

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 16 diciembre 2015

[JUR\2016\3790](#)



DIVORCIO CONTENCIOSO. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. Recurso de casación contra sentencia recaída en juicio de divorcio tramitado en atención a la materia.- Inadmisión del recurso de casación por falta de indicación en el encabezamiento del motivo la jurisprudencia que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida por esta Sala (art. 483.2.2º en relación con el art. 481.1 de la LEC), por cita de preceptos heterogéneos que genera la existencia de ambigüedad sobre la infracción alegada (art. 483.2.2º en relación con el art. 481.1 de la LEC), y por inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC) y por inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC).

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 2319/2015

Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán

AUTO

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1

La representación procesal de D. Felipe presentó escrito de interposición del recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 12 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en el rollo de apelación n.º 1002/2014 dimanante de los autos de juicio de divorcio contencioso n.º 993/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Madrid.

2

Mediante diligencia de ordenación de 17 de julio de 2015 se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante este Tribunal por término de treinta días, habiéndose notificado y emplazado a las partes litigantes, por medio de sus respectivos procuradores.

3

La procuradora Dña. M.ª Asunción Sánchez González, en nombre y representación de D. Felipe, presentó escrito el 21 de julio de 2015, personándose en concepto de parte recurrente. El procurador D. Jorge Vázquez Rey, en nombre y representación de Dña. Serafina, presentó escrito el 1 de septiembre de 2015 personándose en concepto de parte recurrida, a la vez que se oponía a la admisión del recurso.

4

Por providencia de fecha 28 de octubre de 2015 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

5

La parte recurrida por medio de escrito presentado el 4 de noviembre de 2015, mostró su conformidad con las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto. El Ministerio Fiscal en su informe de 6 de octubre de 2015 interesó la inadmisión del recurso. La parte recurrente no ha

efectuado alegaciones según consta en Diligencia de Ordenación de 24 de noviembre de 2015.

6

Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la [Disposición Adicional 15ª](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Marin Castan.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

Se ha interpuesto recurso de casación por interés casacional frente a una sentencia dictada en segunda instancia en un juicio de divorcio contencioso. El cauce acceso al recurso es el correcto al tratarse de un juicio especial tramitado por razón de la materia.

El escrito de interposición se articula en tres motivos sin encabezamiento alguno. En el primero de ellos se alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala contenida en SSTS de 7 de julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012 , 19 , 25 y 29 de noviembre de 2013 , 18 de noviembre , 22 de octubre , 16 de octubre , 26 de mayo , 25 de abril de 2014 y 16 de febrero y 26 de junio de 2015 en materia de guarda y custodia compartida. En el segundo se hace referencia a las infracciones legales, sin mencionar cuáles son y a la doctrina de la Sala que se dice vulnerada, sin concretarla, para desarrollar estos puntos en el motivo tercero. En este último motivo que se dice que es desarrollo de los anteriores y bajo el título "I. Sobre las infracciones legales", se citan en un primer apartado como preceptos infringidos los [arts. 3 , 4 , 92 , 68 y 1116 del CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, 11.2 de la [LO 1/96 \(RCL 1996, 145 \)](#) de Protección Jurídica del Menor, 120.3 [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#) , 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para luego alegar que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores recogida en las sentencias que antes citó en el motivo primero, en tanto en cuanto la sentencia recurrida deniega la misma al argumentar que no existen buenas relaciones entre las partes para establecerla, pese a que no existe denuncia alguna interpuesta por el padre y las denuncias presentadas por la madre fueron instrumentales e interpuestas estratégicamente para evitar el otorgamiento de la custodia compartida no siendo, con arreglo a la doctrina de esta Sala contenida en SSTS de 29 de noviembre de 2013 y 16 de febrero de 2015 , las malas relaciones entre los progenitores fundamento suficiente para denegar la guarda y custodia compartida. Añade que no es cierto que solo sea el recurrente el que tenga que viajar fuera de Madrid por motivos profesionales, destacando el hecho de que ya tuviera reducción de jornada antes de la crisis matrimonial y que la atención y cuidado del menor fue siempre compartida entre ambos progenitores como se acredita con el dossier parental aportado y los documentos adjuntos. Mantiene que se dan todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para conceder la guarda y custodia compartida dejando al margen la falta de entendimiento en algunos aspectos entre ambos progenitores, que no considera motivo suficiente para desaconsejar la guarda y custodia compartida. En un segundo apartado se sostiene la infracción de los [arts. 96 , 97 , 100 , 142 y 145 del CC](#) en relación con los arts. 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, 11.2 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor , 120.3 CE , 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , cuestionando en definitiva en este apartado el importe de la pensión de alimentos establecida en favor del hijo menor y a cargo del padre, al considerar que la misma se ha fijado tomando en consideración los ingresos del padre antes de que tuviera reducción de jornada y que no es proporcional. Cita algunas sentencias en las que en caso de guarda y custodia compartida no se establece pensión alguna, al atender cada progenitor los alimentos cuando tenga al hijo consigo, como sucede en las SSTS 18 de noviembre de 2014 , 22 de octubre de 2014 y 16 de febrero de 2015 , defendiendo su propuesta para el caso de accederse a la guarda y custodia compartida de que ambos progenitores ingresen 200 euros al mes y de que se atribuya el uso del domicilio familiar a la madre y al menor por un plazo de tres años. En un apartado distinto y dentro del motivo tercero se citan, bajo el título "II. Vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo e inexistencia de jurisprudencia sobre atribución del uso de vivienda familiar de naturaleza ganancial en caso de custodia compartida. Jurisprudencia contradictoria de A. Provinciales" por un lado, las

