

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 2 septiembre 2014

[JUR\2014\230420](#)



MODIFICACIÓN DE MEDIDAS. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNA MENOR QUE CON POSTERIORIDAD A QUE SE DICTARA SENTENCIA Y SE INTERPUSIERA RECURSO DE APELACIÓN, EN UN PROCEDIMIENTO DISTINTO, QUEDA BAJO TUTELA PÚBLICA. Recurso de casación por interés casacional contra sentencia recaída en juicio de modificación de medidas tramitado en atención a la materia.- Inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales al carecer la jurisprudencia invocada de consecuencias para la decisión del conflicto atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC 2000).

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 2854/2013

Ponente: Excmo Sr. Sebastian Sastre Papiol

AUTO

En la Villa de Madrid, a dos de Septiembre de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1

La representación procesal de D. Luis Manuel , presentó el día 18 de noviembre de 2013 escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 14 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en el rollo de apelación nº 1411/2012 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 866/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid.

2

Mediante diligencia de ordenación de fecha 5 de diciembre de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose 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 los días 17 y 30 de diciembre de 2013.

3

El procurador D. Manuel Díaz Alonso, en nombre y representación de D. Luis Manuel , presentó escrito ante esta Sala con fecha 27 de diciembre de 2013 personándose en calidad de recurrente. La procuradora Dª María Begoña Cendoya Argüello, en nombre y representación de Dª Rosana , presentó escrito ante esta Sala con fecha 19 de diciembre de 2013 personándose en calidad de parte recurrida. Es interviniente el Ministerio Fiscal.

4

Por Providencia de fecha 13 de mayo de 2014 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

5

Mediante escrito presentado el día 2 de junio de 2014 la parte recurrida manifiesta su conformidad con las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto. La parte recurrente no ha efectuado alegación alguna sobre esas posibles causas de inadmisión. El Ministerio Fiscal mediante dictamen de fecha 1 de julio de 2014 se ha manifestado conforme con las posibles causas de inadmisión.

6

Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la [Disposición Adicional 15ª](#) de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , del Poder Judicial , introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089\)](#) , complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Sebastian Sastre Papiol.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un juicio de modificación de medidas. Dicho procedimiento fue tramitado en atención a la materia por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del [art. 477.2 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , en su redacción dada por la [Ley 37/2011, de 10 de octubre \(RCL 2011, 1846 \)](#) , de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).

2

El escrito de interposición del recurso de casación se articula en un motivo único en el que tras alegar la infracción de los artículos 12 , 15 , 16 , 17 y 18 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo citando al efecto las Sentencias de esta Sala de fechas 17 de septiembre de 1996 , 11 de octubre de 2004 , 27 de noviembre de 2003 , 18 de noviembre de 1996 , 11 de octubre de 1991 y 20 de enero de 1993 , todas ellas relativas a la privación de la patria potestad y el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. También se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, señalando como opuestas a la recurrida la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, de fecha 30 de enero de 2012 , la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta, de fecha 8 de junio de 2004 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Segunda, de fecha 8 de octubre de 2010 , todas ellas relativas a la privación de la patria potestad y el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Señala la parte recurrente a lo largo de su recurso que la sentencia recurrida deriva del procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 557/2013 en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid dictó el Auto de fecha 8 de julio de 2013 por el que se acordó que la menor Dª Debora , quedara bajo la tutela del Instituto Madrileño del Menor, ingresando de forma inmediata en un piso tutelado para recibir un tratamiento psicológico individualizado. Considera la recurrente que la resolución recurrida al acordar el ingreso de la menor en un piso tutelado es contraria a la doctrina de esta Sala por cuanto no existido incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por los progenitores, no existiendo situación alguna de **desamparo** de la menor, vulnerándose el derecho fundamental de la menor de disfrutar de su padre y su familia, ocasionando con ello a la menor unos daños psicológicos y morales que son contrarios al interés del menor.

3

Pues bien, a la vista de lo expuesto y pese a las manifestaciones de la parte recurrente tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión, el recurso de casación no puede prosperar al incurrir el recurso en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales al carecer de consecuencias la jurisprudencia invocada para la decisión del conflicto atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida (art. 483.2.3º, en relación con el [art. 477.2.3 de la LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000). La parte recurrente a lo largo de su recurso señala que la sentencia recurrida deriva del procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 557/2013 en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid dictó el Auto de fecha 8 de julio de 2013 por el que se acordó que la menor Dª Debora , quedara bajo la tutela del Instituto Madrileño del Menor, ingresando de forma inmediata en un piso tutelado para recibir un tratamiento psicológico individualizado. Considera la recurrente que la resolución recurrida al acordar el ingreso de la menor en un piso tutelado es contraria a la doctrina de esta Sala por cuanto no existido incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por los progenitores, no existiendo situación alguna de

