

# Documento TOL8.333.732

## Jurisprudencia

**Cabecera:** MODIFICACIÓN DE MEDIDAS: RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENOR.- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo del art. 477.2, 3º LEC contra sentencia dictada en juicio, tramitado por razón de la materia.- Inadmisión del recurso de casación, incurre en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2, 4ª LEC), respecto del primer motivo, al obviar la ratio decidendi de la sentencia recurrida y al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de la menor. Y respecto del segundo, por no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida.- La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en relación con la Disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª, párrafo segundo, LEC).

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS](#)

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 17/02/2021

**Tipo resolución:** Auto

**Sala:** Primera

**Sección:** Primera

**Número Recurso:** 2479/2020

**Numroj:** ATS 1797:2021

**Ecli:** ES:TS:2021:1797A

### ENCABEZAMIENTO:

#### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Civil

#### Auto núm. /

Fecha del auto: 17/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2479/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 1 DE VALLADOLID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2479/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.**- La representación procesal de don Nicanor presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 5 de febrero de 2020 por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 363/2019 dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 311/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000.

**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. Gutiérrez Iglesias se personó en la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado en las actuaciones, a través del procurador Sr. Llanos González. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha de 11 de noviembre de 2020 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** Mediante escrito, presentado en plazo, la representación de la parte recurrida evacuó el traslado del proveído, interesando la inadmisión de los recursos; la representación de la parte recurrente ni efectuó alegaciones. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 22 de enero de 2021 en el sentido de interesar la inadmisión de los recursos formulados.

**SEXTO.-** Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos previstos en la DA 15.<sup>a</sup> LOPJ.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO.-** Por la parte recurrente se formaliza recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo art. 477.2, 3.º LEC, invocando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio de modificación de medidas, tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en del art. 477.2, 3.º LEC, lo que exige al recurrente la debida justificación del interés casacional, en los términos dispuestos en el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adaptado por esta sala con fecha de 27 de enero de 2017.

**SEGUNDO.-** Brevemente los antecedentes son los siguientes, en lo que aquí interesa: presentada demanda de modificación de medidas por la ahora recurrente, se solicitó la custodia exclusiva para sí, de la menor -siendo que la custodia lo era materna, en virtud de sentencia dictada en 2016-; explicaba que la madre había solicitado autorización para trasladar el domicilio de la menor a un pueblo de Toledo, lo que no era beneficioso para la menor, ni para el vínculo paterno filial, al apartar a la menor del entorno paterno. A ello se opuso la madre. Mediante sentencia de 7 de marzo de 2019, se acordó la custodia compartida semanal, en atención al interés de la menor, no autorizando el traslado de la menor al pueblo de Toledo. Recurrida en apelación por ambos cónyuges, la madre interesó la custodia materna, alegó haber contraído matrimonio, residiendo su esposo en el DIRECCION001 en Toledo, y que ninguno de los progenitores había solicitado una custodia compartida, además de la conflictiva situación entre ambos progenitores. La sentencia dictada por la audiencia, estimó el recurso de la madre y estableció la custodia materna, refiriendo que ninguno había interesado la compartida, que no existía plan contradictorio adecuadamente informado, y fundamentalmente lo apoya en el informe psicosocial, que consideró que la menor tenía buenas relaciones con todo su entorno materno y paterno, incluido el marido de su madre, que ambos progenitores ejercían debidamente sus roles, pero que mantiene mayor complicidad y dependencia con la madre, por ser la persona con quien ha convivido desde su nacimiento, desempeñando aquella un papel más importante, proveedora de su seguridad afectiva y agente de socialización, añadiendo que el traslado a Toledo no era una decisión caprichosa de la madre, lugar donde reside su esposo, y que tiene una oferta de trabajo; por ello concluye, en interés de la menor que lo más beneficioso es mantener a la menor bajo la custodia materna, revocando aquella, adaptando el régimen de visitas, dada la distancia entre el

domicilio del padre, en Valladolid y el de la madre, en Toledo. Se autoriza el cambio de residencia de la menor a DIRECCION001.

A través del recurso de casación, y de sus dos motivos, recurre el padre la medida relativa a la custodia materna establecida por la audiencia.

**TERCERO.-** El recurso de casación, por interés casacional se estructura en dos motivos. En el primero alega infracción del art. 90, 91, 92. 6 CC, art. 3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 2 y 3 LOPJM, 39 y 53 CE, y 5 LOPJ, con aplicación de forma incorrecta del principio de protección del menor; y lo subdivide en dos apartados, a) por establecer una custodia materna, y cita STS de 29 de abril de 2013, y b) por autorizar el traslado de la menor a Toledo. Considera que las atenciones de la menor quedan amparadas con mayores garantías con la custodia paterna, con lo que la sentencia recurrida no protege el interés de la menor. Cita oposición a la doctrina del TS contenida en SSTs de 20 de octubre de 2014 y 23 de julio de 2018. En el segundo alega la necesidad de establecer doctrina jurisprudencial o modificar la existente, sobre requisitos y criterios para acordar una custodia compartida cuando la petición lo es por el Ministerio Fiscal, sin solicitarlo ninguna de las partes. Cita como infringidos el art. 3. 6 y 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el art. 124.1 CE, y art. 775.1 LEC, y la infracción del principio de protección del menor. Y cita como infringida la doctrina contenida en las SSTs de 16 de febrero de 2015, 25 de mayo de 2012.

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.-** Expuesto lo anterior, y 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, y respecto del primer motivo, incurre en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( art. 483.2, 4.<sup>a</sup> LEC), al obviar la ratio decidendi de la sentencia recurrida y al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de la menor. Y respecto del segundo, por falta de acreditación e inexistencia de interés casacional, y no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, art. 483.2.2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> LEC.

Y así respecto de la custodia del menor, 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".

Y en STS núm. 280/2017, de 9 de mayo, se declaró: "Ciertamente que, a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril, se ha reiterado que la redacción del art. 92.8 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional sino que, por el contrario, ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea. Pero la misma sala ha recordado que la interpretación del art. 92.5, 6, 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte. Y ello, con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés ( sentencia 54/2011, de 11 de febrero). De tal modo que la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto (entre otras, sentencia 748/2016 de 21 diciembre)".

Y la STS 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".

"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.". Reiterada en la 529/2017 de 27 de septiembre, y en la 124/2019 de 26 de febrero".

Y en 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, establece la custodia materna y justifica que lo hace en el exclusivo interés de la menor, rechazando la compartida, no por pedirla el Ministerio Fiscal, sino porque no la ha interesado ninguno de los progenitores y no debatirse un plan contradictorio en forma para desarrollarla, y en interés de la menor, lo que se obvia por el recurrente, siendo que en consecuencia se resuelve de conformidad con la doctrina de esta sala, sin que se aprecie la infracción de la doctrina de la sala, que el recurrente alega en el recurso.

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.

**QUINTO.-** La improcedencia del recurso de casación determina igualmente 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.<sup>a</sup>, apartado 1, párrafo primero y regla 5.<sup>a</sup> LEC.

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 arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este auto no cabe recurso alguno.

**SEXTO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente, quién perderá los depósitos constituidos.

**FALLO:**

**LA SALA ACUERDA:**

1º) Inadmitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Nicanor contra la sentencia dictada con

fecha de 5 de febrero de 2020 por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 363/2019 dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 311/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas al recurrente, quién perderá los depósitos constituidos.

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 al Ministerio Fiscal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.