



Roj: **ATS 15278/2021 - ECLI:ES:TS:2021:15278A**

Id Cendoj: **28079110012021206616**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2021**

Nº de Recurso: **3714/2021**

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: 17/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3714/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE SEVILLA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3714/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 17 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de don Esteban presentó escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 17 de febrero de 2021, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el rollo de apelación 8066/2018, dimanante de los autos de modificación de medidas contencioso 567/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Sevilla.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación se tuvo por interpuesto el recurso de casación y 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. Borreguero Font se personó en la representación del recurrente. El procurador Sr. Martínez de Lejarza Ureña se ha personado en representación de la parte recurrida. Interviene el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** La parte recurrente efectuó el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15.ª LOPJ.

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 22 de septiembre de 2021 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas, así como al Ministerio Fiscal.

**SEXTO.-** Mediante escrito, la parte recurrente manifiesta su disconformidad con las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto, interesando la admisión y la recurrida, solicita su inadmisión. El Ministerio Fiscal, en informe de 27 de octubre de 2021, ha dictaminado la procedencia de inadmitir el recurso de casación por concurrir las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la parte recurrente se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2.3.º LEC, invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 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, 3.º 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.

El recurso de casación se funda en dos motivos con infracción de la jurisprudencia del TS. En el primero, alega infracción del art. 146 CC y el principio de proporcionalidad y jurisprudencia que lo interpreta, respecto de la fijación de una pensión de alimentos a cargo de progenitor en caso de custodia compartida, sin observarse la debida proporcionalidad. Cita las SSTs de 8 de marzo de 2017, 14 de febrero de 2018, y 21 de septiembre de 2016. Explica que la sentencia recurrida infringe tal doctrina pues considera que hay desequilibrio entre las partes, y a favor de la madre, pues el padre percibe menos ingresos que la madre. En el segundo, alega infracción del art. 92 CC, por aplicación incorrecta del principio del interés superior del menor, con oposición a la jurisprudencia del TS, al establecer un reparto de tiempo no equitativa, ya que en realidad considera que lo acordado es una custodia materna con un amplísimo régimen de visitas a favor del padre. Cita como infringida SSTs de 4 de marzo de 2016.

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.

Brevemente, presentada demanda de modificación de medidas, se acordó, en esencia, la custodia compartida -que se ratificó por la audiencia-, se atribuyó a la esposa e hijo el uso de la vivienda familiar por un máximo de un año- llevaba usándola desde 2011 y es ganancial-, y se acordó una pensión de alimentos a cargo del padre de 200,00, y los extraordinarios por mitad. Recurrida dicha sentencia, la audiencia, la confirmó íntegramente, en atención a que en sentencia de 4 de abril de 2011 se aprobó el acuerdo de divorcio de las partes con custodia materna, y un régimen de visitas y estancias del padre con el menor desde jueves al domingo, y la semana que no le correspondiera el fin de semana, desde miércoles a viernes, indicando que dicho régimen se ha desarrollado correctamente; igualmente se destaca, que en la exploración el menor ha dicho que está conforme que en el régimen vigente y tener buena relación con ambos progenitores; destaca además que en fecha 2 de octubre de 2013, por sentencia se declaró que el expuesto, era un régimen compatible con la custodia compartida, aunque formalmente se llame materna, indicando que el interés del menor, no exigía cambio alguno. La audiencia confirma la compartida con el sistema que venía rigiendo desde 2011 más una pernocta del menor con su padre, la noche de los domingos, de modo que las entregas y recogidas se efectúen en el centro escolar. En relación a la pensión impuesta al padre, se considera que procede dada la distribución no igualitaria de las estancias del menor con cada progenitor y la desigualdad de ingresos entre los progenitores, por lo que la proporcionalidad de ingresos exige mantener la pensión.



**SEGUNDO.**- Expuesto lo anterior, el recurso de casación incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional, atendiendo a las circunstancias concurrentes y la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, art. 483.2.3º LEC y es que en definitiva la fijación de la cuantía de los alimentos no es revisable en casación, salvo clara vulneración del juicio de proporcionalidad que no concurre en el presente caso. Y porque la jurisprudencia de la sala, determina que la existencia de custodia compartida es compatible con un reparto de tiempo desigual o no paritario.

En el caso de autos la audiencia, ante las circunstancias concurrentes -y habiendo acordado una custodia compartida-, impone un reparto desigual de tiempo y una pensión de alimentos a cargo del padre de 200,00 euros mes, en atención a la desigualdad de ingresos entre ambos progenitores, lo que en definitiva no infringe la doctrina de esta sala.

Así en relación a la pensión de alimentos, la STS 564/2017 de 17/10/2017, dispone, en caso de custodia compartida que:

"[...]En este sentido la sala ha declarado en sentencia 55/2016, de 1 de febrero, que la estancia paritaria de los menores en el domicilio de cada progenitor no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges ( art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da".

Y la sentencia de esta sala de 28 de marzo de 2014, recurso 2840/2012 establece que:

"La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 ", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación" ( SSTS de 21 noviembre de 2005; 26 de octubre 2011; 11 de noviembre 2013, 27 de enero 2014, entre otras)".

En relación al reparto de las estancias en custodia compartida, y sin perjuicio de citar una sola STS y por tanto no acreditar el interés casacional, además incurre en la causa de inadmisión expuesta, pues no se infringe la doctrina de la sala, que determina que aquella no es óbice a un reparto desigual, por lo que no existe infracción.

La STS 30/2019 de 17 de enero, sobre custodia compartida aun con reparto desigual, dispone:

" Esta sala en sentencia 630/2018, de 13 de noviembre dice:

"El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.

"A la vista de ello debemos estimar este motivo de recurso, dejando sin efecto la custodia por parte de la madre y retornando al sistema de custodia compartida contenido en la sentencia del juzgado, dado que es el que las partes convinieron, el que el informe psicosocial propone, el que se ha venido desarrollando con razonable éxito y el compatible con los horarios laborales de ambos progenitores, todo ello de acuerdo con el art. 92 del C. Civil".

A la vista de esta doctrina jurisprudencial debemos reconocer que el tribunal de apelación ha respetado la esencia de la custodia compartida, ajustándola al régimen laboral de los progenitores, a las guardias del padre, a lo pactado y a que ha sido un sistema que se ha desenvuelto con normalidad y que de acuerdo con el informe psicosocial ha influido positivamente en los menores".

Elude por tanto el recurrente la *ratio decidendi* de la sentencia dictada en apelación, que lo es que existe una diferencia sustancial en la capacidad económica de ambos, y que la custodia compartida es compatible con un reparto de tiempo desigual, como se expuso ut supra, por lo que no se infringe la doctrina de la sala, y por lo que el interés casacional alegado lo es meramente instrumental o artificioso.

Debe 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 y eludiendo, además, la razón decisoria o *ratio decidendi* de la resolución impugnada.

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 habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida procede imponer las costas causadas a la recurrente, quién perderá el depósito constituido.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Esteban contra la sentencia dictada, con fecha 17 de febrero de 2021, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el rollo de apelación 8066/2018, dimanante de los autos de modificación de medidas contencioso 567/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Sevilla.

2º) Imponer las costas a la parte recurrente, quién perderá el depósito.

3º) Declarar firme dicha sentencia.

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 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.