



Roj: **ATS 13314/2021 - ECLI:ES:TS:2021:13314A**

Id Cendoj: **28079110012021205756**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2021**

Nº de Recurso: **1852/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 13/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1852/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 7 DE MÁLAGA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1852/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 13 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de doña Clara presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 4 de febrero de 2021 por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª), en el rollo de apelación núm. 84/2020, dimanante del juicio sobre divorcio n.º 84/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- Mediante Diligencia de Ordenación 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.

TERCERO.- La procuradora Sra. Herrera Gómez fue designada por el ICPM en representación de la parte recurrente. El procurador Sr. Cabo Tuero se personó en representación de la parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 14 de julio de 2021 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas, y al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Solo la parte recurrente ha efectuado alegaciones, interesando la admisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 22 de septiembre de 2021 en el sentido de interesar la inadmisión del recurso, de conformidad con las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

SEXTO.- Por la parte recurrente no se ha efectuado el depósito para recurrir determinado en la DA 15.ª LOPJ, al ser beneficiaria de justicia gratuita.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2. 3.º LEC, por interés casacional, invocando oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus dos motivos; en el primero alega infracción del art. 92.7 CC y 2 LOPJM y del Convenio de Estambul de 2011, al atribuir al progenitor incurso en proceso penal de violencia de género, la custodia sobre las menores, al ser contrario al interés superior de estas. Cita como infringida las SSTs 36/2016, 350/2016, 54/2011, 680/2015, considera que es la de primera instancia la que sí aplica correctamente el art. 92 CC. En el segundo alega infracción del art. 152 CC al imponerle pensión de alimentos a su cargo respecto de las hijas mayores de edad, que se han alineado con el padre y no tiene relación con la madre, y cita como doctrina infringida la contenida en STS 104/2019 de 19 de febrero.

La sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en del art. 477.2, 3º LEC, lo que exige al recurrente la debida justificación del interés casacional, en los términos dispuestos en los Acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptados por esta sala con fechas de 30 de diciembre de 2011 y de 27 de enero de 2017.

Brevemente los antecedentes, en lo que al presente interesan, son los siguientes: interpuesta demanda de divorcio, consta que nacieron cuatro hijos -en 2000, 2002, 2008 y 2014-; consta orden de protección concedida en auto de 9 de febrero de 2020, en el que se otorgó la custodia de los hijos a la madre; y auto de medidas provisionales de 25 de junio de 2020, en que se otorgó la custodia al padre por acuerdo entre las partes y ello por cuanto las hijas mayores habían optado por convivir con el padre. No obstante a la vista de las declaraciones de las partes y de la exploración efectuada a la nacida en 2008, concluye en que la custodia lo sea materna, precisando que de no ser por el procedimiento penal pendiente, la custodia lo sería compartida; explica que se decanta por la custodia materna, al considerar que muy probablemente el cuidado de los hijos menores recaería no en el padre, que trabaja, sino en las hijas mayores, que conviven con el padre. A lo que añade la posible influencia de estas en las menores para evitar o entorpecer las relaciones de los menores con la madre. Por todo ello considera lo más adecuado el sistema de custodia materna, con las medidas inherentes a ello. El padre recurre en apelación, y de nuevo revierte la audiencia el régimen de custodia, considerando que las razones esgrimidas por el juez, no son suficientes para cambiar una custodia paterna acordada por ambos progenitores. La audiencia considera esencial la posición de las hijas mayores, considera que hay argumentos sobrados conforme a la prueba practicada, para atribuir al padre la custodia; sobre el papel de las mayores de convivir con el padre, concluye la audiencia de forma contraria al juez a quo, y reitera que ambos acordaron la custodia paterna y así se aprobó y nada ha variado al respecto, siendo el padre quien se ha ocupado, con la ayuda de sus hijas mayores, de los menores; además considera que no se debe separar a los hermanos, y que la nacida en 2008, de doce años, en su exploración manifiesta que quiere estar con su padre "con quién está más a gusto". Por todo ello mantiene la custodia paterna en su día acordada y aprobada en medidas provisionales. Impone a la madre una pensión de alimentos respecto de las cuatro hijas, pues las dos mayores no son independientes, la cantidad de 75,00 euros por hija, total 300,00 euros.

En el recurso de casación, se recurre la medida relativa a la custodia y la imposición a su cargo de alimentos para las hijas mayores, que indica, "no tienen contacto con la madre".

