



Roj: **ATS 5652/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5652A**

Id Cendoj: **28079110012023202423**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2023**

Nº de Recurso: **5148/2022**

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: 10/05/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5148 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 6 DE ALICANTE

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

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN núm.: 5148/2022

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 10 de mayo de 2023.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D.^a Rosaura interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 6 de mayo de 2022 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.^a), en el rollo de



apelación n.º 247/2022, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 625/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de Elda.

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 Cristina Maestre Sanz se presentó escrito personándose ante esta sala, en nombre y representación de la parte recurrente. Por el procurador D. Santiago Montejana Argaña, en nombre y representación de D. Erasmo 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 25 de enero de 2023 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 19 de abril 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 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 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 tres motivos: el primero, por infracción de los arts. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 39 CE, 775.1 LEC, y 2 y 9 LO 1/1996, por considerar que no se habría producido una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptaron las medidas originales, mas allá del mero transcurso de 19 meses, con vulneración del interés del menor; el segundo, por infracción también de los arts. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 39 CE, 775.1 LEC, y 2 y 9 LO 1/1996, por entender que no se habría producido una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptaron las medidas originales, con vulneración del interés del menor, al adoptarse un régimen de guarda y custodia compartida pese a que el padre no puede hacerse cargo de su hija, teniendo que acudir a la ayuda de terceras personas, privándole de tiempo de estar con su madre y su otra hermana; y el tercero, por infracción de los arts. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 39 CE, 775.1 LEC, y 2 y 9 LO 1/1996, por vulneración del principio de separar a los hermanos y del propio interés superior del menor, al considerar que el régimen de custodia existente habría funcionado relativamente bien, y que se habría acreditado que la separación de ambas hermanas provocaría efectos nocivos en su relación.

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 tres motivos de recurso incurren en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4ª LEC, por alterar la base fáctica y eludir 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 del menor.

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 en el momento de presentar la demanda de modificación de medidas la menor contaba ya con cuatro años (en cuanto nacida el NUM000 de 2016), habiendo variado las necesidades evolutivas propias de su edad; segundo, que el padre ha adquirido una vivienda de su propiedad, próxima al domicilio de la madre y de los abuelos paternos de la menor, donde esta cuenta con habitación propia; tercero, que ha quedado acreditado que el régimen laboral de padre es por turnos rotatorios semanales (una semana de tarde y otra de mañana), por lo que fácilmente puede atender a la guarda y custodia de la menor, disponiendo además de ayuda familiar cuando fuera necesario; cuarto, que la madre, ahora recurrente, trabaja de lunes a domingo de 10 a 14 horas, habiendo declarado que mientras trabajaba era el padre el que se encargaba de atender a la menor, contando con la ayuda de los abuelos paternos; quinto, que la otra hija de la demandada, ahora recurrente, contaba al tiempo de la sentencia de segunda instancia con 14 años, 9 de diferencia con su hermana, con la que podrá mantener la relación y convivencia durante el mismo tiempo que se mantiene con la madre; sexto, en el informe pericial practicado y ratificado en el acto del juicio, se recomienda el régimen de guarda y custodia compartida, pues conferiría una mayor estabilidad para la menor; y séptimo, por todo ello, disponiendo ambos padres de medios y capacidades para la adecuada atención y cuidado de la menor procede establecer, en beneficio de la menor, un régimen de guarda y custodia compartida.

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 la menor.

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 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 causadas a la recurrente. La inadmisión del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) No admitir el recurso de casación interpuesto por D.^a Rosaura contra la sentencia dictada con fecha de 6 de mayo de 2022 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.^a), en el rollo de apelación n.º 247/2022, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 625/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de Elda.

2º) 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.