



Roj: **ATS 4433/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4433A**

Id Cendoj: **28079110012022201928**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2022**

Nº de Recurso: **6210/2021**

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: 15/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6210 /2021

Fallo/Acuerdo:

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 24 DE MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN núm.: 6210/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **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 15 de marzo de 2022.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de don Samuel interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 26 de mayo de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>), en el rollo

de apelación n.º 823/2019, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1287/2017 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de DIRECCION000.

**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 don David Suárez Cordero se presentó escrito personándose ante esta sala, en nombre y representación de la parte recurrente. El procurador don Jorge Deleito García, en nombre y representación de doña Encarnación, presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrida.

En el presente recurso es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencias de fechas 1 de diciembre de 2021 y 2 de febrero 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 la parte recurrida se presentó escrito interesando la inadmisión del recurso. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 21 de febrero 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 formalizó recurso de casación contra una sentencia dictada en un juicio de modificación de medidas con tramitación ordenada por razón de la materia en el Libro IV, LEC, recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, y que exige la debida acreditación del interés casacional.

El recurso de casación se funda en dos motivos: el primero, por infracción del art. 90.3 CC, al considerar que los cambios producidos (que la hija mayor de edad habrá decidido libremente irse a vivir con su padre, por lo que los hermanos menores, Ceferino y Milagrosa, estarían separados de su hermana mayor, al no quedar bajo custodia compartida y, además, el recurrente habría obtenido la custodia exclusiva de su hijo Cosme, fruto de otra relación, por lo que podría estar más tiempo con sus hermanos paternos) de haberse valorado en conjunción con el interés de los menores se habrían considerado suficientes y ciertos para modificar el régimen de guarda y custodia exclusiva a una custodia compartida; y el segundo, por infracción del art. 92 CC, en relación con el art. 39 CE, 2.1 y 11.2 a) LO 1/1996 y el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, al denegar la guarda y custodia compartida únicamente por el hecho de existir mala relación entre los progenitores y realizar una mera afirmación genérica sobre ello, cuando los menores con la madre actualmente está bien, por lo que procedería acordar la custodia compartida de acuerdo con el interés del menor.

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, los dos motivos de recurso incurren en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4.ª LEC, por eludir la base fáctica y no atender a 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 los 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; primero, que las circunstancias de los progenitores, que se llevan muy mal, no aconsejan la adopción de un a guarda y custodia compartida y, además, el padre mal puede cumplir con las atenciones a sus hijos si reside lejos del domicilio familiar, pues como reconoce vive en la República Dominicana; y segundo que, asimismo, no se observan nuevas circunstancias en los hijos en aras al principio del "bonum filii", que se encuentran bien con la custodia materna.

De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplica correctamente el principio de interés superior de los menores 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 los menores.

Todo ello sin que por sin que por la parte recurrente se haya promovido la revisión probatoria a través de la interposición conjunta del correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal.

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

**TERCERO.-** Consecuentemente, procede declarar inadmisile 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 causadas a la parte recurrente. 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 don Samuel contra la sentencia dictada con fecha de 26 de mayo de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 823/2019, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1287/2017 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de DIRECCION000 .

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

3º) 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.