desamparo de la menor, vulnerándose el derecho fundamental de la menor de disfrutar de su padre y su familia, ocasionando con ello a la menor unos daños psicológicos y morales que son contrarios al interés del menor. Pues bien, basta examinar la sentencia recurrida para comprobar como dicha resolución, pese a lo manifestado por la parte recurrente, no deriva del procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 557/2013, sino del procedimiento de modificación de medidas nº 886/2011. En este último procedimiento se solicitó por D. Luis Manuel la modificación de las medidas adoptadas en su día por la Sentencia de fecha 8 de julio de 2008, en la cual se otorgaba a la madre la guarda y custodia de la hija menor. Con fecha 27 de abril de 2012 se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en la que se acuerda desestimar la demanda, manteniendo la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre (folio 205 de las actuaciones de primera instancia). La parte demandante, D. Luis Manuel, interpuso recurso de apelación con fecha 14 de junio de 2012 contra dicha resolución de fecha 27 de abril de 2012 (folio 245 de las actuaciones de primera instancia), recurso que fue impugnado por la madre demandada con fecha 4 de julio de 2012 (folio 336 de las actuaciones de primera instancia). Con posterioridad a que se dictara sentencia y a que se interpusiera el recurso de apelación quedó acreditada la grave situación emocional de la menor y mediante providencia de fecha 13 de junio de 2013 se acordó, al amparo del [artículo 158](#) de la LEC, incoar un nuevo procedimiento de medidas cautelares urgentes (folio 634 de las actuaciones de primera instancia) dando lugar al procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 557/2013 en el cual se dictó Auto de fecha 8 de julio de 2013 por el que se acordó que la menor D^a Debora, quedara bajo la tutela del Instituto Madrileño del Menor. En cumplimiento de lo acordado en esta última resolución mediante resolución de fecha 10 de julio de 2013 se ha declarado la situación de **desamparo** de la menor. Con fecha 14 de octubre de 2013 se dictó Sentencia resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de abril de 2012 en el procedimiento de modificación de medidas nº 866/2011. Dicha resolución, tras explicar las vicisitudes del procedimiento, concluye que habiendo quedado suspendida la patria potestad de ambos progenitores respecto de la común descendiente, resulta inviable resolver sobre las pretensiones articuladas por el actor en el recurso de apelación, esto es, atribución de la guarda y custodia de la menor, al quedar dicho recurso vacío de contenido, no pudiéndose entrar en la cuestión de fondo en su momento suscitada, debiendo estarse a lo dispuesto en el Auto de fecha 8 de julio de 2013 dictado en el procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 557/2013 (folios 250 y siguientes del rollo de apelación). En la medida que esto es así, resulta evidente que la sentencia ahora recurrida no deriva del procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 557/2013, como afirma la parte recurrente, sino del procedimiento de modificación de medidas nº 886/2011. De la misma manera el objeto del recurso de apelación fue la Sentencia de fecha 27 de abril de 2012 y no el Auto de fecha 8 de julio de 2013 como es lógico pues la interposición del recurso de apelación fue muy anterior a esta última resolución. Igualmente la resolución recurrida, como no podía ser de otra manera, no acuerda el ingreso de la menor en un piso tutelado, decisión que fue tomada en otro procedimiento, el 557/2013, y que por tanto no constituyó objeto del recurso de apelación. Atacada en el presente recurso de casación la decisión adoptada con fecha 8 de julio de 2013 consistente en que la menor D^a Debora, quedara bajo la tutela del Instituto Madrileño del Menor, ingresando de forma inmediata en un piso tutelado para recibir un tratamiento psicológico individualizado, el contenido del recurso de casación resulta totalmente ajeno a la sentencia recurrida, la cual no adoptó tal decisión, limitándose a indicar que vistas las vicisitudes posteriores, no contempladas en el recurso de apelación, el mismo queda vacío de contenido. En la medida que esto es así, el recurrente proyecta la existencia de interés casacional al margen de la *ratio decidendi* de la resolución recurrida, siendo por tanto el interés casacional alegado artificioso e inexistente.

4

Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el [art. 483.4 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

5

Siendo inadmisibile el recurso de casación tal circunstancia determina la pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la [Disposición Adicional 15^a, apartado 9](#), de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#), del Poder Judicial, introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089\)](#), complementaria de la ley de reforma de la

legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

6

Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el [art. 483.3](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000 y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Luis Manuel contra la sentencia dictada, con fecha 14 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en el rollo de apelación nº 1411/2012, dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 866/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid.

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3º) IMPONER las costas a la parte recurrente.

4º) CON PÉRDIDA del depósito constituido.

5º) 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, así como al MINISTERIO FISCAL.

De conformidad con lo dispuesto en el [art. 483.5](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.