



Roj: **ATS 12659/2023 - ECLI:ES:TS:2023:12659A**

Id Cendoj: **28079110012023205780**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2023**

Nº de Recurso: **5755/2022**

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: 27/09/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5755/2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

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

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

Transcrito por: APH/I

Nota:

CASACIÓN núm.: 5755/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

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. Ignacio Sancho Gargallo

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 27 de septiembre de 2023.

Esta sala ha visto

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de D. Leon interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 8 de abril de 2022 por la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 56/2022, dimanante del juicio de divorcio n.º 465/2021 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Güímar.

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.ª Yolanda Morales García se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrente. Por la procuradora D.ª María del Carmen Rodríguez Martín, en nombre y representación de D.ª Estrella, 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 21 de diciembre 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 del recurso interpuesto por considerar que cumpliría con los requisitos legales para su admisión. Por la parte recurrida se presentó escrito interesando la inadmisión del recurso. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 13 de julio de 2023, 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 por la DA 15.ª LOPJ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se formaliza recurso 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 un único motivo, por infracción de los arts. 90 y 92 CC, al considerar que el recurrente tendría las capacidades necesarias para ejercer sin duda alguna un sistema de custodia compartida, como así habría venido realizando desde de octubre de 2021, sin que haya existido ninguna situación en estos meses en que se haya perjudicado al menor, todo lo contrario, por ello atendiendo al interés del menor procedería la adopción del régimen de guarda y 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.

La presente resolución adopta la forma de auto porque la providencia de puesta de manifiesto de causas de inadmisión se dictó antes de la entrada en vigor del Real decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior, el motivo de recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4ª 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: primero, que no se revela que exista la mínima relación de respeto y entendimiento entre las partes que posibilite en este momento adoptar una guarda y custodia compartida; segundo, que existe una total incomunicación entre las partes, lo que afecta al menor;



y tercero, por todo ello, en este momento no se cumplen los requisitos mínimos para adoptar una guarda y custodia compartida, al no cumplirse los mínimos presupuestos de comunicación y acuerdo entre los progenitores, por lo que resulta lo más beneficioso para el menor de 5 años, al tiempo del dictado de la sentencia de segunda instancia, es establecer un régimen de guarda y custodia materna con un amplio régimen de visitas en favor del padre, a fin que vayan superando esta conflictiva situación en favor de su hijo de modo que pueda acordarse en el futuro en una modificación de medidas una custodia compartida.

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, atendidas las circunstancias concurrente en el caso concreto, 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.

Todo ello sin que por sin que por la parte recurrente se haya promovido la revisión probatoria a través de la interposición conjunta del correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal.

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

TERCERO.- Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 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 habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida procede imponer las costas causadas a la recurrente. La inadmisión del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) No admitir el recurso de casación interpuesto por D. Leon contra la sentencia dictada con fecha de 8 de abril de 2022 por la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 56/2022, dimanante del juicio de divorcio n.º 465/2021 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Güimar.

2º) Imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

3º) Declarar firme dicha sentencia.

4º) 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.