



Roj: **ATS 7658/2023 - ECLI:ES:TS:2023:7658A**

Id Cendoj: **28079110012023203377**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2023**

Nº de Recurso: **7471/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 07/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 7471 /2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 1 DE CÓRDOBA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 7471/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 7 de junio de 2023.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña Socorro presentó escrito de interposición de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia dictada, con fecha 15 de julio de 2022,



por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 397/2022, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 1386/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba.

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.- El procurador Sr. Gutiérrez-Rave Torrent, en nombre y representación de la parte recurrente, presentó escrito ante esta sala personándose como tal. La procuradora Sra. Gavilán Gisbert, 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 22 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 interesó la admisión del recurso y la recurrida, interesó la inadmisión. El Ministerio Fiscal en informe de 3 de mayo 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: en el presente procedimiento de modificación de medidas, la madre reclamó la custodia materna, y el padre la paterna y las medidas inherentes que indicaron. La madre alegó el rechazo de las menores a estar con el padre. En la sentencia, se relata que existía custodia compartida, que fue acordada por ambos, desde la sentencia que se pretende modificar, dictada en 2018, y que consta que la madre la incumplió en el año anterior. Consta que el padre -militar- fue objeto de múltiples denuncias -unas sobreesídas y otras absuelto-, por delitos de agresiones y maltrato a las menores.

Se acordó la custodia paterna, con visitas de la madre tuteladas a través del PEF -las menores nacieron en 2009 y 2013- y condicionado a la evolución favorable de la intervención terapéutica realizada con el grupo familiar que se llevará a cabo por los Servicios Sociales y Equipo de Tratamiento Familiar y la intervención de la terapeuta de la unidad de salud mental infantil del hospital que asiste a la hija mayor. Se acuerda dicha custodia con apoyo en el informe elaborado al efecto por equipo psicosocial, con exploración de las menores, y entrevistas e informes diversos sobre el grupo familiar, y se indica que: i) la madre fomenta el rechazo de las menores con el padre; ii) que las menores están severamente, la mayor de ellas, y moderadamente la más pequeña, influidas por la actitud de la madre que cuestiona y critica de forma absoluta al padre y está afectando al desarrollo psicosocial de estas, y puede tener serias secuelas en su vida posterior; iii) la vinculación paternofamiliar está seriamente dañada; iv) se recomienda a la mayor de las hijas que acuda a la unidad de salud mental infantojuvenil, por presentar sintomatología compatible con un DIRECCION000 . Por todo ello se recomienda la custodia paterna, en exclusivo interés y beneficio de las menores. Y se indica expresamente en la STJPI: "[...]claramente se describe en el informe que nos encontramos ante un caso de síndrome de **alienación parental** en que las menores muestran rechazo infundado al padre motivado por la actitud de la madre, y es perjudicial para las niñas, seguir en dicho entorno, por lo que acuerda el cambio a custodia paterna". Añade que la voluntad de las menores, que quieren una custodia materna, "no es determinante pues en el informe psicosocial, indica que las menores muestran un discurso aprendido, e importado, crítico, y repleto de elementos de rechazo a la figura paterna, por lo que no es una voluntad objetiva y madura".

Recurrió la madre, que reprodujo las pretensiones de la instancia, y cuestiona las conclusiones del informe psicosocial -ella aportó el suyo- y que fueran vinculantes para el tribunal, y la audiencia confirmó la resolución apelada. Indica la audiencia que consta un incumplimiento reiterado del régimen de custodia por la madre, pues desde noviembre de 2019 a diciembre de 2020, por las denuncias presentadas, sin ninguna sentencia condenatoria. Añade el trastorno de la hija mayor de las dos menores, con seguimiento en la unidad de salud mental, que muestra inadaptación escolar, y social, como consecuencia de su desajuste emocional -que, destaca, no existe en la otra hija menor, aunque presenta un alto grado de sufrimiento e insatisfacción personal



a consecuencia del conflicto padre e hijas-. Se añade "el efecto tan desestabilizador que lo descrito provoca en el desarrollo de las menores". Se acoge la propuesta del informe pericial de custodia paterna, pues considera que de no ser así se verá afectado su desarrollo con un daño emocional que se puede agravar con un cuadro fóbico; y destaca que "se debe reparar el daño psicológico y reestablecer los vínculos, por lo que propone la custodia paterna, para reparar los daños".

Añade la audiencia que el riesgo de una custodia paterna "encuentra su justificación en el peligro para el desarrollo psicológico y de la personalidad de las menores, si persistir ese sentimiento de rechazo injustificado hacia la figura paterna". Y por último añade que los posteriores informes de la USMI aportados al procedimiento y sobre la evolución de la hija Celestina, la mayor, -que era la que más problemas presentaba-, después de la sentencia apelada, ofrecen información que permite justificar y ratificar la custodia paterna. Cita los informes de 9 de marzo de 2022, y de 2 de abril de 2022, que muestran la evolución favorable, se indica que "se siente cada vez más cuidada y adaptada a la casa de su padre, aunque echa de menos a su madre, describe experiencias agradables en el entorno familiar paterno...". Por último añade la necesidad de mantener la residencia de las menores en Córdoba, donde siempre han estudiado y tienen su círculo de relaciones -por los problemas de adaptación e integración relatados- dado el traslado posterior de la residencia de la madre fuera de Córdoba.

