



Roj: **ATS 2591/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2591A**

Id Cendoj: **28079110012021201271**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2021**

Nº de Recurso: **957/2020**

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: 03/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 957/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE SEVILLA

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 957/2020

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. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 3 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de don Indalecio presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 17 de diciembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª), en el rollo de apelación núm. 12238/2017, dimanante del juicio de divorcio núm. 67/2017 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Sevilla.

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. Moruno Cuesta se personó en las actuaciones en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través del procurador Sr. Sandín Fernández. Es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 2 de diciembre de 2020 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Por la representación de la parte recurrente se presentó escrito, evacuando el traslado conferido e interesando la admisión del recurso, y por la recurrida se ha interesado su inadmisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 5 de febrero de 2021 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, son los siguientes: la ahora parte recurrente interpuso demanda de divorcio e interesó la **custodia compartida** de los menores -nacidos en 2011- y medidas inherentes a ello; la madre se opuso e interesó la **custodia** materna y demás medidas inherentes. La sentencia dictada en primera instancia, mantiene la **custodia** acordada en el auto de medidas provisionales dictado en 2017, y mantiene la **custodia** materna sobre los menores, al considerar que ese es el régimen más beneficioso para los menores. Se apoya en la alta conflictividad entre los progenitores -como, indica, lo demuestra la pendencia de un procedimiento penal entre ellos, contra el padre por un presunto delito contra la intimidad-, la tensa relación entre ellos, que ha alcanzado un nivel que afecta y perjudica a los menores, la absoluta falta de capacidad para dialogar entre ellos, audiencia de contacto, y que los menores no solo no se mantienen al margen del conflicto sino que forman parte de él, situándolos en una situación de permanente conflicto que se traduce no solo en el ámbito escolar sino en otros ámbitos. Por todo ello considera que en interés de los menores y al objeto de garantizar su beneficio e interés, y encontrar el preciso equilibrio emocional y estabilidad familiar, se considera lo más adecuado mantener la **custodia** materna. Recurrida la sentencia por ambos progenitores, la audiencia en lo que al presente interesa, confirma la **custodia** materna, por los motivos esgrimidos en la apelada, esto es, por ser lo más beneficioso para los menores -insiste en la alta conflictividad existente entre los progenitores, las pésimas relaciones entre ambos-, el nivel de estabilidad y normalización alcanzado por los menores con la madre, con pautas organizadas, y en un entorno estable y normalizado, tanto a nivel familiar como escolar, exigen mantener dicha **custodia**.

El recurso de casación interpuesto por el padre, lo es al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, por dos motivos, y alega oposición a la jurisprudencia del TS. En el primero, alega infracción del art. 92 C, 3.1 Convención de los Derechos del Niño, art. 2 LOPJM al denegar la **custodia compartida** y no aplicar correctamente el principio del interés superior del menor, entronizando la rutina. Indica la jurisprudencia del TS infringida, citando las SSTS 33/2016, de 4 de febrero, 11 de febrero de 2016, 28 de febrero de 2017, 25 de octubre de 2017, 11 de enero de 2018, 26 de febrero de 2019. En el segundo alega infracción del art. 92 CC, 3.1 Convención de los Derechos del Niño, art. 2 LOPJM al no aplicar correctamente el principio del interés superior del menor, al elevar la conflictividad a causa obstativa de la **compartida**. Indica como jurisprudencia del TS infringida, las SSTS de 16 de febrero de 2015, 11 de febrero de 2016, 3 de mayo de 2016, 12 de mayo de 2017, 4 de abril de 2018, y 24 de abril de 2018.

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, y pese a las alegaciones efectuadas por el recurrente, el recurso de casación, incurre, respecto de ambos motivos, 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 de los menores.

La sentencia recurrida confirma la **custodia** materna en atención al interés de los menores y lo fundamenta debidamente, 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 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 debe mantener la **custodia** materna, en beneficio e interés de los menores.

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, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

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

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 habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida, quién está personada, 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 don Indalecio contra la sentencia dictada con fecha de 17 de diciembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª), en el rollo de apelación núm. 12238/2017, dimanante del juicio de divorcio núm. 67/2017 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Sevilla.

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

3º) Declarar firme dicha sentencia.

4º) 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.