



Roj: **ATS 16060/2022 - ECLI:ES:TS:2022:16060A**

Id Cendoj: **28079110012022207299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2022**

Nº de Recurso: **9032/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 16/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 9032/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 9032/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

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. Pedro José Vela Torres

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de D. Alejo presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 10 de junio de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación núm. 421/2019, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijos no matrimoniales núm. 236/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arganda del Rey.

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.- El procurador Sr. Caloto Carpintero se personó en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través del procurador Sr. Nicolás Vallellano. Es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 21 de septiembre de 2022 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La parte personada ha efectuado alegaciones interesando su admisión. La parte recurrida no las ha efectuado. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 25 de octubre de 2022 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 beneficiario de justicia gratuita.

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, 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 -el recurso de casación lo es respecto de la medida relativa al importe de la pensión de alimentos y en el segundo, la medida relativa a la custodia paterna que solicita el recurrente-, son los siguientes: la ahora parte recurrida interpuso demanda de guarda y custodia de hijo no matrimonial, e interesó las medidas que indicaba, que en lo que al presente interesa, lo era la custodia materna del hijo menor, nacido en 2009, y respecto del cual el padre interesó la custodia paterna. En primera instancia se dictó sentencia y se acordó la custodia materna en exclusivo interés del menor, indicando que es la propuesta que realiza el equipo psicossocial, en su informe; e impuso al padre una pensión de alimentos de 300,00 euros mes. Recurridas por el padre, las medidas de custodia materna e importe de pensión, la audiencia confirmó la custodia materna, considerando que el bienestar del menor exige mantener dicha custodia; igualmente recurrió el importe de la pensión de alimentos, y la audiencia redujo el importe a la cantidad de 225,00 euros mes, en atención a los ingresos del padre y sus gastos acreditados así como los gastos ordinarios del menor. Se refleja en dicha sentencia que el padre tiene trabajo estable desde 2007, con una nómina neta al mes de 1084,00 euros, mas pagas extras, y que el mismo aduce abonar 350,00 euros por alquiler de habitación, y que la madre tiene jornada reducida y trabaja para la misma empresa que el padre, percibiendo 801,00 euros mes y abona un alquiler de 650,00 euros mes que comparte con su hermano.

El recurso de casación interpuesto por el padre, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del TS, se apoya en dos motivos; en el primero indica se estructura en un motivo y por interés casacional, con infracción de la doctrina del TS; alega infracción de los artículos 93, 145, 146 y 147 CC, en relación a la proporcionalidad de la pensión de alimentos de hijos y alega y ampara el interés casacional, en infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre proporcionalidad en la cuantía de los alimentos, interesa se le imponga un importe de 150,00 euros mes. Cita como doctrina infringida la contenida en SSTS 573/2020 de 4 de noviembre, y 636/2016 de 25 de octubre, y las que esta cita.

El segundo, se interpone por infracción de los arts. 92 y 159 CC, y art. 2 LOPJM, art. 39 CE, y por infracción del principio del interés superior del menor, que exige la adopción de la guarda y custodia paterna. Alega como jurisprudencia del TS infringida, las SSTS 748/2014 de 11 de diciembre, 566/2017 de 19 de octubre, 550/2017 de 11 de octubre, 961/2011 de 10 de enero, 529/2017 de 27 de septiembre y 579/2017 de 25 de octubre. Y ello, explica, al no aplicar correctamente el principio de interés superior del menor.

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, incurre en causa de inadmisión, respecto de los dos motivos, por carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4ª LEC, y respecto del primer motivo, al ser doctrina reiterada de esta sala que la revisión del juicio de proporcionalidad de los alimentos debidos a los hijos menores, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia y la fijación de la entidad económica de la pensión, no puede ser objeto del recurso de casación, salvo clara vulneración del juicio de proporcionalidad que la recurrente no justifica alterando los parámetros tenidos en cuenta por la sentencia recurrida. Respecto del segundo motivo, por no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés del menor.

Respecto al importe de los alimentos, esta sala ha declarado en sentencia 165/2014, 28 de marzo de 2014 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 el mismo sentido la sentencia 740/2014, de 16 de diciembre declara que esta sala podrá revisar el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC si se ha vulnerado claramente el mismo o no se ha razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo citado.

Conforme a la doctrina expuesta, la fijación de la entidad económica de la pensión alimenticia, no puede ser objeto del recurso de casación, salvo clara vulneración del juicio de proporcionalidad, que la parte recurrente no justifica, alterando los parámetros tenidos en cuenta por la sentencia recurrida.

La audiencia, en atención a lo expuesto ut supra, acogió parcialmente el recurso de apelación interpuesto y redujo el importe a 225,00 euros/mes, al considerar que era una cuantía proporcionada, conforme a lo expuesto ut supra.

Respecto del segundo motivo, la sentencia recurrida confirma la custodia materna en los términos expuestos, en atención al interés del menor, y lo fundamenta debidamente, como resulta ut supra, por lo que incurriría en la causa de inadmisión citada.

Así, se ha determinado 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 consecuencia, en el supuesto examinado, la Audiencia Provincial no desconoce la doctrina jurisprudencial de esta sala, sino que la aplica. Explica, como ya hemos visto, los motivos por lo que se estableció la custodia materna en primera instancia y se mantuvo por la audiencia. De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplicando correctamente el principio de interés superior de los menores y dadas las circunstancias existentes, mantiene la custodia materna, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, 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.



Todo ello determina que el interés casacional lo sea meramente instrumental y artificioso. Y sin que las alegaciones efectuadas por el recurrente en el trámite oportuno desvirtúen lo expuesto.

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, que está personada, 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 D. Alejo contra la sentencia dictada con fecha de 10 de junio de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación núm. 421/2019, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijos no matrimoniales núm. 236/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arganda del Rey.

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 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.