

Roj: **ATS 1308/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1308A**

Id Cendoj: **28079110012022200642**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2022**

Nº de Recurso: **3873/2021**

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: 02/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3873/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3873/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## 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 2 de febrero de 2022.

Esta sala ha visto

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

## ANTECEDENTES DE HECHO



**PRIMERO.**- La representación procesal de D. Jose Daniel presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 26 de marzo de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª de Refuerzo), en el rollo de apelación núm. 1547/2019, dimanante del juicio de divorcio núm. 728/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid.

**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.**- El procurador Sr. Pérez Cruz se personó en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través del procurador Sr. Ruíz Esteban. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.**- Por providencia de fecha de 1 de diciembre de 2021 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

**QUINTO.**- La parte recurrente ha efectuado alegaciones interesando su admisión, la parte recurrida no efectuó alegaciones. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 13 de enero de 2022 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.**- Por la parte recurrente se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2. 3.º LEC, invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en del art. 477.2, 3º LEC, lo que exige al recurrente la debida justificación del interés casacional, en los términos dispuestos en los Acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptados por esta sala con fechas de 30 de diciembre de 2011 y de 27 de enero de 2017.

Brevemente los antecedentes, en lo que al presente interesan -el recurso de casación lo es respecto de la medida de custodia compartida que solicita el recurrente-, son los siguientes: la ahora parte recurrida interpuso demanda de divorcio, en que interesó para sí la guarda y custodia de los hijos e interesó las medidas que indicaba, y respecto de los cuales el padre interesó la custodia compartida y medidas que indicó. Se dictó auto de medidas provisionales que acordó la custodia materna y demás medidas inherentes. En primera instancia se dictó sentencia y se confirmó la custodia materna en exclusivo interés de los menores-, con apoyo en el informe psicosocial emitido en las actuaciones, y la exploración de los menores, nacidos en 2007 y 2009. Recurrida por el padre, la medida de custodia materna, la audiencia desestima el recurso y la confirma íntegramente; destaca que valorando de nuevo el material probatorio, en especial el informe psicosocial emitido y exploración de los menores practicada en alzada, de la que resulta que ambos menores prefieren permanecer bajo la custodia materna, teniendo como principal figura de referencia a la madre, y culpabilizando del conflicto familiar al padre, considera que la materna es la más adecuada. Refiere que aun cuando los deseos de los menores no siempre coinciden con su interés, pues su voluntad está en formación y tampoco vinculan a los tribunales, considera que en atención a la edad de los menores, sería muy complicado establecer una custodia compartida con la oposición expresa de los menores afectados.

El recurso de casación interpuesto por el padre, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del TS, y se apoya en un único motivo; indica que se interpone por infracción de los arts. 92.5, 6 y 8 CC, al "no existir ni una sola causa que impida adoptar dicho régimen de custodia compartida" siendo que tan solo se atiende a las manifestaciones de los menores, sin tener en cuenta su falta de madurez ni que pueden estar mediatisados por la madre; indica como jurisprudencia del TS infringida, las SSTS de 17 de julio de 2015, que cita la de 16 de febrero de 2015, 9 de marzo de 2012, y 27 de abril de 2012. Y ello al no acordarse el régimen de custodia compartida al darse los requisitos necesarios para su establecimiento y no aplicar correctamente el principio de interés superior del menor. Reclama en definitiva la recurrente en casación el sistema de custodia compartida.

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.**- Examinado el recurso de casación interpuesto, incurre en causa de inadmisión, respecto de todos sus motivos, por carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4ª LEC, por no atender a la 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.



La sentencia recurrida confirma la custodia materna en los términos expuestos, en atención al interés de los menores, y lo fundamenta debidamente, como resulta *ut supra*, por lo que incurriría en la causa de inadmisión citada.

Así, se ha determinado que:

"[...]La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos 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 y 323/2012, de 21 mayo). 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 consecuencia, en el supuesto examinado, la Audiencia Provincial no desconoce la doctrina jurisprudencial de esta sala, sino que la aplica. Explica, como ya hemos visto, los motivos por lo que se estableció la custodia materna en primera instancia y se mantuvo por la audiencia. De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplicando correctamente el principio de interés superior de los menores y dadas las circunstancias existentes, mantiene la custodia materna, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

Las alegaciones efectuadas en el trámite oportuno, no desvirtúan lo expuesto.

**TERCERO.**- Consecuentemente, procede declarar inadmisible el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 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 no habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida, quién está personada, no procede imponer las costas causadas a la recurrente, quién perderá el depósito.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

**1º)** Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. de D. Jose Daniel contra la sentencia dictada con fecha de 26 de marzo de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.<sup>a</sup> de Refuerzo), en el rollo de apelación núm. 1547/2019, demandante del juicio de divorcio núm. 728/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.<sup>o</sup> 29 de Madrid, quién perderá el depósito.

**2º)** Declarar firme dicha sentencia.

**3º)** 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 a las partes comparecidas ante esta sala, y al Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso.

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