



Roj: **ATS 12511/2021 - ECLI:ES:TS:2021:12511A**

Id Cendoj: **28079110012021205381**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2021**

Nº de Recurso: **1625/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 29/09/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1625/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: APH/PM

Nota:

CASACIÓN núm.: 1625/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 29 de septiembre de 2021.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de don Maximino se presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 28 de diciembre de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 1184/2019, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos n.º 533/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 27 de Madrid.

**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 la procuradora doña Carolina Sánchez Blázquez se presentó escrito personándose ante esta sala, en nombre y representación de la parte recurrente. Por el procurador don Antonio de Palma Villalón, en nombre y representación de doña Berta, se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrida. En el presente recurso es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha de 2 de junio de 2021 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, por considerar que cumpliría con los requisitos determinados legalmente 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 21 de julio de 2021 en el sentido de interesar la inadmisión del recurso de conformidad con la causa de inadmisión puesta de manifiesto.

**SEXTO.-** Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir determinado en la DA 15.ª LOPJ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la parte recurrente se formalizó recurso de casación contra una sentencia dictada en un juicio verbal de familia de guarda y custodia y alimentos, 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 un único motivo, por infracción del art. 92. 5, 6 y 7 CC y la LO 1/1996, por considerar que la sentencia impugnada habría incurrido en error en la valoración de la prueba, por cuanto procedería haber acordado la guarda y custodia compartida de la hija en común, que en julio cumplió cuatro años, al quedar atendidos todos los flancos en la búsqueda del interés de la menor: la existencia de dos viviendas dignas de cada progenitor, una relación entre los padres que habría demostrado su capacidad de llegar a acuerdos en lo referente a su educación y salud, la cobertura recíproca de ambas partes en caso de urgencia, flexibilidad en sus respectivos trabajos, existencia de soporte personal, distancias perfectamente salvables y una cobertura económica de las necesidades de la menor, en razón de la actividad profesional de ambos progenitores.

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.-** Expuesto lo anterior, el motivo único de recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483. 2. 4.ª LEC, por alterar la base fáctica de la sentencia impugnada, al pretender una imposible tercera instancia, y eludir su razón decisoria o "ratio decidendi", al haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de la menor.

Con carácter previo, debe destacarse que 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 reciente sentencia de esta sala 22/2018, de 17 de enero, con cita de la sentencia de esta sala de 29 de marzo de 2016, recurso 1159/2015 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: primero, que lo mas conveniente y adecuado para el bienestar y protección de la menor es su custodia materna con visitas del padre, adoptando las medidas acordadas con carácter provisional en auto de 3 de diciembre de 2018, resolución que también recogió que ambas partes acudirían a terapia para liberar tensiones o confrontaciones perjudiciales para la niña, que no alcanzó los objetivos esperados; segundo: que, así, el grado de confrontación de los progenitores impide, en el día de hoy, en atención al interés prioritario de la menor, adoptar un sistema de guarda que exige una fluida comunicación entre los progenitores y unas pautas de actuación acordes en interés de la hija menor; tercero, además, no se ha aportado plan de parentalidad, por lo que se ha omitido especificar cual sería la práctica y aplicación concreta del régimen propuesto, de manera que se desconoce como el padre atendería a la menor con su horario de trabajo, la entrega y recogida del centro escolar y el cuidado de la niña, dadas sus vagas alegaciones a la ayuda de amigos, contratación de canguro, o incluso la asistencia de sus padres -que residen en el sur de Francia-; y cuarto, y por otro lado, la madre ha atendido satisfactoriamente las funciones de custodia con idoneidad, habilidad y eficacia, sin que se aprecien motivos de daño o peligro en el desarrollo de la menor.

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 la razón decisoria o "ratio decidendi" de la sentencia impugnada, al haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de la menor. Todo ello, sin que por la parte recurrente se haya impugnado la valoración de la prueba a través del correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal.

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.-** Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 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 a la parte recurrente.

**QUINTO.-** La inadmisión del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1.º) No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Maximino contra la sentencia dictada con fecha de 28 de diciembre de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 1184/2019, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos n.º 533/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 27 de Madrid.

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

3.º) Declarar firme dicha sentencia.

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.

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