



Roj: **ATS 13382/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:13382A**

Id Cendoj: **28079110012018204784**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2018**

Nº de Recurso: **1780/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 12/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1780/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 1 DE ÁVILA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1780/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- La representación procesal de D. Celso presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 19 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 9/2018, dimanante del juicio de modificación de medidas definitivas n.º 478/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ávila.

**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. Alberto Puffler, fue designado por el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, para la representación del recurrente, y el procurador Sr. González Minguez, para la representación de la parte recurrida Sra. D.ª Petra. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.**- Por providencia de fecha de 26 de Octubre de 2018 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

**QUINTO.**- Mediante sendos escritos, la representación procesal de la recurrente ha solicitado la admisión del recurso, y la recurrida su inadmisión. El Ministerio Fiscal mediante informe emitido en fecha 30 de octubre de 2018, ha interesado la inadmisión del recurso.

**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 ha formalizado recurso de casación. La sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio de modificación de medidas definitivas, 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.

El recurso de casación se interpone alegando interés casacional, al amparo del art. 477.2.3 LEC, por oposición a la doctrina del TS, y se estructura en un único motivo, en el que alega infracción del art. 90.3 CC. Cita como infringida la doctrina contenida en las SSTs núm. 242/2016 de 12 de abril y la 567/2017 de 19 de octubre, y ello al no acordarse el régimen de **custodia compartida**, siendo el más beneficioso para el menor.

Los antecedentes son los siguientes: el padre, ahora recurrente, a través del procedimiento de modificación de medidas, solicita la **custodia compartida**, con las medidas inherentes a ello. La madre se opone. Mediante sentencia dictada en primera instancia se desestima la demanda, en interés de los menores, y lo apoya en que el informe emitido en su día por el equipo psicosocial propuso la **custodia** materna, al ser ella quien mejor atendía a las necesidades de los menores, y que el diagnóstico del menor -TDAH- alegado por el padre como justificación para instar la modificación, ya existía en el anterior procedimiento, desde que el menor tenía seis años- en ese momento once años, y su hermana nueve años- y ha sido atendido desde entonces por el servicio salud **mental** infantil, siendo que su evolución es favorable, no habiéndose acreditado que un cambio de **custodia** le beneficié más; añade la situación de estabilidad de que goza el menor como resultó de la exploración, por lo que acuerda mantener la **custodia** materna.

Recurrida dicha sentencia en apelación por el padre, se desestima el recurso; en esencia declara que no se está ante un supuesto normal y corriente, en que se pueda atribuir la **custodia compartida**; explica que vista la evolución desde que en 2012 se atribuyó la **custodia** materna, en base al informe del equipo psicosocial, se ha comprobado que es el más favorable al hijo que padece la **enfermedad** descrita, por lo que cambiar el sistema sería desestabilizar el ritmo de vida que lleva el menor por la sola voluntad del padre. Por ello entiende que se debe proteger al menor, facilitándole la mayor estabilidad, lo que se consigue sin cambios y sin desavenencias, por ello y dado que el sistema de **custodia** materna ha funcionado y evolucionado favorablemente desde 2012, se mantiene.

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.**- Expuesto lo anterior, el recurso de casación incurre en la siguiente causa de inadmisión, de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2.4º LEC al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de los menores.

Y es que 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."

En efecto, tal y como se dijo, la audiencia, confirmando el criterio del juez ad quo, resuelve conforme al principio del interés superior del menor, al razonar la conveniencia de mantener el régimen de **custodia** materna, existente desde 2012, por haber funcionado y beneficiado al menor, que padece un TDAH, siendo lo más conveniente para él, no introducir cambios. En consecuencia la sentencia recurrida aplica la doctrina de esta sala, pues resuelve conforme a las circunstancias concurrentes, aplicando el principio del interés superior del menor.

Por todo ello procede la inadmisión del recurso interpuesto.

**TERCERO.**- Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado los art. 483.5 de la misma ley, que contra este auto no cabe recurso alguno.

**CUARTO.**- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en los arts. 483.3 LEC, y habiendo formulado alegaciones la parte recurrida, procede hacer expresa imposición de las costas del presente a la recurrente.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Celso contra la sentencia dictada con fecha de 19 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 9/2018, dimanante del juicio de modificación de medidas definitivas n.º 478/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ávila.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas del presente a la recurrente.

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 recurrentes y recurridas 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.