SSAP de Madrid (Sección 22ª) de 3 de octubre de 2006 , 20 de mayo de 2008 y 17 de enero de 2008 , las SSAP de Málaga de 3 de septiembre de 2008 , 11 de septiembre de 2008 y 28 de enero de 2009 o las de SSAP de Sevilla de 31 de julio de 2013 , 29 de julio de 2013 y 18 de noviembre de 2014 , entre otras, en contra de la guarda y custodia compartida y por otro lado, entre las que acuerdan la guarda y custodia compartida la SAP de Sevilla de 21 de julio de 2010 , las SSAP de Madrid de 20 de febrero de 2015 y 13 de febrero de 2015 o las SSAP de Barcelona de 16 de julio de 2009 y 20 de febrero de 2007, entre otras muchas que cita de diferentes Audiencias Provinciales . En otro orden de cosas, se alega vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo citando al efecto varias sentencias sobre los criterios interpretativos de lo que significa el "interés del menor" y sobre la guarda y custodia compartida, con extracto de parte de sus fundamentos para defender la aplicación al caso de la guarda y custodia compartida.

2

Formulado el recurso en tales términos, este incurre en las siguientes causas de inadmisión:

a) Por falta de indicación en el encabezamiento del motivo de la jurisprudencia que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida por esta Sala (art. 483.2.2º en relación con el [art. 481.1](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#)), pues aunque el recurso aunque se articula en tres motivos, estos propiamente no son tales, ya que su estructura responde a la de un mero escrito de alegaciones distribuido en diferentes apartados que carecen de encabezamiento alguno, sin que por tal circunstancia se establezca en los mismos cual es la doctrina jurisprudencial que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida por esta Sala, no respondiendo a la precisión exigible en un recurso extraordinario como el presente.

b) Por cita de preceptos heterogéneos que genera la existencia de ambigüedad sobre la infracción alegada (art. 483.2.2º en relación con el [art. 481.1](#) de la LEC).

La parte recurrente en lo que denomina motivo tercero de su escrito dentro del apartado "I. Infracciones legales" cita como preceptos infringidos los arts. 3 , 4 , 92 , 68 , 96 , 97 , 100 , 142 , 145 y siguientes y 1116 y siguientes del [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, 11.2 de la [LO 1/96 \(RCL 1996, 145 \)](#) de Protección Jurídica del Menor, 120.3 [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#) , 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, indicando a continuación el porqué se entienden vulnerados a la vez que va introduciendo la cita de sentencias tanto de Audiencias como de esta Sala que considera oportuna, con transcripción de parte de sus fundamentos, añadiendo en su exposición sus propias conclusiones sobre la valoración del interés del menor que hace la sentencia recurrida en orden al establecimiento del sistema de guarda y custodia compartida que defiende, sobre los criterios que se han valorado para no acordarla, introduciendo apreciaciones sobre la valoración de la prueba practicada y la motivación de la sentencia recurrida, mezclando estos aspectos relacionados con la guarda y custodia con el derecho de uso de la vivienda familiar y con la pensión de alimentos. Pues bien, a tales efectos debemos recordar que la jurisprudencia de esta Sala considera que el escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente y que esta exigencia se traduce no solo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales o, también, jurídicas, pero heterogéneas entre sí, ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción, pues tal y como señala la STS de 8 de mayo de 2009 (1009/2004) " *la infracción debe ser concreta, sin que esta Sala deba averiguar cuál es la norma que verdaderamente ha sido infringida* ". En el mismo sentido, STS de 7 de julio de 2010 (RC nº. 151/2007 y RC nº. 1658/2004). En consecuencia, no está permitido en casación la denuncia acumulada de diversos preceptos cuando no pueden ser objeto de infracción conjunta ni de una respuesta unitaria, siendo este defecto una causa de desestimación (SSTS 27 de junio de 2011, RC nº 396/2008 ; 22 de marzo de 2010, RC n.º 364/2007 ; 7 de julio de 2010, RC n.º 151/2007 ; 7 de julio de 2010, RC n.º 1658/2004 ; 11 de noviembre de 2010, RC n.º 1485/2006).

