



Roj: **ATS 10182/2023 - ECLI:ES:TS:2023:10182A**

Id Cendoj: **28079110012023204544**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2023**

Nº de Recurso: **66/2023**

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: 12/07/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 66/2023

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 1ª DE LOGROÑO

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 66/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 12 de julio de 2023.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado Instructor Francisco Marín Castán.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de don Simón presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 7 de noviembre de 2022, por la Audiencia Provincial de Logroño, Sección 1ª, en el rollo de apelación n.º 402/2022, dimanante de los autos de modificación de medidas n.º 1495/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Logroño.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación se tuvieron por interpuestos los recursos y 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. Gómez del Yerro Valdés se personó en la representación de la parte recurrente, y la procuradora Sra. Fernández Salagre se personó en representación de la parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** La parte recurrente, efectuó los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.ª LOPJ.

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 3 de mayo de 2023, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a la partes personadas, así como al Ministerio Fiscal.

**SEXTO.-** Ambas partes han efectuado alegaciones a las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto, la recurrente ha interesado su admisión y la recurrida su inadmisión. El Ministerio Fiscal, en informe de fecha 2 de junio de 2023, interesó la inadmisión de los recursos.

## 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 art. 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 por interés casacional, podrá examinarse la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.

Brevemente, y en esencia, iniciado procedimiento por el padre, y en lo que al presente interesa, solicitó modificación del régimen de custodia de la menor nacida en 2013, que lo era compartido por acuerdo de ambos progenitores aprobado por sentencia dictada en 2017; consta que en ese momento la madre quedó viviendo en el mismo edificio que los abuelos paternos, en una vivienda de propiedad de esta, por lo que el régimen se desarrolló con normalidad; que fue al iniciar una nueva relación la madre, cuando comenzaron los desencuentros entre los progenitores, lo que determinó el auto de medidas provisionales coetáneas dictado en 2019, por el que se mantuvo el acuerdo por la compartida pero con intercambios en el PEF, y dando traslado a los Servicios Sociales -padre consumo de tóxicos y madre del alcohol- para valorar la situación familiar de la menor, y así se la declaró en situación de riesgo por resolución de 28 de mayo de 2021; el padre desistió del procedimiento en que se dictó el auto de medidas provisionales coetáneas referido. Durante la pandemia no se alcanzó un acuerdo, y la menor permaneció con la madre con contactos con su padre. La madre vendió el inmueble de su propiedad y ha adquirido otro en la misma localidad con habitación propia para la menor; el horario laboral del padre es de 7 a 15.00 horas de lunes a viernes, y cuenta con ayuda de su padre y un sobrino con los que convive en la vivienda, la menor comparte habitación con su padre y la cama; la madre tiene trabajo temporal y la menor cursa estudios en colegio de la misma localidad de los padres y es público. En primera instancia se acordó la custodia paterna, cm medidas inherentes, con apoyo expreso en los deseos de la menor y que el entorno paterno la aporta mayor estabilidad. Recurrió la madre, y la audiencia considera que no se ha acreditado un cambio sustancial, por lo que deja sin efecto la custodia paterna acordada, y por tanto establece la materna, desestimando por tanto la demanda de modificación interpuesta por el padre; se apoya en la exploración de la menor y el informe psicosocial así como en el seguimiento de los Servicios Sociales, y en concreto que ambos muestran habilidades y capacidad para atender a la menor, el apego de esta con ambos, que la madre tiene un domicilio fijo, pues se alegaba que no lo tenía, y que ambos se entendieron sobre la custodia de la menor sin incidencias hasta la nueva relación de la madre y que ésta ha terminado, por lo que consideran que lo mejor para la menor es mientras recuperan las habilidades que ya demostraron para ejercer la custodia compartida, la custodia lo sea de la madre- bajo las pautas de los Servicios Sociales-.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se interpone por el cauce del artículo 477.2.3º LEC, alegando interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del TS, por dos motivos; el primero por vulneración del art. 92 CC, del principio del favor filii, y del art. 39 CE, con infracción de la doctrina del TS, citando las SSTS 318/ 2020, de 17 de junio, 194/2018 de 4 de abril, 182/2018 de 6 de abril, y 705/2021 de 19 de octubre, y las que estas citan.



Considera que el interés superior de la menor se protege con la custodia paterna, al tener un entorno familiar estable sin consumo de alcohol. Insiste que el padre es el más apto para el ejercicio de la custodia. Mantiene que la custodia materna implica un riesgo para la menor. En el segundo motivo alega infracción del art. 91 CC, en tanto estima que sí se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que justifican el cambio a la custodia paterna, tal y como reclama. Y cita como infringida la doctrina contenida en las SSTS 529/2017 de 27 de septiembre, y 346/2016 de 24 de mayo. 211/2019 de 5 de abril, 567/2017 de 19 de octubre y 242/2016 de 12 de abril. Alega la situación de riesgo de la menor, el abuso del consumo de alcohol de la madre, la negativa de la menor a estar con la madre, y que la inestabilidad, vulnerabilidad y fragilidad de la menor justifican el cambio a custodia paterna, que reclama.

**TERCERO.**- El recurso de casación ha de ser inadmitido por incurrir en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, al no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida y resolver conforme al interés de la menor, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las medidas adoptadas, art. 483.2. 4º LEC.

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."

La STS 211/2019 de 5 de abril declara, en relación a la modificación de medidas :

"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".

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".

Elude o soslaya, de esta forma, la parte recurrente que la sentencia de la sala de apelación, tras examinar la prueba practicada y revocando las determinaciones del juzgador de primera instancia, concluye, resolviendo en interés de la menor, que no existe una alteración de circunstancias que justifique un cambio como el solicitado por el padre y acordado en la resolución apelada que revoca.

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 porque el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas de cada caso.

De conformidad con lo expuesto, no resulta posible tomar en consideración las manifestaciones realizadas por la parte recurrente en el trámite de alegaciones, y ni en el escrito de hechos nuevos, todo ello en relación a la admisión de los recursos interpuestos.

**CUARTO.-** 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.

**QUINTO.-** 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 artículos 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado los artículos 473.3 y 483.5 LEC que contra este auto no cabe recurso alguno.

**SEXTO.-** Abierto el trámite contemplado en los artículos 483.3 y 473.2 LEC, y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente, que perderá los depósitos.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de don Simón contra la sentencia dictada, con fecha 7 de noviembre de 2022, por la Audiencia Provincial de Logroño, Sección 1ª, en el rollo de apelación n.º 402/2022, dimanante de los autos de modificación de medidas n.º 1495/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Logroño.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas a la parte 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 comparecidas ante esta sala, así como al Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

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