



Roj: **ATS 15503/2022 - ECLI:ES:TS:2022:15503A**

Id Cendoj: **28079110012022207012**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2022**

Nº de Recurso: **2090/2022**

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: 02/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2090/2022

Fallo/Acuerdo:

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2090/2022

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

## **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 2 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de don Valentín presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 3 de diciembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª de refuerzo), en el rollo de apelación núm. 837/2020, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Alcalá de Henares.

**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. Codosero Rodríguez se personó en la representación de la parte recurrente; no se ha personado la parte recurrida en forma. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha de 14 de septiembre de 2022 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a la parte personada 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. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 11 de octubre de 2022, 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 al no acordar la resolución impugnada el cambio de custodia de materna a paterna.

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: el ahora recurrente interpuso demanda de modificación de las medidas acordadas en procedimiento anterior -la sentencia fue dictada en 2016 y aprobó el convenio regulador firmado por ambos- que dispuso la custodia materna del menor; solicitó la paterna y subsidiariamente la compartida de pasar a residir madre e hijo a la Comunidad de Madrid, desde Tenerife, y medidas inherentes que indicó. Se opusieron la madre y el Ministerio Fiscal. Por sentencia se desestimó la demanda, y con apoyo en el informe pericial elaborado por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado, se indicó que lo más beneficioso para el menor era no modificar el régimen de custodia del menor, pues estaba perfectamente adaptado a la custodia materna y su entorno, muy integrado en su entorno, y con buen estado de salud -padece una diabetes diagnosticada antes de la firma del convenio de 2015 aprobado por sentencia que atribuyó la custodia a la madre y contemplando el traslado de esta con el menor a Tenerife-. Destaca que no existe alteración sustancial en interés del menor, pues lo único ocurrido es que la madre viajó con el menor desde DIRECCION001 en 2016 a DIRECCION000, Madrid y estuvo un curso escolar, pero después se marchó de nuevo a Tenerife, lo que ha originado una batalla judicial. Considera que lo recomendable, para los peritos, es que continúe con la madre, lo que ha manifestado el menor. Recurrida por el padre, se desestimó el recurso, y se mantuvo la custodia materna. Indica que no se aprecia ninguna alteración sustancial y matiza que el cambio de residencia de DIRECCION001 a Madrid, de la madre y menor obedeció a la colocación de una bomba de insulina en el menor y enseñar a los progenitores su manejo, lo que ambas partes reconocen; destaca que por ello en verano de 2017, se volvieron madre e hijo a Canarias; rechaza los malos tratos alegados por el padre, de la madre al hijo, y por último indica que el informe psicosocial y los informes de la Consejería de Educación de Canarias, informan del bienestar del menor con la custodia materna, y su aprovechamiento escolar.

El recurso de casación, interpuesto al amparo del art. 477.2 3º LEC, por interés casacional, por un único motivo, e infracción del art. 90.3 CC, 2,3 y 11 LOPJM, arts. 3.1 y 8 Convención de Derechos del Niño, y del principio del interés superior del menor, y del art. 774.5 LEC, al negar la existencia de un cambio cierto; explica que se recurre la medida relativa al cambio de la custodia del menor, que solicita. Cita infracción de la doctrina contenida en SSTS 211/ 2019 de 5 de abril, y en la núm. 126/2019, la de 24 de mayo de 2016 y la jurisprudencia del TEDH.

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, éste incurre, en la causa de inadmisión, de carencia manifiesta de fundamento ( art. 483.2, 4ª LEC), por no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida y su relato fáctico, al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés del menor.

Así, se ha determinado por esta Sala, 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 relación a la modificación de régimen de custodia, la sala ha declarado en la STS 211/2019 de 5 de abril:

"En la STS de 24 de mayo de 2016, se declara que: "debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil, en su última redacción establece que:

"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas 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. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código".

"Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto."

Y la STS 126/2019, dice:

"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 en esencia, precisa que estamos ante una modificación de medidas, y no se ha acreditado el cambio circunstancias que alegó el actor, que justificara en interés y beneficio del menor, cambiar la custodia materna por la paterna, y la mantiene, y lo fundamenta debidamente, en la forma expuesta ut supra, por lo que incurriría en la causa de inadmisión citada.

De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplicando correctamente el principio de interés superior de la menor y dadas las circunstancias existentes, mantiene la custodia paterna, 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 inadmisibile 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 no presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, no procede imponer las costas causadas a la recurrente, que perderá el depósito.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Valentín contra la sentencia dictada con fecha de 3 de diciembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª de refuerzo), en el rollo de apelación núm. 837/2020, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Alcalá de Henares, quién perderá el depósito constituido.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) 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 la parte comparecida 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.