



Roj: **ATS 3964/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3964A**

Id Cendoj: **28079110012023201524**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2023**

Nº de Recurso: **4721/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 15/02/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4721 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 1 DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 4721/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ignacio Sancho Gargallo

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. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 15 de febrero de 2023.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de doña Erica presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 31 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de



Tenerife (Sección 1.ª), en el rollo de apelación núm. 759/2021, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijos no matrimoniales núm. 523/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Los Llanos de Aridane.

**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. Torrejón Sampedro fue designada por el ICPM en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través del procurador Sr. Codosero Rodríguez. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha de 16 de noviembre de 2022 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** Solo la parte recurrente efectuó alegaciones e interesó su admisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 11 de enero de 2023 en el sentido que es de ver en autos, y en el que interesó la admisión.

**SEXTO.-** Por la parte recurrente no se ha efectuado el depósito para recurrir determinado en la DA 15.ª LOPJ, al ser beneficiaria de justicia gratuita.

## 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 custodia compartida del menor que solicita la recurrente- son los siguientes: la ahora parte recurrida interpuso demanda de guarda y custodia de hijos no matrimoniales, e interesó las medidas que indicó, que en lo que al presente interesa, lo era la custodia paterna del hijo menor, y respecto del cual la madre interesó la custodia compartida. En primera instancia se dictó sentencia y se acordó la custodia compartida, semanal y medidas inherentes a ello, en exclusivo interés del menor. Recurrida por el padre la medida de custodia, apoyándose en que la compartida no era la más beneficiosa para el menor, la audiencia estimó el recurso y estableció la custodia paterna, y medidas inherentes a ello. Explica la audiencia que ninguna de las partes solicitó en forma dicha custodia; y a continuación, entra a analizar el interés superior del menor, y a mayores indica la audiencia que la causa de acordar una paterna lo apoya en que el menor de 13 años, nacido en 2009, en ese momento, en su exploración en la instancia así lo manifestó, de donde resulta que (i) vive con su padre desde mediados de 2020, bajo custodia estaba y (ii) manifestó rotundamente que prefiere quedarse a vivir con su padre; concluye la audiencia que en el presente caso los deseos del menor deben ser especialmente valorados "máximo cuando coinciden con la situación existente desde hace varios años, por lo que su estabilidad emocional, se ve más garantizado manteniendo la custodia paterna, que de hecho ejercía el recurrente" -padre-. En la resolución apelada se indica probado que los progenitores han trasladado el conflicto hacia su hijo, "quien responsabiliza a su madre de la crisis, y le reprocha que la nueva pareja de ella está separando a la familia" y se refiere que el menor "relata incidencias con su madre", aunque no constan dichos hechos.

El recurso de casación interpuesto por la madre, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, se recurre la medida relativa a la custodia del menor, por oposición a la jurisprudencia del TS, en relación a su custodia, que reclama compartida, con las medidas inherentes que se acordó en primera instancia. Se interpone por infracción de los arts. 92 CC y 39 CE, Declaración de los Derechos del Niño, y por infracción del principio del interés superior del menor, y art. 2 LOPJM, que exige la adopción de la guarda y custodia compartida. Y cita la SSTS de 8 de octubre de 2009, 10 y 11 de marzo de 2010, 1 de octubre de 2010, 7 de julio de 2011, 9 de marzo 2012, 29 de abril de 2013, 25 de noviembre de 2013, 29 de marzo de 2016 y 25 de octubre de 2017. En el segundo alega infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos y criterios para acordar la compartida.

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 de 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 revoca la custodia compartida y la establece paterna, en los términos expuestos, y lo hace en atención al interés del menor, y el resultado de su exploración, contando 12 años, ya que así lo manifestó, lo que según la audiencia además coincide con la llevada a cabo desde mediados del 2020, y era lo mejor para su estabilidad emocional, y lo fundamenta debidamente, como resulta ut supra, por lo que incurriría en la causa de inadmisión citada. Se obvia que la audiencia, con independencia de rechazar la compartida por motivos formales, si entra a valorar el interés superior del menor, y analizado este, concluye que lo mejor para él, es la custodia paterna.

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 paterna, que se estaba ejerciendo de hecho desde 2020, en contra del criterio de la resolución apelada. 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, acuerda la custodia paterna, 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 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, que está personada, no procede imponer las costas causadas a la recurrente.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Erica contra la sentencia dictada con fecha de 31 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), en el rollo de apelación núm. 759/2021, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijos no matrimoniales núm. 523/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Los Llanos de Aridane.

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.