



Roj: **ATS 1894/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1894A**

Id Cendoj: **28079110012022200871**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2022**

Nº de Recurso: **5753/2021**

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: 09/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5753 /2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROV.CIVIL SECCIÓN N. 5 DE GRANADA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 5753/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a 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 9 de febrero de 2022.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Rosendo presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 14 de mayo de 2021 por la Audiencia Provincial de Granada (Sección



5.ª), en el rollo de apelación núm. 189/2020, dimanante del juicio de divorcio núm. 1218/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 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.- La procuradora Sra. Rubia Ascasibar se personó en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través del procurador Sr. Vilches Fernández. 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.- Las partes no han efectuado alegaciones. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 26 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 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 medias que indicó. En primera instancia se acordó la custodia materna en exclusivo interés de los menores, con apoyo en el informe psicosocial emitido en las actuaciones; se destaca que si bien el padre ha aportado informe de parte, se acoge lo acordado en el pericial; y añade que aunque ello no es determinante, "que convive con su actual pareja y los tres hijos menores de esta, en una vivienda de 80 metros cuadrados, por lo que los menores, cuando están con su padre, deben dormir en una misma habitación"; se impuso al padre una pensión de alimentos de 200,00 euros mes por cada uno de los cuatro hijos. Recurrida por el padre, la medida de custodia materna, la audiencia desestimó el recurso y la confirmó íntegramente; destaca que a pesar del informe de parte aportado por el padre, se acoge el pericial judicial, que destaca las malas relaciones de los dos hijos mayores de los cuatro, con la pareja del padre y destaca la común preferencia de los menores a continuar con la madre y tener visitas con el padre; añade el dato -que califica de altamente relevante- sobre que "la vivienda de que dispone el padre tiene un solo dormitorio para los cuatro hijos", lo que califica de un impedimento para la garantía de unas condiciones mínimas de habitabilidad para el desarrollo personal y educativo de los hermanos, "al tener que compartir tan reducido espacio tanto para las tareas escolares, como para juegos -incluso para mantener la intimidad en caso de enfermedad- frente a las claras ventajas que proporciona la vivienda familiar", en la que se ha venido desarrollando con normalidad la convivencia de los menores. Igualmente mantiene el importe de la pensión de alimentos.

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, y art. 2 y 11 LOPJM, art. 3.1 Convención de Derechos del Niño, 39 CE, y por infracción del principio del interés superior del menor, que exige la adopción de la guarda y custodia compartida; indica como jurisprudencia del TS infringida, las SSTS de 11 de febrero de 2016, 29 de marzo de 2016, 11 de enero de 2018. 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.

TERCERO.- Consecuentemente, procede declarar inadmisibile 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. Rosendo contra la sentencia dictada con fecha de 14 de mayo de 2021 por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), en el rollo de apelación núm. 189/2020, dimanante del juicio de divorcio núm. 1218/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 , que 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.