



Roj: **ATS 4443/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4443A**

Id Cendoj: **28079110012019201899**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2019**

Nº de Recurso: **3948/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 27/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3948/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE CASTELLÓN

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3948/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Eduardo Baena Ruiz

En Madrid, a 27 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- La representación procesal de don Genaro interpuso escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 16 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 175/2017, dimanante del juicio sobre guarda y **custodia** n.º 1698/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón de la Plana.

**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. Vila Rodríguez, se personó ante esta sala, en representación de la parte recurrente y la procuradora Sra. Renau Manselgas en representación de la parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO** .- Por providencia de fecha de 30 de enero de 2019 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

**QUINTO** .- Por la representación de la parte recurrente se presentó escrito, evacuando el traslado conferido, en el sentido de interesar la admisión de los recursos. Por la parte recurrida se presentó escrito interesando la inadmisión de los recursos. Por el Ministerio Fiscal se presentó informe con fecha de 4 de marzo de 2019 en el sentido de interesar la inadmisión de los recursos, de conformidad con las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Por la parte recurrente se formaliza recurso extraordinario por infracción procesal y 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 sobre guarda y **custodia** de hijos no matrimoniales 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 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 funda en dos motivos; el primero, por infracción de los arts. 92.5 , 6 y 7 , 90 , 94 y 159 CC , en relación con el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño , art. 39 CE , y arts. 2 y 9 LOPJM, arts. 154, 156 y 158,161 y 172.4º, la Carta Europea de Derechos del Niño, art. 18 con oposición a la doctrina del TS que consagra el interés del menor como principio básico que informa la materia, sentando el favor filii. Así cita SSTS de 22 de mayo de 1999 , 27 de marzo de 2001 , 9 de julio de 2003 , 12 de julio de 2004 y 14 de febrero de 2005 y 6 de abril de 2018 . Alega que conforme a la misma prevalece el interés del menor, por encima del de los progenitores. Explica que la sentencia recurrida vulnera dicho principio al establecer una **custodia compartida**, considerando que es una situación de riesgo que el menor de 5 años conviva con su madre, afectada de una **enfermedad mental**, como es un trastorno bipolar, sacando al menor de un entorno en el que ha nacido y crecido.

En el segundo, alega infracción de los arts. 19 CE y 12 de la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , art. 92 CC , en relación con el art. 9 LOPJM , y art. 2 LO 8/2015 de 22 de julio . Explica que la sentencia recurrida impone un régimen de **custodia compartida** semanal obligando al padre a trasladarse desde DIRECCION000 a Castellón a 85 km, donde vive la madre, pues se desarrollará el indicado régimen en esta localidad. Añade que ello atenta a su derecho fundamental recogido en el art. 19 CE .

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene dos motivos; el primero se interpone al amparo del art. 469.1 LEC , en relación a la vulneración del art. 460.2.1º LEC ; y el segundo al amparo del art. 469.1 LEC , por vulneración del art. 218.2 LEC .

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.

Brevemente los antecedentes son los siguientes: el padre presenta demanda interesando la **custodia** exclusiva para sí del menor nacido en 2012, a lo que se opone la madre, quién también interesó la **custodia** para sí -ambos solicitan subsidiariamente la **compartida**- . El Ministerio Fiscal, en conclusiones finales interesó la **custodia** materna y subsidiariamente, si el padre se trasladara a vivir a Castellón, la **compartida**. Mediante sentencia dictada en primera instancia, se acuerda la **custodia** paterna. Declara probado que: i) tras varios cambios de domicilio, en septiembre de 2016, ante problemas psiquiátricos de la madre, la familia se trasladó a vivir a Castellón, donde reside la familia materna, y pocas semanas después, rompieron la convivencia, volviendo el



padre a residir a DIRECCION000 , quedándose la madre y el hijo en Castellón, donde fue escolarizado; ii) que ambos progenitores tienen capacidades y habilidades educativas, pudiendo ejercer las funciones parentales y desarrollar visitas, en su caso, sin supervisión -como resulta de la prueba pericial psicológica-, la madre padece un trastorno bipolar por lo que estuvo ingresada desde el 26 de enero a 19 de febrero de 2016, y un episodio que requirió ayuda de sus padres para el cuidado del hijo y ajuste farmacológico, aunque a fecha de sentencia se indica que está estabilizada y sigue el tratamiento prescrito; iii) la madre es quién ha tenido mayor dedicación al cuidado del menor, y un horario laboral más reducido que le proporciona mayor disponibilidad para el cuidado del menor, y reside sola con su hijo en una vivienda arrendada, y trabaja; iv) el padre reside en DIRECCION000 y trabaja en Valencia -empleando alrededor de 30-40 minutos en la ida y otro tanto en la vuelta- y tiene jornada de 7,5 horas diarias, y horario flexible y sus ingresos rondan los 2.200 euros netos mensuales en catorce pagas. En la indicada sentencia, se refleja que si bien el perito judicial aconseja la **custodia compartida** en caso de que ambos progenitores residan en la misma localidad, el juez lo considera inviable al vivir cada uno en una localidad, y después de reconocer las adecuadas cualidades parentales de ambos y que el menor está perfectamente adaptado e integrado en su colegio de Castellón si bien puntualiza que también lo estuvo en el anterior en DIRECCION000 , se decanta por la paterna, que considera ofrece mayores garantías al bienestar del menor.

Recurrida la sentencia por la madre, que interesa la **custodia** materna y subsidiariamente la **compartida**, a dicho recurso se adhirió el Ministerio Fiscal, quien interesó la **custodia** materna, e interesó que si el padre estaba dispuesto, tal y como ofreció en el acto de la vista, a organizar su trabajo para poder vivir en semanas alternas en Castellón, nada objetaba a que fuera **compartida**, que en definitiva es el régimen más acorde al interés del menor. El padre se opone al recurso.

