



Roj: **ATS 4577/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4577A**

Id Cendoj: **28079110012023201823**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2023**

Nº de Recurso: **5836/2022**

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: 19/04/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5836/2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 1 DE ORENSE

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

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5836/2022

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.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 19 de abril de 2023.

Esta sala ha visto

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO).**- La representación procesal de D.<sup>a</sup> Julieta interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 26 de mayo de 2022 por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 924/2021, dimanante del juicio de divorcio n.º 326/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 6 de Ourense.

**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.**- Por el procurador D. Enrique Tovar López Cuevillas se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrente. Por la procuradora D.<sup>a</sup> María Eugenia Valeiras Magán, en nombre y representación de D. Donato, se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrida. En los presentes recursos es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.**- Por providencia de fecha de 21 de diciembre de 2022 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

**QUINTO.**- Por la representación de la parte recurrente se presentó escrito evacuando el traslado conferido e interesando la admisión del recurso interpuesto por considerar que cumpliría con los requisitos legales para su admisión. Por la parte recurrida se presentó escrito interesando la inadmisión del recurso. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 22 de marzo de 2023 en el sentido de interesar la inadmisión de los recursos de conformidad con las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

**SEXTO.**- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir determinado por la DA 15.<sup>a</sup> LOPJ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Por la parte recurrente se formaliza recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra una sentencia dictada en un juicio verbal de familia, con tramitación ordenada por razón de la materia en el Libro IV, LEC y recurrible, en consecuencia, en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, lo que exige la debida acreditación del interés casacional.

El recurso de casación se funda en tres motivos: el primero, por infracción del art. 92 CC, al considerar que la atribución de la guarda y custodia de las hijas menores resultaría contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el interés del menor, por lo que la guarda y custodia debería de haber sido atribuida a la madre; el segundo, por infracción de los arts. 93, 142, 145 y 146 CC, en cuanto a la pensión alimenticia en favor de las hijas menores, pues los gastos de las menores, independientes de los de educación y escolaridad que abona el padre, no serían inferiores a los 4.000 euros, que debería de ser abonados en su mayoría por el padre, atendida la economía de los progenitores, por lo que el importe de los alimentos fijado en la sentencia impugnada por importe de 600 euros (a razón de 300 euros para cada hija), apenas llegaría para cubrir sus gastos más básicos de comida, quedando en el olvido los de vestido, transporte, varios, ocio, prorrates de agua, luz, teléfono, gas, así como el propio arrendamiento de la vivienda, por lo que procedería fijar el importe de la pensión de alimentos en la suma de 4.000 euros mensuales, a razón de 2000 euros por hija, atendida la situación económica familiar de ambos progenitores; y el tercero, por infracción del art. 96.1 y 2 CC, al entender que no procedería haberle entregado el uso de la vivienda familiar al Sr. Donato (cuyos ingresos superarían los 15.583 euros al mes y tendría 14 inmuebles a su nombre), relegando al ostracismo a la madre y a las menores, mientras estén en su compañía, pues dado el nivel de ingresos de la madre (1.199 euros) y el importe de la pensión de alimentos establecido, difícilmente puede acceder a un inmueble de tres habitaciones en una zona digna de la ciudad, por lo que el uso de la vivienda debería de atribuirse a la progenitora y a las menores.

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 con carácter previo el recurso de casación interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final 16.<sup>a</sup>, regla 5.<sup>a</sup>, 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 interpuesto incurre en sus motivos de recurso en las siguientes causas de inadmisión:

i) En primer lugar, el motivo primero de recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4.<sup>a</sup> LEC, por alterar la base fáctica y eludir la razón decisoria o "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de las menores.

Las especialidades del Derecho de Familia, han llevado a esta sala a la fijación de una doctrina jurisprudencial consolidada que excluye que el recurso de casación, en la determinación del régimen de guarda y custodia,

pueda convertirse en una tercera instancia, así lo recoge la STS 22/2018, de 17 de enero, con cita de STS 194/2016, de 29 de marzo, que establece que: "Es [...] doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida 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, 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). 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, al concluir, tras examinar nuevamente la prueba practicada y confirmando las determinaciones del juzgador de primera instancia a las que se remite: primero, que el padre de las menores, desde hace unos tres años, viene ejerciendo de manera exclusiva la guarda y custodia de las menores, de forma beneficiosa para éstas; segundo, por ello, atendidas las circunstancias actuales (tales como la falta de disparidad de los progenitores respecto del proyecto educativo, la adopción de acuerdos con relación a las menores, la ausencia de conflictos durante las medidas provisionales, y la edad de las menores, de 10 y 13 años, respectivamente, al tiempo de la sentencia de segunda instancia), así como el informe técnico aportado, procede el establecimiento, en beneficio de las menores, de un régimen de guarda y custodia compartida, por periodos semanales, con contacto intersemanal, y con un reparto equitativo de los periodos vacacionales.

