



Roj: **ATS 17751/2022 - ECLI:ES:TS:2022:17751A**

Id Cendoj: **28079110012022208062**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2022**

Nº de Recurso: **2685/2022**

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: 14/12/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2685 /2022

Fallo/Acuerdo:

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE SEVILLA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2685/2022

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

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 14 de diciembre de 2022.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Adolfo presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 10 de febrero de 2022 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección



2.ª), en el rollo de apelación núm. 4368/2020, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 114/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Dos Hermanas.

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. Díaz Romero se personó en la representación de la parte recurrente y la procuradora Sra. Rivera Jiménez para la representación de la parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

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

QUINTO.- Ninguna de las partes personadas, ha evacuado el traslado conferido. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 14 de noviembre 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 se ha efectuado el depósito para recurrir determinado en la DA 15.ª LOPJ.

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 al no acordar la resolución impugnada la custodia compartida, y medidas inherentes que indicó.

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, son los siguientes: el ahora recurrente interpuso demanda de modificación de las medidas acordadas en procedimiento anterior, en el que se aprobó el convenio suscrito entre las partes, por sentencia de 2012, y por el que se pactó la custodia materna sobre el menor, con un régimen de visitas a favor del padre, y demás medidas inherentes a ello. A través del procedimiento de modificación, instó la custodia compartida, y medidas inherentes que indicó, a lo que se opuso la madre. Mediante sentencia, se desestimó la demanda, al considerar de la prueba practicada que no habían variado las circunstancias que determinaron en su día su adopción en beneficio del menor, se apoya en el resultado de su exploración -contando con 16 años- en la que manifestó no querer el cambio- y el informe psicosocial elaborado e incorporado en autos. Recurrida en apelación la sentencia, la audiencia desestimó el recurso, y mantuvo la custodia materna, y lo hizo en interés del menor.

En el recurso de casación, interpuesto al amparo del art. 477.2 3º LEC, por interés casacional, se recurre la medida relativa a la custodia del menor, interesando la custodia compartida, y lo interpone por interés casacional, por vulneración de la jurisprudencia del TS, con dos motivos. Por infracción del art. 92.8 y 90.3 CC, y principio del interés superior del menor, con oposición a la doctrina del TS que consagra el interés del menor como el principio superior y básico para adoptar un régimen de custodia compartida, y cita las SSTs de 27 de junio 2016, 11 de abril de 2018, 16 de octubre de 2014, y 22 de octubre de 2014.

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, éste incurre, en la causa de inadmisión, respecto de ambos motivos, de inexistencia de interés casacional, y carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2, 4ª LEC), por no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida y su relato fáctico, al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés del menor de 16 años.

La STS 126/2019, en relación a la modificación de medidas se dice:

"2.- Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio favor filii o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor.

Este interés, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias



personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

3.- Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala (sentencia de 23 de julio de 2018, sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores) que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada.

Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación".

La sentencia recurrida en casación confirmó la sentencia apelada, y concluyó, en esencia, precisando que estamos ante una modificación de medidas, y no se ha acreditado ninguna de las circunstancias que alega el actor, que justifique cambiar la custodia materna por la compartida, razón por lo que mantiene la materna, y lo fundamenta debidamente, en el informe psicosocial y en el resultado de la exploración del menor que contaba 16 años, en la forma expuesta ut supra, por lo que incurriría en la causa de inadmisión citada. De modo que atendiendo a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, ninguna infracción se ha producido.

Y es que se ha determinado reiteradamente por esta Sala, 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[...]."

De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplicando correctamente el principio de interés superior del menor -se reitera que en la exploración manifestó su deseo por mantener la custodia materna, y no querer la compartida- y dadas las circunstancias existentes, mantiene la custodia materna, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

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 por la parte recurrida, no procede imponer las costas causadas a la recurrente, que perderá el depósito constituido.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Adolfo contra la sentencia dictada con fecha de 10 de febrero de 2022 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª), en el rollo de apelación núm. 4368/2020, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 114/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Dos Hermanas, que perderá el depósito constituido.

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 recurrente y recurrida 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.