



Roj: **ATS 11617/2023 - ECLI:ES:TS:2023:11617A**

Id Cendoj: **28079110012023205196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2023**

Nº de Recurso: **1634/2023**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 13/09/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1634/2023

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE HUELVA

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN núm.: 1634/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 13 de septiembre de 2023.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de D. Donato interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 9 de diciembre de 2022 por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 685/2022, dimanante del juicio de divorcio n.º 2308/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de Huelva.

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 D. Jaime González Linares se presentó escrito personándose ante esta sala, en nombre y representación de la parte recurrente. Por la procuradora D.ª Aranzazu Pequeño Rodríguez, en nombre y representación de D.ª Salvadora, se presentó escrito personándose en calidad de parte recurrida. En el presente recurso es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 7 de junio 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 5 de julio de 2023 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.- La presente resolución adopta la forma de auto porque la providencia de puesta de manifiesto de causas de inadmisión se dictó antes de la entrada en vigor del Real decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.

Por la parte recurrente se formalizó recurso de casación contra una sentencia dictada en un juicio verbal de familia 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 del art. 92 CC, en sus apartados 6, 7, 8 y 9, así como de los arts. 2 LO 1/1996 de Protección del Menor y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida, al considerar: que resultaría acreditada la compatibilidad del horario laboral del recurrente con la custodia compartida dada su flexibilidad, habiendo incluso solicitado una reducción de jornada acogida por empresa por lo que su horario laboral sería actualmente de una secuencia de dos mañanas, dos tardes y seis días de descanso, contando con el apoyo de los abuelos paternos; que el informe psicosocial aportado a la causa debería de interpretarse en el sentido de que ambos progenitores estarían en igual condición para ostentar la guarda y custodia de la menor y que solo la disponibilidad personal de cada uno habría de influir en su organización; que el padre habría puesto de manifiesto su disposición respecto de las medidas que el tribunal considere conveniente respecto de la guarda y custodia compartida especialmente en lo que se refiere al uso de la vivienda familiar.

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.

La presente resolución adopta la forma de auto porque la providencia de puesta de manifiesto de causas de inadmisión se dictó antes de la entrada en vigor del Real decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior, el motivo único de recurso incurre 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 de la 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 el horario laboral del padre (consistente en una secuencia de dos días en turno de mañana, dos días en turno de tarde, y dos días en turno de noche) no resulta compatible con el régimen de custodia compartida, porque en los días en que el padre no ha podido permanecer con compañía de su hija Marcelina (nacida el NUM000 de 2016) han sido los abuelos paternos de la menor, o su tía, quienes se han venido ocupando del cuidado de la menor; segundo, que no se discute la utilidad y conveniencia del apoyo familiar, pero no resulta posible un régimen de custodia compartida basado en la suplencia constante para atender la imposibilidad material de uno de los progenitores de hacerse cargo por sí mismo de sus hijos, razón que explica que durante la convivencia matrimonial era la madre la que se hizo por entero cargo del cuidado de la menor; tercero, que la flexibilidad de la empresa y la disponibilidad de los compañeros para el cambio de turnos, no permite concluir que el Sr. Donato pueda hacerse cargo en semanas alternas del cuidado de su hija, y que respecto de la reducción de jornada solicitada con fecha de 23 de noviembre de 2022, evidencia la imposibilidad de la parte de hacerse cargo de la menor con una alternancia semanal, desconociéndose las razones porque no se solicitó dicha reducción de jornada en un momento anterior y sin que, en cualquier caso, resulte acreditado la supresión de las jornadas nocturnas; cuarto, que el informe psicosocial revela que la menor siente mayor apego y cercanía a su madre, pero sin proponer un solución concreta de alternancia de residencia por semanas alternas, que se explica en su inviabilidad material; y quinto, por todo ello, la menor deberá de residir de manera permanente o habitual con su madre.

De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplica correctamente el principio de interés superior del menor 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 a la parte 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 Donato contra la sentencia dictada con fecha de 9 de diciembre de 2022 por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 685/2022, dimanante del juicio de divorcio n.º 2308/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de Huelva.

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.