a la subsanación de los defectos observados - en la medida en que se refieran al cumplimiento de determinados requisitos que deberá producirse dentro del plazo para la preparación del recurso-, sino, en su caso, a la aclaración de aquellos extremos o aspectos que hubieran podido quedar oscuros o poco claros, el recurrente - aunque diga lo contrario- pretende reordenar su recurso y articularlo ahora en dos motivos distintos, apelando al " *interés [superior] de la hija menor de edad* " a fin de que, con base en él, se consideren superados cualesquiera defectos formales, lo que sólo podría tener lugar, en su caso, con aquéllos que no sean de cumplimiento inexcusable.

Cuarto . 1 . Como hemos dicho, en el primer apartado el recurrente interesa que se disponga la guarda y custodia compartida, agrupando en él la denuncia de 8 preceptos distintos, aunque, partiendo de la idea - perfectamente asumible- según la cual la decisión judicial sobre la custodia de los menores en caso de ruptura matrimonial de sus progenitores debe ser la que mejor garantice los intereses de aquéllos, es decir, " *aquella medida que mejor favorezca su adecuado e integral crecimiento* ", de lo que el recurrente pretende deducir -en

este caso sin asiento legal ni jurisprudencial alguno, como veremos- que, " *si no se aprecia motivos para que no sea así* ", deba ser dispuesta *necesariamente* la custodia compartida, lo que supone *de facto* convertirla en una solución preferente, especialmente -como sucede en el supuesto del recurso- cuando hubiere sido acordada en la primera instancia con el parecer favorable del Fiscal -que, sin embargo, ahora se muestra contrario- y hubiere sido ejecutada desde entonces sin problemas relevantes.

Este primer apartado incluye un capítulo final referido a los " *efectos derivados* " de la custodia compartida, entre los que alude de manera confusa y abigarrada a la pensión de alimentos de la menor, al régimen de visitas (de manera alternativa) y al uso del domicilio, que -según su criterio- " *deberán modificarse* ".

Para defender esta idea: a) en cuanto a los alimentos, apela a la igualdad del tiempo en que ambos progenitores deberían estar con la menor y a sus capacidades económicas similares para justificar una igualdad de prestaciones; b) en cuanto a la atribución del uso del domicilio, considera debe hacerse de forma alterna por tratarse de " *una buena medida en supuestos poco conflictivos como el de autos* ", y, si bien manifiesta no ignorar nuestra doctrina -la fijada en la STSJC 31/2008, en la que se consideraba el uso alterno del domicilio **familiar** " *una fuente de conflictos* "-, aduce que no es de aplicación al supuesto del recurso debido a que en la primera instancia " *las partes ya han venido llevando un sistema de uso alterno del domicilio, sin que ello haya generado mayores problemas* ", máxime teniendo en cuenta que la vivienda acabaría por venderse y, por tanto, el uso alterno sólo debería ser temporal o por plazo determinado, y que ambos progenitores podrían vivir con sus respectivos padres durante el tiempo que no tuvieran asignada la custodia de la menor; y c) en cuanto al régimen de visitas, para el caso de no establecerse la custodia compartida, solicita sea revisado por no reconocer suficientemente el derecho del progenitor a tener en su compañía a la menor.

En última instancia, también de forma agrupada en este mismo apartado, el recurrente denuncia la vulneración del art. 79.2 CF, por no haber sido dispuesta " *la mediación* " allí prevenida para intentar superar las divergencias entre los progenitores.

2. En el segundo apartado, se considera infringido el art. 84 CF admitiendo que, prioritariamente, esta impugnación se hace depender de la suerte que corra el motivo correspondiente del recurso extraordinario por infracción procesal " *en el que se pretende impugnar el relato fáctico de la Sentencia* " y, más en concreto, el relativo a " *la existencia del desequilibrio económico* ".

Si bien, se alega que, aun cuando no se modificara el relato de hechos, seguiría subsistiendo la infracción denunciada al haber ignorado la sentencia recurrida uno de los presupuestos de la pensión compensatoria, cual es " *un empeoramiento en la situación anterior de la esposa referente al momento previo a contraer matrimonio* ", que se dice no concurre en el supuesto de autos, teniendo en cuenta además que " *la convivencia no ha sido excesiva* " (por lo que se refiere a su duración, " *algo más de 10 años* "); que las escasas expectativas laborales de que disfrutaba antes del matrimonio no se vieron perjudicadas por su unión al recurrente, y que los bienes adquiridos durante ésta (piso y parking) son titularidad pro indiviso de ambos.

Quinto . 1 . Por lo pronto, como ya hemos dejado dicho, el planteamiento de los dos apartados o motivos del recurso de casación por interés casacional es realizado por la recurrente de forma confusa -agrupando en un mismo apartado la infracción de preceptos heterogéneos y la denuncia de materias diferentes-, y sin articulación en tantos motivos distintos como infracciones se consideren producidas, como hubiera sido obligado (SSTS 1ª 649/2005 de 20 jul . y 856/2009 de 11 ene .).

Más aún, el planteamiento se realiza acudiendo simultáneamente, a dos vías o cauces, como son el de la oposición a jurisprudencia de esta Sala y el de la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, que son incompatibles -tal y como hemos declarado reiteradamente (AATSJC 13 octubre 2005 , 12 enero 2006 , 7 junio 2007 , 8 mayo 2008 , 18 septiembre 2008 y 5 de mayo y 27 de septiembre de 2010 , entre otras)-, atendido que existe jurisprudencia de esta Sala sobre la materia controvertida, tanto por lo que se refiere la custodia compartida como por lo que atañe a la pensión compensatoria. No podrán tomarse en consideración, por tanto, a efectos de la eventual admisión de los recursos las alusiones y referencias a la doctrina pretendidamente contradictoria de las Audiencias Provinciales.

