



Roj: **ATS 4002/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4002A**

Id Cendoj: **28079110012023201544**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2023**

Nº de Recurso: **8838/2022**

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: 22/03/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 8838 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 8838/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 22 de marzo de 2023.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de doña Alejandra presentó escrito de interposición de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia dictada, con fecha 20 de mayo de



2022, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª. Refuerzo), en el rollo de apelación n.º 301/2021, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 244/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Torrelaguna.

**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.-** La procuradora Sra. Yustos Capilla, en nombre y representación de la parte recurrente, presentó escrito ante esta sala personándose como tal. El procurador Sr. Cuevas Gómez, se ha personado la parte recurrida. 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 3 de marzo de 2023, 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 manifiesta su disconformidad con las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto e interesó la admisión; la recurrida interesó la inadmisión. El Ministerio Fiscal en informe de 7 de marzo de 2023, muestra 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 ambos progenitores que fueron acumuladas. Es una modificación de medidas que se presenta en 2018 por el padre y se acumula la de la madre, respecto de sentencia de 2017 que aprobó un acuerdo de custodia compartida del hijo nacido en 2010, anual alterno, con padre residente en España y madre residente en Méjico, que marchó a dicho país a trabajar y cuya familia materna reside en España.

El padre solicitó la custodia paterna a desarrollar en España y la madre, la materna a desarrollar en Méjico; esta alega que el menor realizó curso escolar 2018/2019 en Méjico y estaba completamente integrado y que el menor se encontraba desamparado con el padre, por lo quería quedarse en Méjico, al que ofrece un entorno seguro. El padre alega la desestabilización del menor, que le supuso a este, el traslado a Méjico. Se dictó sentencia en septiembre de 2020, y constan dos informes psicosociales de julio y agosto de 2020, que se acordaron en el acto de la vista, y en ambos se recomienda la monoparental paterna que es la que más continuidad personal, escolar, cultural y social, le da al menor siempre ha vivido en España salvo el curso escolar referido- le aporta al menor. Recurre la madre, y la audiencia confirma la custodia paterna. Se refleja por la audiencia, que constan resoluciones dictadas por el Tribunales de Méjico, dictadas al no haber retornado el menor a España, incumpliendo la sentencia española, obligando al padre a iniciar un procedimiento allí. Se acompañó por el padre sentencia de 14 de enero de 2022, que ordenó la restitución del menor, y la madre aportó resolución de amparo dictada el 8 de marzo de 2022, en que se acordó la suspensión definitiva de entrega del menor al padre, al afectar al interés superior del menor, por no proporcionarle los cuidados necesarios, suspensión hasta la recepción de la notificación de sentencia definitiva de España. La audiencia considera que las alegaciones de la madre para mantener al hijo en Méjico no han sido probadas, ni denunciadas, ni constan en el informe, ni resultan de la exploración del menor; la audiencia concluye que las manifestaciones de la madre, incluyendo acusación de malos tratos al padre, son una instrumentalización del proceso para retrasar el cumplimiento de la sentencia española, involucrando al menor en el conflicto, añadiendo que las denuncias, nunca se hicieron en España. Por último destaca la audiencia que consta la exploración psicológica del menor efectuada por el equipo especializado.

**TERCERO.-** La demandante interpone recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3.º LEC y lo articula en un motivo, en el que alega infracción del art. 92.2, 103, y 159 CC, art. 9 LOPJM, art. 3.1 y 12.2 Convención de Derechos del Niño, Carta Europea de Derecho del Niño, arts. 24 y 39 CE, al considerar que se aplica incorrectamente el principio del interés superior del menor, reclamando la custodia materna. Alega oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en SSTs de 577/ 2021 de 27 de julio, la de 20 de octubre de 2014, 87/2022



de 2 de febrero, 705/2021 19 de octubre, 413/2014 de 20 de octubre. A través del extraordinario por infracción procesal denuncia la falta de audiencia del menor, ni en la instancia ni por la audiencia, a pesar de solicitarla y que fue denegada.

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.<sup>o</sup> 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, al incurrir en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2.4.<sup>o</sup> 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".

Como se declara en STS núm. 559/2020 de 26 de octubre:

"Como esta sala ha declarado en sentencias 215/2019, de 5 de abril, 31/2019, de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores ( art. 91 del C. Civil)".

Y la STS 126/2019, en relación a la modificación de medidas se 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".

Como se dijo, la audiencia, comparte las conclusiones fácticas y consideraciones jurídicas de la sentencia de primera instancia y desestima el recurso. Considera, que se ha probado una modificación de las circunstancias que aconsejen en interés del menor, el cambio solicitado a custodia paterna; explica que del resultado de la prueba llevada a cabo, se ha acreditado que tal cambio es lo más beneficioso para el menor, que es lo prevalente. Obvia por tanto el recurrente la ratio decidendi de la sentencia recurrida.

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.

En virtud de cuanto ha quedado expuesto en la fundamentación jurídica que antecede, no es posible tomar en consideración las manifestaciones realizadas por la recurrente en el trámite de alegaciones, en relación a la admisión del recurso interpuesto.

**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.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, 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.

**SÉPTIMO.-** La inadmisión de los recursos determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Alejandra contra la sentencia dictada, con fecha 20 de mayo de 2022, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª de refuerzo), en el rollo de apelación n.º 301/2021, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 244/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Torrelaguna.

2º) Imponer las costas al recurrente, quien perderá los depósitos constituidos.

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 del Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

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