



Roj: **ATS 4001/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4001A**

Id Cendoj: **28079110012023201543**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2023**

Nº de Recurso: **5184/2022**

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: 22/03/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5184 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL N. 31 DE MADRID

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5184/2022

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. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 22 de marzo de 2023.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Eladio presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 16 de marzo de



2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 31.ª) en el rollo de apelación n.º 88/2022 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 218/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de El Escorial.

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. Iglesias Arauzo se personó en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través de la procuradora Sra. Wangüemert García. Es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 14 de diciembre de 2022 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Mediante escrito la representación de la parte recurrente evacuó el traslado del proveído, e interesó la admisión de los recursos; y la recurrida, interesó su inadmisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 24 de enero de 2023 en el sentido de interesar la inadmisión de los recursos formulados.

SEXTO.- Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos previstos en la DA 15.ª LOPJ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo art. 477.2, 3.º LEC, invocando la existencia de interés casacional por vulneración de la jurisprudencia del TS.

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 el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptado por esta Sala con fecha de 27 de enero de 2017.

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.- Brevemente los antecedentes, en lo que al presente interesa son los siguientes: la ahora parte recurrente presentó demanda de divorcio, y se acordó la custodia materna de la hija menor de edad, con un régimen de visitas libre a favor del padre, según pactaran hija y padre, y una pensión de alimentos a cargo de este de 325,00 euros mes, una pensión de alimentos a pagar por la madre al padre de 200,00 euros por el hijo mayor, y la previsión de aumento a 275,00, si la madre encontrara trabaja, con al menos el SMI; y fija la contribución a los gastos extraordinarios al 60% el padre, y al 40% la madre, con la misma previsión, de que si la madre encontrara trabaja, con al menos el SMI, sería al 50%. No se reconoce compensatoria pedida por la esposa, ni uso de vivienda ni la indemnización del art. 1438 CC. Recurrió la esposa, solicitando una pensión de alimentos de la hija de 380,00 euros mes, y que se deje sin efecto la a ella impuesta para el hijo mayor, o en su caso se reduzca a 50,00 euros, y en relación a los gastos extraordinarios, solicita se definan y se impongan al padre, el 80%, y que se la reconozca una pensión compensatoria de 500 euros vitalicia, y subsidiariamente no menos de 5 años y por último una indemnización de 120.000 euros por art. 1438 CC; se opuso el esposo. La audiencia, estimó parcialmente el recurso. Así deja sin efecto los alimentos acordados para el hijo mayor de edad, ya que se indica, que a la vista de los escritos de demanda y contestación de la reconvenición del padre, este no formuló la acción oportuna, conforme al art. 93.2 CC, respecto del hijo mayor "pues indica que el hijo no ha decidido con cuál de los progenitores va a convivir". En relación al importe de alimentos y gastos extraordinarios de la hija menor, considera que se fijó en atención a los ingresos de alrededor de 4.000,00 euros que recibe el padre y los gastos de la menor, lo desestima al considerar que es proporcionada, y además refiere que la madre ha elevado la cantidad solicitada en la instancia sin alegar motivo alguno, y en atención a que tiene atendida la necesidad de alojamiento en vivienda común, y sin coste de escolaridad. En relación a la compensatoria, frente a la ausencia de desequilibrio que declaró al apelada, la audiencia entiende que si existe; así explica que ha durado el matrimonio 20 años, nacieron dos hijos, el régimen era de separación de bienes, que no ha trabajado durante el matrimonio -como resulta del informe de vida laboral- y el esposo, es profesor, que en el ejercicio de 2020, recibió 37.9091,78 euros más el precio de un arrendamiento de un inmueble de su propiedad, más los rendimientos de la actividad mercantil que desarrolla; por todo ello la fija en 500,00 euros mes, y por cinco años, dado el reconocimiento que hizo el esposo en su escrito de contestación, su colaboración con su actividad mercantil, más su edad, y cualificación profesional, lo que le permitirá incorporarse al mercado laboral. Y respecto de la indemnización del art. 1438 CC, le reconoce una cuantía de 60.000 euros.