2. Por otra parte, en relación con el primer apartado o motivo fundado primordialmente en la infracción del *interés del menor* , no debe olvidarse que el acceso de esta cuestión a la casación por la vía del *núm. 3º del art. 477.2 LEC* exige la especial contemplación de la arbitrariedad de la solución adoptada en la instancia sin discutir las circunstancias fácticas sentadas en la sentencia impugnada.

En efecto, en la STSJC 10/2010, de 8 de marzo, señalamos que:

" Desde un planteamiento simplemente casacional, la valoración de si el interés de unos concretos menores ha quedado adecuadamente salvaguardado, dada una determinada situación de hecho indiscutible, **sólo podría afrontarse en aquellos casos en que la solución aplicada por la Audiencia Provincial fuera irracional, ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores.** "

Y en relación con el *favor filii*, la STS 1ª 614/2009, de 28 de septiembre, confirmando reiterada jurisprudencia seguida por esta Sala, nos recuerda que:

" ...Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional".... Y reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, **la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá.** Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, **en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa"** (STS 17 julio 1995)..." .

Más aún, esta propia Sala (AATSJC 5 y 8 may. y 27 sep. 2010, que inadmiten recursos de casación por interés casacional que plantean la bondad o no de la custodia compartida), ha declarado que:

" .. [es] *improcedente que la Sala convirtiéndose en una tercera instancia entre a valorar los hechos declarados probados por el Tribunal de apelación, pues la única regla de fijación de doctrina jurídica sería la aceptada por la sentencia, esto es, que el interés del menor debe primar siempre sobre el derecho de los padres a verlos y tenerlos en su compañía lo que... ha sido observado por la sentencia ...* "

3 . Y por lo que se refiere al segundo apartado o motivo, en el que abiertamente se reconoce la supeditación al recurso extraordinario por infracción procesal, parece haberse olvidado que en el régimen provisional de los recursos civiles extraordinarios previsto en la DF 16ª de la LEC resulta evidente que la regla 4ª obliga a la " *tramitación conjunta* " del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos contra una misma sentencia, y que la regla 5ª impone en tales casos a la Sala competente el examen prioritario -" *en primer lugar* " - de la admisibilidad del recurso de casación, especialmente cuando ésta se hubiere fundado en el *núm. 3º del art. 477.2 LEC*, de manera que la inadmisión de la casación supondrá " *sin más trámites* " la del recurso extraordinario por infracción procesal (por todos, ver el ATSJC 17 feb. 2011 -rec. 58/10-, y el ATS 1ª 18 sep. 2001 -rec. 1735/01 -).

Quiere ello decir que, para decidir sobre la admisión de la casación no será posible considerar otra realidad fáctica que la contemplada en la sentencia recurrida, de manera que si se pretendiese supeditar su estimación a la previa del recurso extraordinario por infracción procesal, se estaría incurriendo en el defecto casacional determinante de inadmisión, consistente en hacer "supuesto de la cuestión" (por todas, SSTS 1ª 494/2008 de 6 jun. -FJ1 -, 184/2009 de 23 mar. -FJ2 - y 685/2009 de 5 nov. -FJ14-).

Es cierto que el recurrente insiste, no obstante, en la admisibilidad de este motivo o apartado sobre la base de alegar que se advierte la infracción denunciada (*art. 84 CF*) aun cuando se respete la base fáctica de la sentencia, pero, en realidad, en este punto -quizás inadvertidamente- vuelve a cuestionar la existencia del desequilibrio, que la sentencia considera plenamente probado y, además, pretende que el elemento de comparación sea con la situación prematrimonial, lo que no es admitido por nuestra jurisprudencia.

4 . En conclusión, por lo que se refiere al escrito de preparación, aparte de los defectos formales en la construcción del recurso de casación a los que se ha hecho particular referencia más arriba, referidos a la falta de articulación en tantos motivos diferentes como infracciones distintas son denunciadas y a la falta de claridad, por lo que respecta a las dos cuestiones que en él se plantean -no obstante, la relativa a la custodia compartida hubiera requerido una subdivisión por lo que se refiere a los efectos que pretenden hacerse derivar de la misma- se incurre en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, en relación con el grado de conflictividad y la concurrencia de otros presupuestos de dicha medida, por lo que se refiere a la custodia compartida, y en relación con el desequilibrio económico, por lo que respecta a la pensión compensatoria, y además, se formula el interés casacional en relación con cierta doctrina jurisprudencial inexistente, al menos en los términos en que se formula, dado que es incierto que en la situación legal que se contempla pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés del menor, de la misma manera que lo es el que deba atenderse a la situación económica prematrimonial para valorar el



desequilibrio económico requerido como presupuesto de la pensión compensatoria, por todo lo cual procede inadmitir el mencionado recurso.

Séptimo . No admitido el recurso de casación por interés casacional, resulta procedente igualmente la inadmisión del recurso extraordinario de infracción procesal, de conformidad con la *Disposición Final 16ª.1. 5ª.//* LEC.

Octavo . Se imponen las costas de los dos recursos por aplicación de lo dispuesto en el *art. 398 LEC* en relación con el *art. 394 LEC* .

En su virtud,

Dispositiva

INADMITIMOS el recurso de casación y el extraordinario de infracción procesal interpuestos por el Procurador Sr. D. Francisco Tollo Musterios en representación de D. Luis Miguel contra la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2010 por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo de Apelación núm. 405/2009 , con imposición de las costas causadas al recurrente.

Así lo acuerdan, manda y firman los Magistrados indicados al margen, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