

Roj: **ATS 18592/2022 - ECLI:ES:TS:2022:18592A**

Id Cendoj: **28079110012022208356**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2022**

Nº de Recurso: **3416/2022**

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: 21/12/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3416/2022

Fallo/Acuerdo:

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE TOLEDO

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

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3416/2022

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.

Esta sala ha visto

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de D.^a Montserrat interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 19 de enero de 2022 por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.^º 244/2020, dimanante del juicio de divorcio n.^º 504/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.^º 6 de Toledo.

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 D.^a María Eugenia Pato Sanz se presentó escrito personándose ante esta sala, en nombre y representación de la parte recurrente. En el presente recurso es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 19 de octubre 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, por considerar que cumpliría con los requisitos determinados legalmente para su admisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 24 de noviembre de 2022 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 extraordinario por infracción procesal y de casación contra una sentencia dictada en un juicio de divorcio, 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 de los arts. 92, 6, 8 y 9, 103.1 y 91 in fine CC, 2 y 11.2 LO 1/1996 y 39.2 CE, al considerar que la sentencia impugnada no cumpliría con los requisitos que habrían de concurrir para que pueda adoptarse la custodia compartida, atendiendo a la nula relación entre los progenitores, el comportamiento del padre y la familia extensa paterna, la falta de disponibilidad laboral del padre, la carencia de habilidades parentales del padre, y la ausencia de un informe psicosocial que permita tener un mayor conocimiento de la causa.

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^a, regla 5^a, apartado 2º 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 dos motivos de recurso 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, concluye: primero, que procede acordar la guarda y custodia de la hija menor, nacida en NUM008 de 2017, atendiendo a que el lugar de residencia de ambos progenitores lo permite, sin que se haya constatado en estos ningún tipo de anomalía, patología o conducta



que aconseje otro régimen de custodia; segundo, que la limitaciones profesionales del padre, derivadas del horario laboral de la zapatería que regenta, pueden ser solventadas mediante la contratación de un empleado a tiempo parcial o con la colaboración de los abuelos paternos; y tercero, esencialmente se considera positivo y adecuado para la tutela del interés de la menor que esta mantenga un contacto continuado y directo con ambos progenitores, puesto que el contexto y la situación actual lo permiten.

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.

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 inadmisible 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 no habiéndose personado la parte recurrida no procede realizar especial pronunciamiento sobre costas. La inadmisión del recurso 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 D.^a Montserrat contra la sentencia dictada con fecha de 19 de enero de 2022 por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.^º 244/2020, dimanante del juicio de divorcio n.^º 504/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.^º 6 de Toledo.

2.^º) La parte recurrente 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.

Contra esta resolución no cabe recurso.

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