

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

A U T O

Auto: Queja

Fecha Auto: 04/02/2003

Recurso Num.: 1297/2002

Ponente Excmo. Sr. D. : Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz

Incidente de Modificación de medidas adoptadas en juicio de divorcio
- Se desestima la queja.

TRIBUNAL SUPREMO.

Sala de lo Civil

A U T O

Excmos. Sres.:

D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

D. Pedro González Poveda

D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil tres.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- En el rollo de apelación nº 158/2002 la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera) dicto Auto, de fecha 1 de octubre de 2002, declarando no haber lugar a tener por preparado recurso de casación por la representación de D^a IRENE ---- contra la Sentencia de fecha 14 de marzo anterior, dictada por dicho Tribunal.

2.- Contra dicho Auto se interpuso recurso de reposición que fue denegado por Auto de fecha 17 de octubre de 2002, habiéndose entregado el testimonio de ambas resoluciones a los efectos del art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

3.- Por el Procurador --- , en nombre y representación de la indicada parte litigante, se ha interpuesto recurso de queja por entender que cabía recurso de casación y debía de haberse tenido por preparado.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se intenta el acceso al recurso de casación en relación con la sentencia dictada en un procedimiento instado para la modificación de una medida adoptada en un precedente juicio de divorcio, según se deduce del Auto denegatorio, así como del propio escrito de interposición de la presente queja.

2.- Sentado lo anterior ha de confirmarse la improcedencia del medio de impugnación extraordinario que se intenta, porque el art. 477. de la LEC 2000 establece que serán recurribles en casación las Sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, lo que de entrada excluye las sentencias de apelación, cuando la impugnada no puso fin a una verdadera primera instancia. La cuestión que se suscita entonces es si una sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas adoptadas en juicio de divorcio, se ajusta a las exigencias del art. 477.2 de la LEC 2000. La conclusión ha de ser negativa, siendo la razón que aboca a tal solución la imposibilidad de atribuir a la resolución recurrida la condición de una verdadera "sentencia de segunda instancia", y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso (cfr. art. 206.2-3ª LEC 2000), apareciendo concebida y regulada la modificación de medidas como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el art. 771.4 LEC 2000, precepto que ciertamente se contrae a las "Medidas provisionales" pero al que se remite explícitamente el art. 775.2 LEC 2000, relativo a las "Medidas definitivas", sin que la referencia al art. 771 pueda entenderse como un mero error material o errata, pues no ha sido objeto de rectificación en las Correcciones aparecidas en el BOE de 14 de abril y en el de 28 de julio de 2001 y, además, la redacción del art. 775.2 actual era idéntica en el precepto equivalente del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de octubre de 1998 (véase el art. 777.2, con remisión entonces al art. 773), e igualmente idéntico era el art. 775.2 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de fecha 26 de diciembre de 1997, sin que se calificase en el "iter" legislativo tal remisión de equivocada; es más, en el Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 11 de mayo de 1998, de modo explícito "se considera también acertada la previsión recogida en el artículo 775, actualmente prevista en el artículo 91 del Código Civil, sobre la posibilidad de modificar las medidas definitivas siempre que variaran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobarlas o acordarlas, resultando igualmente razonable que el trámite para la modificación de las medidas sea el del artículo 771 o el del artículo 776, en función de que la petición se haga o no de común acuerdo". La conclusión es obvia, el Legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como "cuestión incidental" a resolver mediante Auto y, por ende, excluida al acceso a la casación, que es a los

únicos efectos para los que se está examinando ahora el reiterado art. 775.2 LEC 2000, inciso primero, por esta Sala. Por otra parte es preciso significar que bajo la vigencia de la LEC de 1881, ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación eran susceptibles del recurso de casación, con la salvedad del que pudiera presentar el Ministerio Fiscal en interés de la ley (Disposición Adicional quinta, apartado y, de la Ley 30/1991, de 7 de julio), por lo que no puede tampoco sorprender que en el régimen de la nueva LEC 2000 no quepa el acceso a la casación de las resoluciones relativas a Medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, Auto o Sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a que se ha venido haciendo consideración, plasmadas en numerosos Autos dictados por esta Sala (así, entre otros, los de 12 de junio y 18 de septiembre de 2001 y los de 25 de junio, 2 de julio, 1 de octubre y 5 de noviembre de 2002, en recursos 1763/2001, 1736/2001, 564/2002, 612/2002, 928/2002 y 1092/2002). Como se ve, la razón última de la desestimación de la queja difiere de los razonamientos contenidos en el Auto denegatorio dictado por la Audiencia Provincial, mas esta cuestión carece de relevancia, sin que pueda verse en ello atisbo alguno de indefensión, pues en esta vía de la queja se debe verificar la concurrencia de los presupuestos de recurribilidad establecidos por el legislador, materia de orden público cuyo examen está atribuido a los órganos jurisdiccionales llamados a comprobar la concurrencia de tales requisitos.

3.- Finalmente añadir que ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente se produce por la denegación preparatoria, pues la propia doctrina del Tribunal Constitucional es bien clara al señalar que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos y, por tanto, que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88, 196/88 y 216/98); por el contrario, derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/98, entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que correspond la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/95, 186/95, 23/99 y 60/99), sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a los recursos extraordinarios tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC 230/93, 37/95, 138/95, 211/96, 132/97, 63/2000, 258/2000 y 6/2001); y q el "principio pro actione", proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/83, 294/94, 23/99 y 201/2001), habiéndose añadido, por último, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegible a que los requisitos procesales tienden (SSTC 43/85, 213 /98 y 216/98), ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales

que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 8/1998, 115/199, 122/1999, 108/2000, 158/2000, 252/2000, 3/2001 y 13/2002).

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR EL RECURSO DE QUEJA interpuesto por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D^a IRENE ---, contra el Auto de fecha 1 de octubre de 2002, que se confirma, por el que la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera) denegó tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia de 30 de marzo de 2002, debiendo ponerse esta resolución en conocimiento de la referida Audiencia, para que conste en los autos.

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