El Ministerio Fiscal en su informe de 22 de septiembre de 2021, aporta a las actuaciones la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de DIRECCION000 de fecha 7 de junio de 2021, que absuelve al aquí recurrido del presunto delito de amenazas y coacciones en el ámbito familiar, que estaba pendiente de resolución.

Utilizado en el escrito el cauce del interés casacional, dicha vía casacional es la adecuada habida cuenta que el procedimiento se sustanció por razón de la materia.

SEGUNDO.- Examinado el recurso de casación interpuesto, éste incurre, en la causa de inadmisión, respecto del primer motivo, de carencia manifiesta de fundamento atendiendo a la ratio decidendi de la sentencia recurrida (art. 483.2, 4.ª LEC), al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de los menores. Y respecto del segundo motivo, de carencia manifiesta de fundamento (artículo 483.2.4.º LEC) al obviar la ratio decidendi de aquella.

La sentencia recurrida, que revoca la apelada, establece la custodia paterna, en atención al interés de la menor y lo fundamenta debidamente, en la forma expuesta ut supra; por las razones que enumera, y fundamentalmente en que es el régimen más beneficioso para los menores.

Así, se ha determinado por esta sala que:

"[...]La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de **familia**[...]"

En el supuesto examinado, la Audiencia Provincial no desconoce la doctrina jurisprudencial de esta sala, sino que la aplica. Explica, como ya hemos visto, de forma detallada los motivos por lo que procede reponer el sistema de custodia paterna, y lo fundamenta en el interés prioritario de la menor.

De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplicando correctamente el principio de interés superior del menor y dadas las circunstancias existentes, establece la custodia materna, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

En relación al segundo motivo, incurre en causa de inadmisión de además de amparar el interés casacional en una única sentencia del TS, por carencia manifiesta de fundamento (artículo 483.2.4.º LEC), obviando la ratio decidendi de la resolución recurrida en casación, que como se dijo, y a pesar de las alegaciones de la recurrente, no considera acreditado la falta de relación con la madre de las hijas mayores, y que se hayan alienado contra la madre, más allá del conflicto familiar existente; añade que conviven con el padre, y en atención a lo expuesto más arriba, la impone, al carecer de recursos económicos propios y convivir con el padre, la cantidad indicada.

Y así en relación con las pensiones de alimentos a favor de hijas mayores de edad, la STS 395/2017, de 22 de junio, declaró:

"**TERCERO.**- *Decisión de la sala.*

Se estiman los motivos.

El art. 93 del C. Civil establece la necesidad de que los padres atiendan económicamente los alimentos de los hijos mayores de edad, si carecieran de ingresos propios, alcanzando a los que aún no hayan terminado su formación, por causa que no les sea imputable a los hijos (art. 142 del C. Civil).

El art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos, cuando el hijo pueda ejercer una profesión u oficio.

El apartado 5 del art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos:

"Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa".



Art. 142: "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

"Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable".

En la interpretación de esta normativa se entiende en la resolución recurrida que no puede establecerse un límite temporal a los hijos mayores de edad, relativo a la conclusión de sus estudios.

En la resolución recurrida, para llegar a tal solución se cita la sentencia de esta sala de 11 de febrero de 2016, desconociendo que la misma se dicta en un supuesto de hijos menores de edad, cuando en el presente se trata de mayores de edad.

Esta sala en interpretación de los preceptos mencionados, ha dictado, entre otras, la sentencia núm. 700/2014, de 21 de noviembre, y la núm. 372/2015, de 17 de junio, en las que se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios mas allá de la mayoría de edad.

Igualmente en sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, se declaró: "Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social (artículo 3.1 CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata...".

En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta Sala, debiendo recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte. En el presente caso el interés casacional representado por dicha contradicción con la jurisprudencia 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 sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos.

De conformidad con lo expuesto, no resulta posible tomar en consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación a la admisión del recurso interpuesto.

TERCERO.- Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado el art. 483.5 LEC que contra este auto no cabe recurso alguno.

CUARTO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 LEC y no habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida no procede imponer las costas causadas a la recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Clara contra la sentencia dictada con fecha de 4 de febrero de 2021 por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª), en el rollo de apelación núm. 84/2020, dimanante del juicio sobre divorcio n.º 84/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 .

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) 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 recurrente y recurrida comparecidas ante esta sala, y al Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.