



Roj: **ATS 13018/2022 - ECLI:ES:TS:2022:13018A**

Id Cendoj: **28079110012022205970**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2022**

Nº de Recurso: **813/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 21/09/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 813 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE CASTELLÓN DE LA PLANA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 813/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 21 de septiembre de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de doña Blanca presentó escrito de interposición de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia dictada, con fecha 15 de diciembre de

2021, por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 36/2021, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 136/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación se tuvieron por interpuestos ambos recursos y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de los litigantes y al Ministerio Fiscal.

**TERCERO.-** El procurador Sr. Ricart Andreu se personó en nombre y representación de la parte recurrente y el procurador Sr. Medina Aina en representación de la parte recurrida, presentó escrito ante esta sala personándose como tal. El Ministerio Fiscal es parte interviniente.

**CUARTO.-** Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 15 de junio de 2022, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas, así como al Ministerio Fiscal.

**SEXTO.-** Mediante escrito, la parte recurrente manifestó su disconformidad con las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto, e interesó su admisión, mientras que la parte recurrida interesó su inadmisión. El Ministerio Fiscal en informe de 12 de julio de 2022, mostró su conformidad con las causas de inadmisión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la parte recurrente se formalizaron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra una sentencia dictada, en un juicio de modificación de medidas, con tramitación ordenada por razón de la materia, en el Libro IV, LEC, recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que exige acreditar debidamente el interés casacional.

Conforme a la disposición final 16.ª.1 regla 5.ª LEC, sólo si se admite el recurso de casación podrá examinarse la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO.-** Brevemente los antecedentes son los siguientes: Se presentó demanda de modificación de medidas por la ahora recurrente, respecto de las adoptadas en sentencia de dictada en 2018, en relación al menor nacido en 2015, y en que se acordó la custodia paterna y medidas inherentes. A través de la modificación de medidas, se instó por la madre una custodia compartida y demás medidas inherentes a ello. La parte demandada se opuso a dicha modificación. La demanda se estimó al considerar acredita una alteración sustancial, y se acordó una custodia compartida, y en concreto "que la madre había vuelto de Rumania, y se había instalado en Castellón y trabajaba, ambas cosas de forma estable, por lo que ambos pueden hacerse cargo del menor, y ambos tenían apoyo", y que el padre tenía turnos de noche en el trabajo; lo que unido a que ambos progenitores pueden desarrollar una custodia compartida en beneficio del menor, se acuerda la custodia compartida semanal y se dispone que cada uno se haga cargo de la manutención, mientras esté con él y los gastos escolares y extraordinarios se satisfagan al 50%. Se interpuso recurso de apelación por el padre, quién solicitó se revocara la custodia compartida y se mantuviera la paterna, con las medidas inherentes. La audiencia estimó el recurso y revocó la compartida; considera "que no ha habido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en 2018, para acordar la custodia paterna y que hayan variado en beneficio del menor"; considera que el interés del menor no aconseja el cambio solicitado y acordado en la resolución apelada; recuerda que el hecho de que la madre cogiera al menor y se marchara a Rumania, fue lo que determinó la custodia paterna, y "si bien se destaca que volvió a España, buscó trabajo y trabaja de cocinera, y que la relación entre los progenitores era cordial", califica la audiencia de loable dicho comportamiento, porque aporta estabilidad emocional al menor, pero no lo califica de suficiente para modificar la custodia; añade que no comparte la valoración de la prueba realizada por la juez, y concluye que el padre cuenta con apoyo para ejercer las funciones de custodia, pues cuenta con la ayuda de su madre -abuela del menor- y más familia extensa, con los que cuenta en cada momento, mientras que la madre no cuenta con apoyo, más que una amiga y su esposo del trabajo; además destaca que su trabajo le resta mucho tiempo, pues trabaja fines de semana, y entre semana, lo que le obliga a dejar al menor con ajenos a la familia; añade que si bien el menor ha pasado más tiempo con su madre, lo ha sido por razón del confinamiento, y la pandemia; y explica que el padre tiene horario nocturno desde septiembre de 2019, y deja al menor cenado y vuelve para el desayuno, quedando al cuidado de la abuela, y su hermano y cuñada, sin que el padre haya incumplido el régimen de custodia. Por todo ello considera que debe mantenerse la custodia paterna.

**TERCERO.-** La demandada interpone recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3.º LEC y aunque no enumera motivos, alega infracción del art. 91 y 92 CC, el art. 2 LOPJM, y la infracción del principio del interés

superior del menor. Y cita como infringida la SSTS 257/2013 de 29 de abril, 368/2014 de 2 de julio, la 665/2017 de 13 de diciembre y la de 25 de noviembre de 2019. En definitiva, considera que ha habido alteración sustancial de circunstancias, y concurren los requisitos para una custodia compartida, tal y como solicita, con las medidas inherentes que indica.

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.

**CUARTO.-** Examinado con carácter previo el recurso de casación interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 16.<sup>a</sup>, regla 5.<sup>a</sup>, 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 ha de ser inadmitido por carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2.4.º LEC, al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés del menor, y no atender a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

Y así respecto de la custodia de los menores, 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".

Y la núm. 211/2019, de 05/04/2019 afirma lo siguiente:

"[...]La sentencia 529/2017, de 27 de septiembre, recoge el cuerpo de doctrina de la sala sobre la cuestión que la parte recurrente somete a nuestra consideración, y de ahí el interés casacional del recurso. Ante todo cabe decir que el art. 90.3 CC establece que:

"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges".

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero si cierto. ( STS 346/2016, de 24 de mayo)".

La STS 126/2019, declara:

"2.- Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio favor filii o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor.

Este interés, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

**3.-** Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala (sentencia de 23 de julio de 2018, sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores) que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada.

Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación".

La sentencia recurrida en casación revoca la sentencia apelada, y concluye, en esencia, que el interés del menor justifica cambiar la compartida a la paterna, y lo fundamenta debidamente, en la forma expuesta ut supra, por

lo que incurriría en la causa de inadmisión citada. De modo que atendiendo a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, ninguna infracción de las denunciadas se ha producido.

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.

Las alegaciones efectuadas en el trámite oportuno, no desvirtúan lo expuesto.

**QUINTO.-** La improcedencia del recurso de casación determina 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.<sup>a</sup>, apartado 1, párrafo primero y regla 5.<sup>a</sup>, párrafo segundo, LEC.

Consecuentemente procede declarar inadmisibles los recursos extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado los artículos 473.3 y 483.5 de la misma ley, que contra este auto no cabe recurso alguno.

**SEXTO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en los artículos 483.3 y 473.2 LEC, y habiendo formulado alegaciones la parte recurrida personada, procede imponer las costas de los recursos a la parte recurrente, que perderá los depósitos constituidos.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de doña Blanca contra la sentencia dictada, con fecha 15 de diciembre de 2021, por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 36/2021, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 136/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas al recurrente, que perderá los depósitos.

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 del Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

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