



Roj: **ATS 945/2022 - ECLI:ES:TS:2022:945A**

Id Cendoj: **28079110012022200479**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2022**

Nº de Recurso: **5824/2021**

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: 26/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5824 /2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

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

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN núm.: 5824/2021

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.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 26 de enero de 2022.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La representación procesal de don Vicente interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 30 de abril de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de

apelación n.º 500/2020, dimanante del juicio de modificación de medias n.º 653/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 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 Jacobo García García se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrente. Por la procuradora doña María Jesús García Letrado, en nombre y representación de doña Frida , se presentó escrito personándose en calidad de parte recurrida. En los presentes recursos es parte del Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 24 de noviembre de 2021 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

QUINTO.- Por la parte recurrente se presentó escrito interesando la admisión de los recursos, por considerar que cumplirían 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 23 de diciembre de 2021, 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 por la DA 15.ª LOPJ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia que constituye objeto de los presentes recursos se dictó en un juicio de modificación de medidas tramitado por razón de la materia (art. 753 LEC), con aplicación del Libro IV LEC, siendo recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, lo que exige acreditar debidamente el interés casacional.

El recurso de casación se funda en dos motivos: el primero, por infracción de los arts. 92 CC, 3 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 39 CE, 2 y 11.2 LO 1/1996, al considerar que la sentencia impugnada no habría respetado la doctrina jurisprudencial ni el principio de protección del menor, por cuanto la razón que se esgrimiría para denegar la custodia compartida no sería en absoluto fundamento ni base suficiente para considerar que la estabilidad de la menor podría verse perjudicada cuando se estaría disfrutando prácticamente del mismo tiempo de estancia con las menores por ambos progenitores; y el segundo, por infracción de los arts. 90.3, 91 y 92, 8 CC, 3 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 39 CE, 2 LO 1/1996, al entender que el padre, ahora recurrente, podría participar plenamente del entorno de sus hijas, de su vida social y escolar, pues contaría con medios e infraestructura igual que la madre y podría prestar las mismas atenciones que la madre, sin que existiera distancia entre domicilios ni discrepancia respecto de los estilos educativos, por lo que los dos ambientes proporcionarían estabilidad a las menores, de manera que procedería el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida solicitado.

Utilizado, pues, 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 recurso de casación interpuesto incurre en sus dos motivos de recurso en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2, 4º LEC) por alterar la base fáctica de la sentencia impugnada y eludir la razón decisoria o "ratio decidendi" de la sentencia impugnada, al pretender una imposible tercera instancia y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés del menor.

Con carácter previo, debe reiterarse, 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 [...].

Expuesto lo anterior, sostiene la parte recurrente en el escrito de interposición de su recurso: que la sentencia impugnada no habría respetado la doctrina jurisprudencial ni el principio de protección del menor, por cuanto la razón que se esgrimiría para denegar la custodia compartida no sería en absoluto fundamento ni base suficiente para considerar que la estabilidad de la menor podría verse perjudicada cuando se estaría disfrutando prácticamente del mismo tiempo de estancia con las menores por ambos progenitores; y el segundo, por infracción de los arts. 90.3, 91 y 92, 8 CC, 3 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 39 CE, 2 LO 1/1996, al entender que el padre, ahora recurrente, podría participar plenamente del entorno de sus hijas, de su vida social y escolar, pues contaría con medios e infraestructura igual que la madre y podría prestar las mismas atenciones que la madre, sin que existiera distancia entre domicilios ni discrepancia respecto de los estilos educativos, por lo que los dos ambientes proporcionarían estabilidad a las menores, de manera que procedería el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida solicitado.

Elude, de esta forma, la parte recurrente que la sentencia impugnada, tras examinar nuevamente la prueba practicada, confirmando las determinaciones de la sentencia de primera instancia a la que se remite, concluye: primero, que no consta acreditada la existencia de ningún cambio cierto, en interés de las menores, que justifique la modificación de medidas solicitada, apenas transcurridos nueve meses desde la sentencia que denegó la guarda y custodia compartida que ahora, de nuevo, se solicita; segundo, que las menores no desean cambiar el sistema de custodia actual, y están adaptadas al reparto de tiempo vigente, que les permite tener una vida organizada, en su entorno, y mantener un vínculo adecuado con su padre; tercero, que los horarios de trabajo de ambos progenitores y la mayor disponibilidad de la madre (con horario laboral de lunes a sábado de 9:30 a 15 horas y los domingos de apertura autorizada, en el mismo horario), determina que ésta pueda estar con las menores por las tardes; y cuarto, por todo ello, el sistema de guarda y custodia acordado por las partes en su día, permite a las niñas mantener una estrecha relación con ambos progenitores, sin que se haya evidenciado ningún cambio cierto en su interés que aconseje su modificación.

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, eludiendo su razón decisoria o "ratio decidendi" de la sentencia impugnada.

En virtud de cuanto ha quedado expuesto en la fundamentación jurídica que antecede, no es posible tomar en consideración las manifestaciones realizadas por la 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. 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 Vicente contra la sentencia dictada con fecha de 30 de abril de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 500/2020, dimanante del juicio de modificación de medias n.º 653/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de DIRECCION000.

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.

Contra esta resolución no cabe recurso.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