

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 29 octubre 2013

[JUR\2013\338389](#)



Recurso de casación contra sentencia dictada en procedimiento de modificación de medidas tramitado por razón de la materia.- Inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por cuanto la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión de hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2, 3º LEC).

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 572/2013

Ponente: Excmo Sr. Rafael Saraza Jimena

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Octubre de dos mil trece.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1

Por la representación procesal de DON Ignacio se presentó escrito con fecha de 7 de febrero de 2013 interponiendo recurso de casación contra la Sentencia dictada con fecha de 20 de diciembre de 2012 por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 7/2012 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas nº 1297/2010 del Juzgado de Primera instancia nº 3 de Murcia.

2

Mediante Diligencia de Ordenación de fecha de 4 de marzo de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta Sala, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de los litigantes.

3

Por el Procurador Don Pablo Oterino Menéndez, en nombre y representación de DON Ignacio , se presentó escrito con fecha de 17 de abril de 2013, personándose ante esta Sala en calidad de parte recurrente. Por la Procuradora Doña María José Ruipérez Palomino, en nombre y representación de DOÑA María Milagros , presentó escrito con fecha de 3 de abril de 2013 personándose ante esta Sala en calidad de parte recurrida.

4

Por Providencia de fecha de 3 de septiembre de 2013 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos de casación a las partes personadas.

5

La representación procesal de la parte recurrente presentó escrito con fecha de 1 de octubre de 2013 interesando la admisión del recurso interpuesto, por considerar que cumple con los requisitos determinados legalmente. Por la representación procesal de la parte recurrida se presentó escrito con fecha de 1 de octubre de 2013 interesando la inadmisión del recurso interpuesto. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 8 de octubre de 2013 en el sentido de interesar la inadmisión del recurso interpuesto.

6

Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la [Disposición Adicional 15ª](#) de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#), del Poder Judicial, introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089\)](#), complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. **Rafael Saraza Jimena**, a los solos efectos de este trámite.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

Por la recurrente, se formalizó recurso de casación al amparo del ordinal 3º del [art. 477.2](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. La Sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio sobre modificación de medidas definitivas tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en del art. 477.2, 3º LEC, utilizado por el recurrente, lo que exige la debida justificación del interés casacional, en los términos dispuestos en el "Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal" adoptado por esta Sala con fecha de 30 de diciembre de 2011.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de DON Ignacio se funda en dos motivos, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de la Sala: el primero, por infracción del [art. 96 CC \(LEG 1889, 27\)](#) en relación al derecho de uso de la vivienda familiar; y el segundo, por infracción del [art. 92.6](#) y [8 CC](#) en relación a la custodia compartida.

2

No obstante, los dos motivos del recurso de casación formulado incurren en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por cuanto la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión de hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2, 3º [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#)).

Esto es así, porque la parte recurrente parte en su escrito de recurso de que él sería el propietario con carácter privativo de la vivienda familiar, y que abona los gastos de alquiler de una vivienda desde el año 2007 en que se acordó el divorcio, que su hijo Tomás, de 19 años tendría ingresos propios, aunque viviría en el domicilio familiar por "mera comodidad" y que la hija menor, Irene, de 17 años, estaría próxima a la mayoría de edad, y que las dos partes, no estarían en situación de "desamparo", pues ambos habrían trabajado y tendrían ingresos propios además de propiedades, por lo que no procedería la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre, y que la relación con los hijos es normal, que su hijo, al tiempo que habría estado conviviendo con el padre no habría tenido problemas de estudios, y que su hija, que convivía con su madre, habría tenido que repetir curso, por lo que procedería adoptar la custodia compartida. Elude o soslaya, así, la parte recurrente que la sentencia impugnada, tras examinar la prueba practicada y confirmando las determinaciones del juzgador de Primera instancia, concluye que los dos hijos en común, de la que Irene es todavía menor de edad, viven con la madre desde hace tiempo y desean continuar en esta situación, que manifestaron que *"con su madre están mas centrados, pues hay unas normas y pautas claras, siendo mejor para los estudios"*, y que el divorcio previo fue adoptado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Murcia, con imposición de penas de prohibición de acercamiento mutuo, por lo que procede atribuir a la madre la custodia de la hija menor, y que el uso de la vivienda familiar se atribuya al cónyuge custodio hasta que los hijos alcancen independencia económica.

En consecuencia, la Sentencia recurrida no se opone a las Sentencias de esta Sala citadas como infringidas, 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 de esta Sala (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 del Tribunal Supremo 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 e, incluso, de su razón decisoria o «ratio decidendi», y que, en definitiva, el criterio aplicable para la resolución de la cuestión jurídica planteada depende de las circunstancias fácticas de cada caso.

3

Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los [arts. 483.4 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , dejando sentado el [art. 483.5 LEC](#) que contra este Auto no cabe recurso alguno.

4

La inadmisión del recurso de casación, determina la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con lo establecido en la [Disposición Adicional 15ª, apartado 9](#) , de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) , del Poder Judicial , introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089 \)](#) , complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

5

Habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente.

LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR EI RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Ignacio se presentó escrito con fecha de 7 de febrero de 2013 interponiendo recurso de casación contra la Sentencia dictada con fecha de 20 de diciembre de 2012 por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 7/2012 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas nº 1297/2010 del Juzgado de Primera instancia nº 3 de Murcia.

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3º) IMPONER las costas a la parte recurrente

4º) La PÉRDIDA del depósito constituido.

5º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal únicamente a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.