c) Porque el recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los

hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2.3º, en relación con el [art. 477.2.3](#) de la LEC) por inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales (art. 483.2.3º, en relación con el [art. 477.2.3](#) de la LEC).

La parte recurrente, pese a lo confuso de su escrito de interposición, fundamenta su recurso en dos extremos, que en el presente caso concurren los requisitos necesarios para establecer el régimen de guarda y custodia compartida pues las denuncias solo fueron del lado de la madre y además fueron instrumentales como estrategia para que no se concediera una régimen de guarda y custodia compartida, de modo que el mero hecho de que existan diferencias entre los progenitores no es causa para su denegación cuando ambos progenitores tienen aptitud y capacidad idóneas en orden al desarrollo del menor y que la pensión de 500 euros mensuales fijada en favor del hijo es excesiva habida cuenta la disminución de sus ingresos por la reducción de jornada que tiene.

En cuanto a la guarda y custodia del menor dicha resolución, tras la valoración de la prueba, aplicando expresamente la doctrina de esta Sala en la materia y confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, acuerda mantener la guarda y custodia a favor de la madre. Apoya tal decisión una vez que intuye una abusiva instrumentalización de la jurisdicción penal por parte de la madre, en la conflictiva relación entre los padres, existiendo denuncias penales cruzadas entre los mismos, lo que pondría de manifiesto la ausencia de unos mínimos cauces de comunicación y dialogo entre ellos, al ser la comunicación inexistente, sin que conste que durante la tramitación del recurso se haya modificado sustancialmente la situación existente al tiempo de sustanciarse el procedimiento en la instancia. Tiene en cuenta además como hecho probado que durante la convivencia de los litigantes la atención de las necesidades básicas del menor fue cubierta de modo principal por la madre, ya que como el propio recurrente reconoció debido a su trabajo viaja bastante, siendo solo a raíz del presente procedimiento cuando se acoge a un régimen de jornada laboral reducida.

Sobre la pensión de alimentos establecida, la sentencia recurrida, tras la valoración de la prueba, ponderando los ingresos y gastos de cada uno de los progenitores así como las necesidades del menor, procede a fijar la cuantía de la pensión de alimentos estimando ajustada la suma de 500 euros mensuales.

A la vista de lo expuesto el recurrente configura realmente su recurso mostrando su disconformidad con la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia y proyectando la jurisprudencia invocada sobre una base fáctica diversa a la constatada por la resolución recurrida tras la valoración probatoria, a la vista de la cual no cabe duda de que el tribunal de apelación ha respetado el principio de protección del interés del menor, siendo por tanto el interés casacional inexistente.

Pero es que, además, basta examinar la jurisprudencia invocada para comprobar como no existe la contradicción alegada por la parte recurrente en las sentencias de las Audiencias Provinciales citadas como fundamento del interés casacional en tanto que dichas resoluciones, atendiendo al interés del menor , concluyen en cada caso concreto y a la vista de los diferentes medios de prueba, cual es el interés del menor , lo que en unos casos determina el acogimiento del régimen de guarda y custodia compartida y en otros no, lo que no determina la contradicción de dichas resoluciones al resolver cada caso concreto, las cuales, en todo caso, se rigen por el principio del interés del menor.

3

Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación, declarando firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el [art. 483.4 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , cuyo siguiente apartado, el 5, deja sentado que contra este auto no cabe recurso alguno.

4

Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el [art. 483.3](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente.

LA SALA ACUERDA

1º) No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Felipe contra

la sentencia dictada, con fecha 12 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en el rollo de apelación n.º 1002/2014 dimanante de los autos de juicio de divorcio contencioso n.º 993/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Madrid.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta Sala y al Ministerio Fiscal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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