



Roj: **ATS 13668/2023 - ECLI:ES:TS:2023:13668A**

Id Cendoj: **28079110012023206297**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2023**

Nº de Recurso: **9482/2022**

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: 18/10/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 9482 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 10 DE VALENCIA

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 9482/2022

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

En Madrid, a 18 de octubre de 2023.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- La representación procesal de don Leonardo presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 7 de noviembre de 2022 por la Audiencia Provincial de Valencia



(Sección 10.ª), en el rollo de apelación núm. 782/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 565/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Moncada.

**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. Gómez Cebrián se personó en la representación de la parte recurrente y la procuradora Sra. Tejedor Bachiller para la representación de la parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha de 28 de junio de 2023 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** Ambas partes personadas han evacuado el traslado conferido, la recurrente interesó la admisión y la recurrida su inadmisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 7 de septiembre de 2023, 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 beneficiario de justicia gratuita.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La presente resolución adopta la forma de auto porque la providencia de puesta de manifiesto de causas de inadmisión se dictó antes de la entrada en vigor del Real decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.

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 la custodia compartida, y medidas inherentes que indicó.

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, y por virtud del cual la madre ostentaba la custodia de los menores- la mayor estaba cerca de cumplir la mayor edad-. Por auto de 2019, se acordó que la mayor pasara bajo la custodia del padre, pues se había marchado a vivir con él. La madre se opuso a la demanda. Y por sentencia, momento en que la mayor ya era mayor de edad, y decidida a vivir con el padre, se acordó la custodia paterna del menor, de 14 años, en atención al informe pericial elaborado donde así se recomendaba, dada la influencia negativa que la madre y su pareja ejercían en el menor, en contra del padre, y si bien en la exploración manifestó que quería estar con su madre, el perito concluyó que no era su voluntad, y claramente estaba influido por la madre. Por ello y dado el efecto negativo en el desarrollo emocional del menor, se acordó así con un régimen de visitas a favor de la madre de sábado a domingo en fines de semana alternos, con dos fases, imponiendo a la madre acudir al sistema de salud mental de adultos y al menor a salud mental infantil, para solucionar los problemas puestos de manifiesto en el informe pericial, y que los progenitores y el menor acudan a una intervención en el EEIA o SEAFI de la zona, con seguimiento de los adultos y del menor.

Recurrida por la madre, la audiencia indica que llevado a efecto la custodia paterna, y por tanto residiendo el menor con su padre y hermana, la situación ha empeorado para el menor, lo que le ha provocado mayor malestar en él, que es lo que se pretendía evitar. Consta que no se ha llevado a cabo ninguna de las medidas de intervención acordadas, y por ello establece el cambio de custodia, y el inicio sin más de la intervención, y establece que se podrá revisar la custodia materna en función del resultado de la intervención y de la colaboración de la madre con los servicios sociales y el EEIA.

En el recurso de casación, interpuesto al amparo del art. 477.2 3º LEC, por interés casacional, se recurre la medida relativa a la custodia del menor, interesando la custodia paterna, y lo interpone por interés casacional, por vulneración de la jurisprudencia del TS, con dos motivos. Por infracción de los arts. 92. 6, 9 y 10CC, art. 3.1 Convención de los Derechos del Niño, y arts. 2 y 11 LOPJM, y por último cita el art. 39 CE, y los principios del interés superior del menor, y no separar a los hermanos; en el segundo, explica se interpone por cuanto la audiencia prevé la revisión del tipo de custodia, en contra de la necesidad de estabilidad en las soluciones que afecten a los menores. El interés casacional, lo es por oposición a la doctrina del TS que consagra el interés



del menor como el principio superior y básico para adoptar un régimen de custodia que en este caso, debe ser la paterna, y cita las SSTs de 19 de octubre 2021, 11 de abril de 2018, 1 y 19 de octubre de 2017.

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, respecto de ambos motivos, de inexistencia de interés casacional, y 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 de 14 años.

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".

La sentencia recurrida en casación revocó la sentencia apelada, y concluyó, en esencia, que estamos ante una modificación de medidas, y que cambiada la custodia a paterna en interés del menor, el resultado ha sido lo contrario, y lo fundamenta debidamente, en el informe psicosocial y en el resultado de la exploración del menor que contaba 14 años, 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 se ha producido.

Y es que se ha determinado reiteradamente 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[...]".

De todo ello resulta que ninguna infracción se ha producido en la sentencia recurrida, la cual aplicando correctamente el principio de interés superior del menor -se reitera que en la exploración manifestó su deseo por mantener la custodia materna, y no querer la paterna- y dadas las circunstancias existentes, mantiene la custodia materna, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

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

**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 habiendo presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas causadas a la recurrente.



## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Leonardo contra la sentencia dictada con fecha de 7 de noviembre de 2022 por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª), en el rollo de apelación núm. 782/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 565/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Moncada.

2º) Imponer las costas al 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 a las partes recurrente y recurrida comparecidas 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