La sentencia de la audiencia, atendiendo prioritariamente al interés del menor, y la salvaguarda del mismo, teniendo en cuenta los hechos probados de la sentencia apelada, y en concreto la mayor dedicación de la madre al cuidado del hijo y un horario laboral más reducido que le proporciona mayor disponibilidad para el cuidado del menor, el informe pericial judicial, que recomendó la **custodia compartida** y el ofrecimiento del padre, establece la **custodia compartida**. Así relata que todos los peritos concluyen que la **enfermedad** de la madre, aunque crónica no la incapacitan en absoluto para desempeñar las funciones inherentes a la guarda y **custodia**; que todos han sido tajantes en sus afirmaciones y conclusiones, que no han sido cuestionadas ni rebatidas por las partes, y ratificadas en la alzada. Frente al criterio del juez a quo, considera que la madre está perfectamente estabilizada, a fecha de la sentencia más de un año, y a fecha de la sentencia de apelación, dos años, incluso indica que consta en autos que cuando se ha encontrado mal ha pedido ayuda; que la evolución ha sido favorable, y que un solo brote no es indicativo, haciendo más de dos años de ello; que en la actualidad solo toma un medicamento y sigue las pautas que el médico le indicó, y por último la perito doctora Modesta indicó que tiene una clara conciencia de la **enfermedad** que padece, conoce sus síntomas y si no se encuentra bien, acude al médico; que cuenta con apoyo familiar y está perfectamente capacitada para el cuidado del menor. Por último, el perito judicial aconsejó la **custodia compartida** conociendo perfectamente el trastorno de la madre, al estar perfectamente capacitada para ejercer las funciones de guarda y **custodia**, que se entrevistó con la tutora del menor y este se encuentra muy bien. En definitiva, concluye que los tres informes periciales avalan la capacitación de la madre para la **custodia** del menor. Por todo ello establece el régimen de **custodia compartida** semanal, "para lo cual el padre tal y como está dispuesto, según manifestó, deberá trasladarse a Castellón, pues se desarrollará en esta localidad donde vive la madre y también lo ha hecho con anterioridad el padre para lo cual se desplazaba desde esta localidad a su trabajo; de hecho la madre sigue viviendo en el piso que ambos arrendaron conjuntamente en Castellón. El padre consta acreditado que tiene un horario flexible en el departamento en que trabaja dependiente de la Universidad Politécnica de Valencia, lo que ya de por sí, al vivir en DIRECCION000 le supone todos los días un desplazamiento desde dicha localidad a Valencia. Al realizarlo desde la localidad de Castellón no supone en realidad mucha diferencia por la distancia existente. Además de lo anterior, es más aconsejable que se desarrolle en Castellón pues es un hecho acreditado la mala relación existente entre la madre del menor y la abuela paterna, lo que no es aconsejable en modo alguno para la estabilidad de la madre y del menor". En definitiva, en interés del menor, establece la **custodia compartida**. Por último, dispone que la madre deberá presentar ante el juzgado cada trimestre informe del psiquiatra que la trata sobre el seguimiento y control de su trastorno bipolar.

**SEGUNDO** .- 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 interpuesto, y respecto de ambos motivos, incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( art. 483.2 , 4.ª LEC ), al no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, y 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 reciente sentencia de esta sala 22/2018, de 17 de enero, con cita de la sentencia de esta sala de 29 de marzo de 2016, recurso 1159/2015 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 sentencia recurrida en casación no desconoce la doctrina jurisprudencial de esta sala, al establecer una **custodia compartida**, tras examinar la prueba practicada, fundamentalmente, los informes periciales y el hecho de estar ambos progenitores plenamente capacitados para ostentar dicha **custodia** y todo ello en el interés del menor. Sin duda es el interés del menor el que preside la razón decisoria de la sentencia, de acuerdo con circunstancias concurrentes que resultaron acreditadas y en los términos expresados en la motivación que ofrece al respecto, sin que pueda el recurso de casación convertirse en una tercera instancia, ni proceda la revisión por esta sala del sistema de guarda y **custodia** adoptado aunque la solución no se ajuste al criterio particular y subjetivo del recurrente. Sin que de ningún modo se produzca las infracciones denunciadas, en ninguno de los dos motivos, pues en definitiva, el interés del menor lo está por encima del progenitor recurrente, constando en las actuaciones, como se dijo, su ofrecimiento al traslado a Castellón, donde ya ha residido.

De acuerdo con la doctrina expuesta el recurso carece manifiestamente de fundamento ( artículo 483.2.4.º LEC ), porque el régimen de guarda y **custodia** establecido por la sentencia recurrida, no es revisable en casación ya que la Audiencia Provincial ha resuelto en atención al interés superior del menor teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. La sentencia recurrida resuelve en beneficio del menor, como vimos ut supra, sin que pueda su decisión revisarse en una tercera instancia aunque el criterio adoptado no coincida con el particular y subjetivo del recurrente.

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** .- 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 .

**CUARTO** .- Consecuentemente, procede declarar inadmisibles 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 LEC y habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida procede imponer las costas causadas a la recurrente, quién perderá los depósitos constituidos.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA :

1º) Inadmitir el recurso de extraordinario por infracción procesal y no admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Genaro contra la sentencia dictada con fecha de 16 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 175/2017, dimanante del juicio sobre guarda y **custodia** n.º 1698/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón de la Plana.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas a la parte recurrente quién perderá los depósitos constituidos.



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 recurrente y recurrida 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