TERCERO.- El recurso de casación se interpone, al amparo del art. 477.2.3º LEC, por interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del TS por cuatro motivos; en el primero, alega infracción del art. 97 CC, al mantener que no existe desequilibrio para reconocer pensión compensatoria, y alega infracción de las SSTs 18 de marzo de 2014, 19 de octubre de 2011, 22 de junio de 2011. Explica que la audiencia considera que la esposa no tiene ingresos cuando si los tiene, ya que es titular de productos financieros, más la el 50% del piso que constituye la residencia y el 50% de nuda propiedad de otro en Madrid. Alega además que se apropió y se ha apropiado de importantes sumas de dinero de él, con el correspondiente enriquecimiento injusto. En el segundo alega infracción del art. 97 CC, por no tener en cuenta la situación económica preexistente al matrimonio para fijar la pensión, y cita como infringida las SSTs de 25 de noviembre de 2021, 16 de diciembre de 2015, 20 de julio de 2015; explica que no aportó nada al matrimonio, y ha obtenido un sólido patrimonio con él. En el tercero, alega infracción del art. 1437 CC, por oposición a la doctrina contenida en SSTs de 29 de mayo de 2000, 22 de noviembre de 2021, 7 de junio de 1996, por cuanto estima que las cuentas de titularidad indistinta no determina la existencia de una copropiedad del saldo, y la sentencia de la audiencia así lo considera erróneamente. Explica que incurre en un error grave al manifestar que existe un patrimonio común, lo que no es cierto; y que no ha existido ni existe sociedad de gananciales, sino de separación de bienes; por lo que solicita se corrija el pronunciamiento, pues no hay patrimonio común. Y en el cuarto denuncia la vulneración del artículo 93 Código Civil, y de la jurisprudencia de esta sala que exige para reconocer legitimación de un progenitor en orden a reclamar alimentos para hijos mayores de edad. Y cita las sentencias núm. 411/2000, de 24 abril, y 30 de diciembre de 2000. Indica que el hijo mayor de edad, estudia segundo del Grado de Químicas y carece de recursos propios, y no obstante fijarse en la instancia, la audiencia -indica- que de forma incomprensible la suprime.

CUARTO.- Expuesto lo anterior, y examinado con carácter previo el recurso de casación interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 16.ª, regla 5.ª, apartado 2.º LEC por cuanto, solo si fuera admisible este recurso se procederá a resolver la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente interpuesto, el recurso de casación incurre, respecto de todos los motivos, en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2.4º LEC; respecto del motivo cuarto, por no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida; respecto de los motivos primero y segundo por la imposibilidad de revisar en casación las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación sobre la procedencia, cuantía y el carácter temporal de la pensión compensatoria, salvo incurrir éstas en falta de lógica o irracionalidad, supuesto que no acontece en el supuesto de autos; y respecto del tercero, por falta de acreditación e inexistencia de interés casacional, art. 483.2.2º y 3º LEC.

La sentencia núm. 369/2020 de fecha 29/06/2020, que recoge la doctrina de la dictada por el Pleno núm. 120/2018, de 7 de marzo (Rec. 1172/2017) establece lo siguiente:

"La pensión compensatoria es un derecho personal que la ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte. Tras la reforma del artículo 97 CC por Ley 15/2005, de 8 de julio, las modalidades de pago de dicha compensación no se reducen ya a unas prestaciones periódicas, sustituibles conforme a lo establecido en el artículo 99 CC, o a una prestación única, sino que se establece la posibilidad -ya reconocida por la jurisprudencia- de conceder prestaciones periódicas sometidas a término. Se trata, en todo caso, de compensar el descenso que la nueva situación produce respecto del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia; lo que, en consecuencia, se produce con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualdad. El momento a tener en cuenta para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia, debiendo traer aquél causa de dicha ruptura (sentencia núm. 162/2009, de 10 marzo). Si las posiciones de ambos cónyuges estuvieran niveladas en el momento de la ruptura, no existiría desequilibrio. Por ello, en la sentencia núm. 790/2012, de 17 diciembre, partiendo de que habían transcurrido ya cuatro años desde que se produjo la separación de hecho hasta que la esposa presentó la demanda de divorcio, y venía ésta manteniendo un nivel similar al que disfrutó durante el matrimonio, se estima que cualquier empobrecimiento posterior estará completamente desligado de la convivencia matrimonial y no procede en consecuencia otorgar pensión por desequilibrio económico. Los sucesos que se producen con posterioridad a la ruptura de la convivencia son, en principio, completamente irrelevantes para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía; sí operan, sin embargo, para su posible disminución o extinción. Por tal razón, las sentencias núm. 106/2014, de 18 de marzo y núm. 704/2014, de 27 noviembre, en cuanto parten de la inexistencia de desequilibrio en el instante de la ruptura, niegan la concesión de una pensión en previsión de que la esposa perdiera el empleo que tenía en ese momento. Del mismo modo que en el momento de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria se está realizando un juicio prospectivo de futuro -que incluso, en la mayor parte de los casos, no depende en su concreción de la propia voluntad del beneficiario- previendo el tribunal que, al



finalizar el plazo fijado, ha de considerarse ya compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, no puede descartarse la conveniencia de tal prospección -en sentido contrario- en casos como el presente, pues desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante, pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa".

"[...]las "conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia" (STS de Pleno de 5 de septiembre de 2011, Rec. 1755/2008, y también STS de 23 de enero de 2012, Rec. 124/2009, entre otras muchas).

