



Roj: **ATS 7481/2022 - ECLI:ES:TS:2022:7481A**

Id Cendoj: **28079110012022203367**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2022**

Nº de Recurso: **7738/2021**

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: 11/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 7738 /2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 7738/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

## **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 11 de mayo de 2022.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de doña Marta presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 9 de julio de

2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª) en el rollo de apelación n.º 1053/2020 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 37/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 79 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.-** La procuradora Sra. López Revilla se personó en la representación de la parte recurrente y el procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, se personó en la representación de la parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha de 26 de enero de 2022 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** Mediante sendos escritos, la representación de la parte recurrente evacuó el traslado del proveído, interesando la admisión de los recursos; y la recurrida interesando su inadmisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 5 de abril de 2022 en el sentido de interesar la inadmisión de los recursos formulados.

**SEXTO.-** Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos previstos en la DA 15.ª LOPJ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la parte recurrente se formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo art. 477.2, 3.º LEC, invocando la existencia de interés casacional por vulneración de la jurisprudencia del TS, en relación al principio del interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia, menor nacido en 2016. Alega un motivo por infracción del art. 92 CC, en relación con el art. 3.1 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y art. 39 CE, y 2 LOPJM, e infracción del principio del interés superior del menor, y jurisprudencia recaída en aplicación de los mismos sobre el interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia del menor, que alega lo es la materna. Cita como infringida la doctrina contenida en la STS de 8 de octubre de 2009, julio de 2011, 9 de marzo de 2012, 5 de mayo de 2012, 19, 25 y 29 de noviembre de 2013, 26 de junio de 2015, 29 de marzo de 2016, 16 de febrero de 2015, 12 de mayo de 2017 y 7 de junio de 2018. A través de la casación reclama la custodia materna.

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

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.-** Brevemente los antecedentes, en lo que al presente interesa son los siguientes: la ahora parte recurrente presentó demanda de divorcio a la que se acumuló la del esposo, y se debe destacar que de la unión nació un menor en 2016. Por sentencia se atribuyó la custodia de la menor a la madre con un régimen de visitas a favor del padre. Indica la sentencia que la única razón para ello es que el colegio de la menor y el domicilio materno está en Madrid, y el del padre en DIRECCION000, lo que impide la custodia compartida. Recurrido dicho régimen de custodia por el padre, reclamando la compartida, la audiencia así lo acuerda, al concurrir todos los requisitos necesarios, y ser lo más beneficioso para el menor, destaca respecto del inconveniente alegada por el juez de instancia, que no consta en modo alguno que el padre no disponga de domicilio en Madrid, o que en el que resida no fuera adecuado para el menor, no constando en el procedimiento dato alguno que desaconseje la compartida, por ello acuerda dicho régimen, semanal, y que los gastos se satisfagan al 70 % el padre y al 30% la madre.

**TERCERO.-** Expuesto lo anterior, y examinado con carácter previo el recurso de casación interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 16.ª, regla 5.ª, apartado 2.º 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 incurre, en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( artículo 483.2.4.º LEC) al obviar la ratio decidendi de la sentencia recurrida, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de la menor.

Como se dijo, y en lo que al presente interesa, la audiencia considera que lo más adecuado para el menor, en el caso, es la custodia compartida por lo que el recurrente obvia la ratio decidendi de la sentencia recurrida, siendo que la decisión de la audiencia, se inspira en el interés del menor.

Y así, respecto de la custodia del menor, la STS 393/2017, de 21 de junio ha declarado que:

"Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre ( sentencias 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio. 641/2011, de 27 septiembre, 431/2016, de 27 de junio, entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas."

Como se dijo, la audiencia establece el régimen de custodia de la compartida, y lo hace en el exclusivo interés del menor, como resulta de lo expuesto ut supra, siendo que en consecuencia se resuelve de conformidad con la doctrina de esta sala.

En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, debiendo recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte. En el presente caso el interés casacional representado por dicha contradicción con la jurisprudencia no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos.

En virtud de cuanto ha quedado expuesto en la fundamentación jurídica que antecede, no es posible tomar en consideración ninguna de las manifestaciones realizadas por la recurrente en el trámite de alegaciones.

**CUARTO.-** 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 LEC.

Consecuentemente, procede declarar inadmisibile 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 y 473.2 LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente, quién perderá los depósitos constituidos.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1.º) Inadmitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de doña Marta contra la sentencia dictada con fecha de 9 de julio de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª) en el rollo de apelación n.º 1053/2020 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 37/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid.

2.º) Declarar firme dicha sentencia.

3.º) Imponer las costas procesales al recurrente, quién perderá los depósitos constituidos.

4.º) 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 la presente resolución no cabe recurso alguno.

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