



Roj: **ATS 9251/2022 - ECLI:ES:TS:2022:9251A**

Id Cendoj: **28079110012022204037**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2022**

Nº de Recurso: **9826/2021**

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: 08/06/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 9826/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2 DE LEÓN

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 9826/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

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. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 8 de junio de 2022.

Esta sala ha visto

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de doña Juana presentó recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 15 de julio de 2021 por la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 90/2019, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1034/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de León.

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.- La procuradora Sra. Crespo Prada fue designada por el ICPM, en representación de la parte recurrente. El procurador Sra. Noguera Chaparro, se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrida. En el presente recurso es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de fecha de 20 de abril de 2022 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

QUINTO.- Por la representación de la parte recurrente se presentó escrito evacuando el traslado conferido e interesando la admisión del recurso, por considerar que cumpliría con los requisitos determinados legalmente para su admisión. Por la parte recurrida se interesó su inadmisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 20 de mayo de 2022 en el sentido de interesar la inadmisión del recurso, de conformidad con las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

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 formalizó recurso de casación contra una sentencia dictada en un juicio verbal de familia sobre 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, y que exige la debida acreditación del interés casacional.

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

El recurso de casación se funda en un único motivo, por infracción de los arts. 92.2, 6, y 9 y art. 94 CC, en relación con el art. 39 CE, al considerar que no se habría respetado en la sentencia impugnada el interés del menor ni el reparto equitativo de las cargas; explica que no se ha oído a la menor en ningún momento, ni se ha recabado informe del Ministerio Fiscal, ni dictamen de especialista alguno, ni se ha tenido en cuenta las circunstancias económicas de la madre. Interesa se desestime el recurso de apelación- ya que la audiencia modificó el régimen de visitas a favor del padre y dispuso que los gastos de desplazamiento fueran a cargo de la madre-.

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 causa de inadmisión por inexistencia de interés casacional (art. 483.2, 3.º LEC), por no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida y a las circunstancias fácticas del caso, y por resolver conforme al interés de la menor.

Y así la STS núm. 211/2019 de 5 de abril declara :

"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".

En la STS núm. 126/2019, de 1 de marzo, 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".

Así, sostiene la parte recurrente en el escrito de interposición del recurso de casación que no se habría respetado en la sentencia impugnada el interés del menor ni el reparto equitativo de las cargas, al considerar que no existiría ninguna circunstancia nueva para cambiar la solución adoptada en primera instancia. La audiencia acuerda ante el informe pericial psicosocial efectuado en la alzada en fecha 28 de mayo de 2021, que contó con los informes del PEF, siendo el más reciente de mayo de 2021, que recomienda mantener la custodia materna, pero llama la atención sobre el hecho de que la madre trasladara su residencia con la menor a Coruña, sin informar al padre, sin su consentimiento ni autorización judicial, lo que provocó que el derecho de visitas quedara interrumpido alrededor de dos años; ante ello la audiencia resuelve que no puede castigar a la menor para sancionar la actitud de la madre, pero declara su rechazo el perjuicio que a la larga supone para la menor perder el contacto con su padre y familia paterna, por ello es por lo que establece un reparto de los gastos derivados de los traslados para las visitas -León y La Coruña- siendo de cargo exclusivo de doña Juana los gastos. Se advierte a doña Juana de la posibilidad de un cambio de custodia de no permitir las visitas y cumplir lo estipulado. Y respecto del importe de la pensión de alimentos a cargo del padre, y que este recurrió en apelación, solicitando su rebaja a de 210,00 a 150,00 euros mes, la audiencia mantiene el importe de 210,00 euros, en atención a que sus ingresos oscilan entre 1000,00 y 1200,00 euros y que la madre correrá a su cargo con los gastos de traslado de la menor a León para el desarrollo de las visitas.

En definitiva la audiencia, en atención al interés superior del menor, resuelve en la forma expuesta, y lo hace conforme a la doctrina de esta sala.

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 y eludiendo, en definitiva, que el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas de cada caso.

Por todo ello, no resulta posible tomar a 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 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 5ª, párrafo segundo, LEC.

Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 483.5 y 473.3 LEC que contra este auto no cabe recurso alguno.



CUARTO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 y 473.2 de la LEC, y habiéndose presentado escrito de alegaciones la aparte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Juana contra la sentencia dictada con fecha de 15 de julio de 2021 por la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 90/2019, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1034/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de León.

2º) Imponer las costas a parte recurrente.

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 únicamente a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala y del Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso.

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