Así, en el supuesto examinado, y conforme se expuso, la Audiencia Provincial no desconoce la doctrina jurisprudencial de esta sala, que recoge expresamente, al concluir que, con las circunstancias concurrentes, ut supra expuestas, procede la pensión compensatoria. Debiendo concluir que el interés casacional alegado lo es meramente instrumental o artificioso.

En cuanto a la legitimación para solicitar pensión del alimentos para el hijo mayor art. 93.2 CC, la sentencia 156/2017, de 7 de marzo, para entender la legitimación de la recurrente para ser perceptora de la pensión alimenticia, aunque destinada a contribuir a las necesidades de tal naturaleza de sus hijos mayores de edad, afirma lo siguiente:

"La ley 11/1990, de 15 octubre, añadió el párrafo segundo del artículo 93 CC, incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio.

"En concreto, establece que "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código."

"La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, este de alimentos a instancia de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con alguno de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aún siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores.

"Este párrafo del artículo 93 CC ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

La que es relevante a efectos del recurso, y de otra parte la más cuestionada, es la relativa a la legitimación del progenitor que reclama alimentos en el proceso matrimonial a favor del hijo que convive con él.

"Se ha cuestionado si se trata de una legitimación directa o indirecta, y si fuese esta última si es legitimación por sustitución o legitimación representativa.

"Asimismo han existido corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han buscado justificación a la legitimación. Destacan las que la basan en las cargas de matrimonio o las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor convivente.

"El origen del problema se encuentra en que el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo que también ha merecido una interpretación extensa.

"El primer requisito no hacen más que reconocer el derecho de alimentos de los hijos mayores en virtud del artículo 143 CC, siendo ellos, pues, los necesitados.

"El segundo requisito, que es la novedad, justifica el nuevo cauce procesal para reclamar los alimentos de los hijos mayores, en concreto que se fijen en el proceso matrimonial.

"Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos.



"Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor convivente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo.

"Así aparece en el artículo 295 del Code Francés, tras la reforma del 11 de junio de 1975, al disponer: "el padre que asuma a título principal la carga de los hijos mayores de edad que no pudieran por ellos mismos satisfacer sus necesidades, podrá solicitar a su cónyuge que le haga una aportación a su manutención y su educación".

"En el mismo sentido lo dispone el artículo 155 del Código Civil Italiano, y dentro de España el artículo 233-4 del Código Civil de Cataluña, al disponer que la autoridad judicial, "a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan", pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad emancipados teniendo cuenta lo establecido en el artículo 237-1.

"Prevén, pues, una legitimación directa del progenitor convivente.

"A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la sentencia 411/2000, de 24 abril, ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto la parte recurrente como la recurrida.

"En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación del progenitor convivente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente.

"Por tanto la sentencia 411/2000, de 24 de abril, seguida por la 432/2014, de 12 julio, ha supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es lo ahora relevante, sin entrar en opiniones doctrinales todas dignas de consideración."

En relación a la legitimación del padre para reclamar alimentos por el hijo mayor de edad, obvia la recurrente que la razón por la que la audiencia lo rechaza lo es por indicar que respecto del hijo mayor "no ha decidido con cuál de los progenitores va a convivir", por lo que en tal circunstancia lo resuelto no infringe la doctrina de la sala, por lo que obvia la ratio decidendi de la recurrida.

Por último y en relación al motivo tercero, "error sobre la existencia de un patrimonio común, al insistir que lo que rige es un régimen de separación de bienes, y no dicho patrimonio, y existe un enriquecimiento injusto en al esposa", igualmente el motivo carece de transcendencia casacional, no se infringe la doctrina de la sala, por cuanto, se obvia la ratio decidendi de la recurrida, que no niega la existencia del régimen de separación de bienes, por lo que cualquier cuestión al respecto se deberá ventilar en el procedimiento correspondiente, ajeno al presente, art. 483.2. 2º y 3º LEC.

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.

En virtud de cuanto ha quedado expuesto en la fundamentación jurídica que antecede, no es posible tomar en consideración ninguna de las manifestaciones realizadas por la recurrente en el trámite de alegaciones, en lo relativo a la admisión del recurso interpuesto, -y a la posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho fundamental a no padecer discriminación por razón del sexo- lo que no acontece en ningún caso.

Sin que las alegaciones efectuadas en el trámite, desvirtúen lo expuesto.

QUINTO.- La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª LEC.



Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este auto no cabe recurso alguno.

SEXTO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente, que perderá los depósitos.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1.º) Inadmitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Eladio contra la sentencia dictada con fecha de 16 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 31.ª) en el rollo de apelación n.º 88/2022 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 218/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de El Escorial.

2.º) Declarar firme dicha sentencia.

3.º) Imponer las costas al recurrente, que perderá los depósitos.

4.º) 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.