



Roj: **ATS 18407/2022 - ECLI:ES:TS:2022:18407A**

Id Cendoj: **28079110012022208292**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2022**

Nº de Recurso: **3243/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 21/12/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3243/2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 3 DE PONTEVEDRA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3243/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- La representación procesal de D.<sup>a</sup> Alicia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 10 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 55/2022, dimanante del juicio de medidas paternofiliales n.º 317/2021 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Marín.

**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.<sup>a</sup> María de las Mercedes Pereiro Domínguez se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrente. Por la procuradora D.<sup>a</sup> María del Amor Angulo Gascón, en nombre y representación de D. Felicísimo, se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrida. En los presentes recursos es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.**- Por providencia de fecha de 2 de noviembre de 2022 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 de los recursos interpuestos por considerar que cumplirían con los requisitos legales para su admisión. Por la parte recurrida se presentó escrito interesando la inadmisión de los recursos. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 29 de noviembre de 2022 en el sentido de interesar la inadmisión de los recursos 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.<sup>a</sup> LOPJ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Por la parte recurrente se formaliza recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra una sentencia dictada en un juicio verbal de familia, 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. 92 y 94 CC, 17, 19 y 39 CE, 2 LO 1/1996, 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y 24.3 CEDH y por vulneración del interés del menor, respecto de la atribución de guarda y custodia, al considerar que la atribución de la guarda y custodia del hijo menor no podría estar condicionada al no ejercicio de derechos constitucionales como la libertad de residencia de la recurrente, y que la resolución impugnada habría aplicado incorrectamente el interés del menor al prever la guarda y custodia paterna en el caso de cambio de residencia de la recurrente, pues al cambiar su domicilio la madre la hermana del menor perderá todo contacto familiar y relacional con el mismo, con la separación de los hermanos; el segundo, por infracción de los arts. 90, 92 y 94 CC, 17, 19 y 39 CE, 2 LO 1/1996, 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y 24.3 CEDH, respecto de la atribución de la guarda y custodia, al considerar que la sentencia establecería una previsión para un supuesto cambio de las circunstancias pero que garantizaría que esas circunstancias no se irían a producir, so pena de pérdida de la guarda y custodia sobre el menor y se lleve a cabo una separación entre hermanos, sin tener en cuenta el interés del menor; y el tercero, por infracción de los arts. 92 y 94 CC, 17, 19 y 39 CE, 2 LO 1/1996, 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y 24.3 CEDH, respecto de la atribución de la guarda y custodia, al considerar que la resolución impugnada restringiría el derecho constitucional de libertad de fijar la residencia, en contra del interés del menor, pues impediría toda posibilidad de trasladarse la madre y el menor a Cataluña, dado el carácter genérico de la "condición sancionadora o penal" que se le habría impuesto a la recurrente y a sus hijos.

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 con carácter previo el recurso de casación interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final 16.<sup>a</sup>, regla 5.<sup>a</sup>, apartado 2º LEC por cuanto, solo si fuera admisible este recurso se procederá a resolver la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente interpuesto, el recurso de casación interpuesto incurre en sus tres motivos de recurso en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4.<sup>a</sup> 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 y confirmando las determinaciones del juzgador de primera instancia a las que se remite: primero, que en ambos progenitores concurre idoneidad e implicación para asumir el cuidado del menor, ambos residen en Marín, disponen de ayuda por parte de los abuelos paternos, y ambos trabajan con amplias jornadas laborales pero compatibles con la guarda y cuidado exigidos, mantienen una excelente relación con el menor, Carlos Manuel de 10 años de edad -al tiempo del dictado de la sentencia de segunda instancia-, y comparten una comunicación personal suficiente respecto del menor; segundo, por todo ello, procede la adopción del sistema de guarda y custodia compartida, de acuerdo con lo recomendado por el informe psicosocial, concordante con la voluntad del menor expresada en el acto de la exploración, y que se viene ejecutando con regularidad desde el dictado del auto de medidas provisionales con fecha de 22 de junio de 2021, acomodándose al informe del Ministerio Fiscal y, sobre todo, al interés prevalente del menor; tercero, sentado lo anterior, en el caso de que la madre mudara su residencia a Cataluña con su hija Araceli , procederá atribuir la guarda y custodia del menor Carlos Manuel al padre, de acuerdo con la propia voluntad expresada por el menor en el acto de la exploración, y ponderando la inestabilidad y perjuicio emocional que conllevaría su traslado con pérdida de su entorno familiar, educativo y social en el que se encuentra desde su nacimiento, tal y como se concluye en el informe psicosocial unido a la causa.

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 del menor.

Por todo ello, no resulta posible tomar a consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación con la admisión del recurso interpuesto.

**TERCERO.-** La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, de la LEC.

**CUARTO.-** Consecuentemente, procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este auto no cabe recurso alguno.

**QUINTO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 de la LEC y habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida procede imponer las costas causadas a la parte recurrente.

**SEXTO.-** La inadmisión del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido al amparo de la DA 15ª LOPJ.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1.º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y no admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Alicia contra la sentencia dictada con fecha de 10 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª), en el rollo de apelación nº 55/2022, dimanante del juicio de medidas paternofiliales n.º 317/2021 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Marín.

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