



Roj: **ATS 359/2021 - ECLI: ES:TS:2021:359A**

Id Cendoj: **28079110012021200293**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2021**

Nº de Recurso: **577/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 13/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 577/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 3 DE LA CORUÑA

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 577/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 13 de enero de 2021.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de D. Nemesio presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 19 de noviembre de 2019 por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3.ª), en el rollo de apelación núm. 384/2019, dimanante del juicio de divorcio núm. 174/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 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.- El procurador Sr. Aguilar Fernández se personó en las actuaciones en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través de la procuradora Sra. Míguez Fuentes. Es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 7 de octubre de 2020 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Ninguna de las partes personadas, ha efectuado alegaciones. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 17 de noviembre de 2020 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, e interesó las medidas que indicaba, que en lo que al presente interesa, lo era la custodia materna del hijo menor, nacido en 2005, Romualdo , que padece DIRECCION001 , y respecto del cual el padre interesó la custodia compartida. En primera instancia se dictó sentencia de 13 de febrero de 2019, y al amparo del informe psicosocial emitido en las actuaciones, se acuerda la custodia materna en exclusivo interés del menor; en esencia en aquél se indica la conveniencia de mantener el régimen existente hasta ese momento, -que se desarrollaba desde el auto de medidas provisionales-. Recurrida por el padre tal medida, reitera su solicitud de custodia compartida y medidas inherentes que indica, alegando en esencia que lo que el informe propone es la custodia compartida. La audiencia desestima el recurso; considera que en definitiva lo que el padre pretende es eliminar la custodia materna ampliando el régimen de visitas, indicando que con el régimen que propone no tendría nunca bajo su custodia al menor, salvo las noches de fines de semana alternos y miércoles de todas las semanas, y nunca tendría en periodos vacacionales al menor bajo su cuidado; indica que lo que pide es un régimen de visitas durante todo el año, no una custodia compartida. Precisa la audiencia que el régimen previsto en la apelada, no es un régimen estándar de custodia monoparental, e incluso indica, que podría ser perjudicial para la madre, pero precisa que la madre no lo ha recurrido, y ello por cuanto es la madre quién va a realizar todas las tareas del hijo, se le carga con todo el trabajo, de cuidado, alimentación vestido y aseo, pero no el ocio. Precisa igualmente que la sentencia se acomoda al contenido del informe psicosocial. Además, la audiencia expone los inconvenientes del régimen propuesto por el padre, como lo sería la utilización del servicio de madrugadores, que el menor tendría que levantarse mucho antes, alterando el ritmo de sueño, se prolongaría su estancia en el colegio, desconociendo si ello sería posible, no indicando además el padre que haría con el menor en los periodos no lectivos. Por último, achaca al padre que no quiere una verdadera custodia compartida, ni los planteamientos de incremento de visitas tienen un plan de desarrollo, serio y viable.

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, 8 y 9 CC, y art. 2 LOPJM al considerar que concurren los presupuestos precisos para acordar una custodia compartida; indica como jurisprudencia del TS infringida, las SSTS 571/ 2015, de 14 de octubre, 138/2016 de 9 de marzo, 545/2016 de 16 de septiembre. 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 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 del menor.

La sentencia recurrida confirma la custodia materna en los términos expuestos, en atención al interés del menor, 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, de forma detallada 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 del menor y dadas las circunstancias existentes, mantiene la custodia materna solo hasta los cuatro años, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

TERCERO.- Consecuentemente, procede declarar inadmisibles 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, quien si perderá el depósito constituido.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Nemesio contra la sentencia dictada con fecha de 19 de noviembre de 2019 por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3.ª), en el rollo de apelación núm. 384/2019, dimanante del juicio de divorcio núm. 174/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000, quien perderá el depósito constituido.

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.