



Roj: **ATS 9238/2023 - ECLI:ES:TS:2023:9238A**

Id Cendoj: **28079110012023204071**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2023**

Nº de Recurso: **7520/2022**

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: 28/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 7520 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 24 DE MADRID

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 7520/2022

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 28 de junio de 2023.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Mateo presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 18 de julio de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección



24.º), en el rollo de apelación núm. 1776/2021, dimanante del juicio núm. 1/2021 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Leganés.

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. Carrillo Sánchez se personó en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado, a través del procurador Sr. Rodríguez Orozco. Es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 19 de abril de 2023 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Ninguna las partes personadas han efectuado alegaciones. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 23 de mayo de 2023 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 las medidas de custodia paterna que solicita el padre, frente a la materna establecida en primera instancia y ratificada por la audiencia, con medidas inherentes; esto es, régimen de visitas a favor del padre -durante la vigencia de la orden de alejamiento con entregas y recogidas con tercera persona-, alimentos a su cargo, de 150,00 euros por cada uno de los dos hijos menores, y atribución del uso de vivienda familiar a los hijos y madre custodia; lo que fue íntegramente ratificado por la audiencia. En apelación y casación reitera su solicitud el padre de custodia paterna, y subsidiariamente la reducción del importe de la pensión de alimentos a abonar el padre a 100,00 euros por hijo. Se ratificó por la audiencia lo resultó en la instancia, porque el padre ha sido condenado por un delito de malos tratos en el ámbito familiar, como refiere la sentencia y reconoce el padre, unido a que no ha acreditado la idoneidad del régimen de custodia paterna, ni siquiera de la compartida, y al contrario el informe psicosocial recomienda la materna, al ser la madre la cuidadora principal a nivel de alimentación, higiene, salud, y escolar. En definitiva considera analizando la prueba practicada que es el de custodia materna el más idóneo y favorable para los menores. Confirmado el régimen de custodia materna, y en razón a la proporcionalidad de la pensión de alimentos acordada, 150 euros por hijo, también se confirma lo acordado, al quedar acreditado que la madre cobra pensión no contributiva de 470,00 euros mes, paga un alquiler de 450,00 euros mes, y el padre en el año 2019 tenía ingresos de 1082,86 euros mes, y paga alquiler según manifiesta, y el motivo de apelación del padre lo era que la madre puede trabajar y no lo hace, lo que no se puede atender.

El recurso de casación interpuesto por el padre, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, a través de un escrito de alegaciones, cita en la 1º, infracción de los arts. 90, 92 y 93 CC en relación con los arts. 142, 144 y 147 CC, y 2 LOPJM, 3.1 Convención de Derechos del Niño, arts. 14 y 39 CE, sobre los requisitos para acordar la custodia exigidos por el TS, y manifiesta que ha quedado acreditado que ambos progenitores poseen las aptitudes necesarias para desempeñar la custodia de los menores, y sin que las limitaciones del padre sean un obstáculo para ello. Y cita como infringida las SSTS de 11 de julio de 2022, y las que esta cita. En la segunda, y como subsidiaria de la anterior, de no acogerse su petición de custodia para sí, alega infracción de los arts. 144, 145 y 146 Y 147 CC, al imponer una pensión de alimentos de 150,00 euros por hijo, total 300,00, y alega que se infringe la doctrina del TS contenida en SSTS, de 18 de marzo de 2016, las que esta cita y el principio de proporcionalidad; alega que la fijada no se adapta a las necesidades de los hijos, ni con la situación de la progenitora, pues aquellos no tienen necesidades especiales, y sus ingresos son permanentes, sin posibilidad de incrementarse, dado que proceden de una pensión que recibe por incapacidad permanente total que tiene reconocida y la madre con 36 años si puede trabajar.



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, de carencia manifiesta de fundamento art. 483.2. 4º LEC, en relación al motivo principal, por obviar la ratio decidendi, y el relato fáctico de la recurrida y resolver conforme al interés superior de los menores; y en relación al motivo subsidiario, 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 discretionarios, 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. Todo ello sin perjuicio de la escasa técnica casacional empleada en el recurso, redactado como un escrito de alegaciones.

La STS 393/2017, de 21 de junio ha declarado que:

"Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio. 641/2011, de 27 septiembre, 431/2016, de 27 de junio, entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas."

En relación a la custodia 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, de forma detallada los motivos por lo que se estableció la custodia materna.

En relación a la pensión de alimentos de hijos menores, la jurisprudencia de esta sala ha declarado repetidamente como recoge la sentencia de 28 de marzo de 2014, recurso 2840/2012 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 discretionarios, 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[...])."

La audiencia aplica la doctrina de la sala al confirmar la cuantía de los alimentos fijados en la resolución apelada, respecto de los hijos menores, con base a lo expuesto ut supra, siendo que el recurrente discrepa de lo resuelto, aunque el juicio de proporcionalidad no resulta revisable en casación. El recurrente, ofrece una visión propia de los hechos, alterando o soslayando los parámetros tenidos en cuenta por la sentencia recurrida.

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 inadmisible 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 don Mateo contra la sentencia dictada con fecha de 18 de julio de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.^a), en el rollo de apelación núm. 1776/2021, dimanante del juicio núm. 1/2021 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.^o 1 de Leganés.

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.