TERCERO.- El recurso de casación, al amparo del ordinal n.º 3 art. 477.2 LEC, por interés casacional, y alega cuatro motivos. En el primero, alega infracción de los arts. 92.5, 6, 7, 8 y 9 CC, art. 3.1 Convención de los derechos del Niño, art. 2 LOPJM, y la doctrina de la sala que consagra el principio del interés superior del menor, al establecer la custodia compartida, obviando en el caso que nos ocupa, el resultado de las pruebas, y vulnerando aquél principio. Y cita como infringida las SSTs 16 de febrero de 2015, y 21 de octubre de 2015 y 19 de octubre de 2021. En el segundo, alega infracción de los arts. 92.5, 6, 7, 8 y 9 CC, art. 3.1 Convención de los derechos del Niño, art. 2 LOPJM, y arts. 11 y 26 LO 8/2015, la doctrina de la sala que consagra el principio del interés superior del menor, y cita como infringida la doctrina jurisprudencial contenida en SSTs 29 de noviembre de 2013, 2 de julio de 2014, 22 de octubre de 2014, 16 de febrero de 2015 y 19 de febrero de 2016. Considera no se ha tenido en cuenta los deseos de las menores que además tienen otro hermano de madre, y han sido separadas de él. En el tercero, se alega infracción del art. 92.9 CC en relación con el 11.2 LO 8/21 de 4 de junio, al no haberse recabado informe de especialistas, con la preparación necesaria. Alega aplicación de norma nueva, art. 11- LO 8/2021 -vigencia inferior a cinco años- sobre la debida cualificación profesional de especialistas intervinientes, considera nulo el realizado. Y en el cuarto motivo, alega la infracción del art. 92.9 CC y del art. 11 en relación con el art. 26 de la LO 8/21, y alega infracción de los derechos del niño, y aplicación incorrecta del síndrome de **alienación parental**, pues dicha ley considera el mismo sin aval científico, y prohíbe utilizar y aplicar dicho síndrome. Reitera sus argumentos y añade que ha habido un cambio de custodia como castigo a la madre, que acreditó las agresiones y lesiones del padre a las hijas, que no se respeta el interés superior del menor, ni la voluntad de las menores, que no se tuvo en cuenta el informe de parte que presentó, y que el psicosocial no es vinculante. Reclama la custodia compartida.

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.ª, regla 5.ª, apartado 2.º 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.º LEC, al pretender una imposible tercera instancia, y no atender a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida y resolver conforme al interés superior de los menores.

La STS núm. 211/2019, de 5 de abril, afirma lo siguiente:

"[...]La sentencia 529/2017, de 27 de septiembre, recoge el cuerpo de doctrina de la sala sobre la cuestión que la parte recurrente somete a nuestra consideración, y de ahí el interés casacional del recurso. Ante todo cabe decir que el art. 90.3 CC establece que:

"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges 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."

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero si cierto. (STS 346/2016, de 24 de mayo).



Es por ello que: "Esta sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad". Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida.". (sentencia 162/2016, de 16 de marzo)."

Y la STS 758/22 de 7 de noviembre, declara:

"2. En relación con el interés superior del menor hemos declarado:

(i) Que "El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020, FJ 3, y 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, entre las más recientes). Como dice la STC 178/2020, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos" (sentencia 705/2021, de 19 de octubre).

(ii) Y 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" (147/2022, de 23 de febrero con cita de la 126/2019, de 1 de marzo).

3. La conclusión de la Audiencia Provincial, al asumir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia y confirmar su decisión atribuyendo a la madre la guarda y custodia de las niñas y estableciendo a favor del padre un amplio régimen de visitas para que poco a poco las pueda ir integrando en el entorno de su vida personal y familiar, con advertencia expresa a la madre de las consecuencias que podría tener para ella obstaculizar su normal desarrollo, no puede considerarse carente de lógica, irrazonable o contraria o perjudicial al interés de las menores.

Es cierto, como dice la Audiencia Provincial, que el juzgado se aparta de las recomendaciones del equipo psicosocial, pero el informe del equipo psicosocial sirve para auxiliar al tribunal y, como recordamos en la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, con cita de la 318/2020, de 17 de junio, que, a su vez, cita otras, "[...] tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales [...]"

Y ello, porque no son instrumentos retóricos, sino herramientas epistémicas adecuadas para suministrar información sobre los hechos relevantes del proceso cuyo mérito y calidad debe establecer el tribunal a través de un proceso de valoración racional, intersubjetivamente controlable. De ahí, que su valoración crítica no se pueda eludir ni reputar innecesaria, pues quien lo emite, por muy experto que sea, no es el juez del caso, por lo que la recepción acrítica y automática juridificación de sus conclusiones a través de su simple incorporación a la sentencia judicial, sin mayor comentario, no se puede considerar adecuada, y menos aún, cuando se trata de establecer lo más conveniente para el interés de las menores".

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 de las menores, el cambio solicitado a custodia paterna; explica que del resultado de la prueba llevada a cabo, se ha acreditado que el cambio a custodia paterna es lo más beneficioso para las menores. 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.

Por último destacar que por otrosí se aportaron por la recurrente informes de fecha posterior, que en su caso, justificarían, como señala el Ministerio Fiscal, una modificación del régimen de visitas de la madre, que no de custodia.

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 Socorro , contra la sentencia dictada, con fecha 15 de julio de 2022, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 397/2022, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 1386/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba.

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.