De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplica correctamente el principio de interés superior del menor y dadas las circunstancias existentes, establece el régimen de guarda y custodia compartida, de manera que el recurso altera la base fáctica de la sentencia impugnada y soslaya su razón decisoria o "ratio decidendi" al haber resuelto, precisamente, en atención al interés de las menores.

ii) Por su parte, el motivo segundo de recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( artículo 483.2.4.º LEC), por alterar la base fáctica de la sentencia impugnada y que, en definitiva, respecto del motivo tercero de recurso, que es 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.

Así, esta sala ha reiterado 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.

Asimismo, cabe añadir que, en todo caso, que la sentencia de apelación impugnada, tras examinar la prueba practicada y confirmando las determinaciones de la sentencia de primera instancia , concluye que, pese a que la capacidad económica del padre es muy superior al de la madre y a establecerse una guarda y custodia compartida, se impone al padre una pensión alimenticia por importe de 600 euros mensuales, así como el 100% de los gastos escolares y extraescolares y el 80% de los gastos extraordinarios, por lo que se garantiza una adecuada protección del interés de las menores, ponderando adecuadamente la situación de desequilibrio en la situación económica de los progenitores.

De acuerdo con lo expuesto, la parte recurrente articula el recurso de casación invocando la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente a la constatada por la sentencia

recurrida, partiendo de una base fáctica diversa a la constatada por la resolución recurrida tras la valoración de la prueba, de suerte que respetada tal base fáctica ninguna infracción se ha producido. A tales efectos se debe recordar que es doctrina constante de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias núm. 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012 de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero y 41/2017, de 20 de enero; entre otras muchas).

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.

iii) Y, por su parte, el motivo tercero de recurso incurre en la causa de inadmisión de falta de acreditación del interés casacional (art. 483.2, 3.º LEC), por cuanto la jurisprudencia invocada solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados, y porque el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende de las circunstancias fácticas de cada caso.

Así, sostiene la parte recurrente en el escrito de interposición del recurso de casación que no procedería haber entregado el uso de la vivienda familiar al Sr. Donato (cuyos ingresos superarían los 15.583 euros al mes y tendría 14 inmuebles a su nombre), relegando al ostracismo a la madre y a las menores, mientras estén en su compañía, pues dado el nivel de ingresos de la madre (1.199 euros) y el importe de la pensión de alimentos establecido, difícilmente puede acceder a un inmueble de tres habitaciones en una zona digna de la ciudad, por lo que el uso de la vivienda debería de atribuirse a la progenitora y a las menores.

Elude, de esta forma, la parte recurrente que la sentencia impugnada, tras examinar nuevamente la prueba practicada, concluye: primero, que se otorga el uso de la vivienda familiar al Sr. Donato porque esta es la situación es la que ha venido existiendo desde, al menos, los últimos tres años en la vida de las menores, y se considera la más beneficiosa para ellas; segundo, que se compensa la situación económica de la madre, no sólo con las cargas económicas detalladas en el epígrafe anterior, sino también con la obligación de abonar a la Sra. Julieta otros 500 euros mensuales, que cuenta además con sus propios ingresos como funcionaria del grupo A, para poder destinarlos al alquiler de una vivienda; y tercero, y que, en todo caso, la atribución del uso se confiere de forma limitada, pues cesará en el momento en que se produzca la extinción del condominio de la vivienda familiar que pertenece a ambos progenitores.

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 y eludiendo, en definitiva, que el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende de las circunstancias fácticas de cada caso.

Por todo ello, no resulta posible tomar a consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación a la admisión del recurso interpuesto.

**TERCERO.-** 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, de la LEC.

**CUARTO.-** Consecuentemente, procede declarar inadmisibles 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.



**QUINTO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 de la LEC y habiéndose presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente. La inadmisión de los recursos conlleva la pérdida del depósito constituido.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

##### **LA SALA ACUERDA:**

1.º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y no admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Julieta contra la sentencia dictada con fecha de 26 de mayo de 2022 por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 924/2021, dimanante del juicio de divorcio n.º 326/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 6 de Ourense.

2.º) Imponer las costas la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

3.º) Declarar firme dicha sentencia.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

Contra esta resolución no cabe recurso.

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