



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN SOCIAL.
Caracas, veintidós (22) de marzo de 2022. Años: 211° y 163°.

En la demanda de modificación de custodia que sigue el ciudadano **LEONARD JOSÉ SÁNCHEZ GUTIÉRREZ**, titular de la cédula de identidad N° V-14.685.879, actuando en representación del niño L.D.S.M, cuyo nombre se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, representado por los abogados Pedro Luis Díaz y Marcos E. Goitia, inscritos en el Inpreabogado bajo los Nros. 149.791 y 75.239, respectivamente; contra la ciudadana **PAULA JOSÉ MILLÁN MARCANO**, titular de la cédula de identidad N° V-18.460.791, representada por el abogado Luis Alberto Rosales Díaz, inscrito en el Inpreabogado bajo el número 214.568; el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure y Municipio Arismendi del estado Barinas, en sentencia publicada el 27 de octubre de 2021, declaró sin lugar la solicitud de Regulación de Competencia formulada por la parte actora; en consecuencia, declaró competente para conocer la presente causa a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, sin emitir pronunciamiento respecto a la decisión de fecha 14 de septiembre de 2021, dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de ese Circuito Judicial, que a su vez había declarado la

incompetencia en razón del territorio por considerar que la residencia habitual del niño se encontraba en el estado Nueva Esparta.

Contra esa decisión, por escrito presentado oportunamente, interpuso la ciudadana PAULA JOSÉ MILLÁN MARCANO, el recurso de control de la legalidad previsto en el artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Recibido el expediente, en fecha 17 de noviembre de 2021, se designó ponente a la Magistrada Dra. MARJORIE CALDERÓN GUERRERO, quien con tal carácter suscribe el presente fallo y siendo la oportunidad legal para ello, pasa esta Sala de Casación Social a pronunciarse sobre su admisibilidad en los siguientes términos:

RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD

-I-

El artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone que, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social podrá, a solicitud de parte, conocer de aquellos fallos emanados de los Tribunales Superiores en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que aun y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público.

De igual forma establece que el control de la legalidad podrá solicitarse dentro de los cinco días siguientes a la publicación del fallo ante el juez o jueza superior, mediante escrito, que en ningún caso excederá de tres folios útiles y sus vueltos, y que corresponde a la Sala de Casación Social pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso. Que la declaratoria de inadmisibilidad del recurso se hará en forma escrita, por auto del Tribunal, sin necesidad de motivar la decisión.

Esta norma de idéntico contenido a la prevista en el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, fue interpretada por esta Sala en sentencia N° 692 del 12 de diciembre de 2002, en cuya oportunidad se estableció que tratándose de un recurso de naturaleza extraordinaria, aun cuando los requisitos de admisibilidad se cumplan *“corresponde a esta Sala de Casación Social restringir, atendiendo a la potestad discrecional conferida por el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal Laboral, la admisibilidad del mismo, especialmente en aquellas circunstancias donde se pretenda la violación de disposiciones de orden público”*. Criterio que esta Sala estima aplicable al referido artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por tanto, se refiere la Sala a que la admisibilidad del recurso se restringe a situaciones donde la violación o amenaza es de tal entidad, que resulte alterada la legalidad de la decisión o proceso sujeto a revisión. De allí, que se trate entonces, de violaciones categóricas del orden legal establecido, que en definitiva, transgredirían el Estado de Derecho.

Sobre el particular, la parte demandada fundamenta el recurso de control de legalidad alegando que en el presente caso lo que se busca es que se determine cuál es el órgano jurisdiccional competente por el territorio para conocer –a su decir– de la mal llamada demanda de custodia interpuesta por ante el Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, siendo que lo que se debió intentar es una demanda por modificación de custodia y no de custodia, en virtud de que existe una custodia legal a favor de la ciudadana MILLÁN MARCANO PAULA JOSE, que la ostenta de hecho desde que nació su hijo L.D.S.M, cuyo nombre se omite de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, legalmente establecida por convenio celebrado con el padre de su hijo ciudadano LEONARD JOSÉ SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, convenida por ante la Fiscalía Sexta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta y debidamente homologada por ante el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, en la causa signada con el alfanumérico OP02-J-2014-001040, de fecha 03 de junio de 2014.

Señala el recurrente que el niño de marras siempre ha vivido con su madre en el mismo domicilio desde su nacimiento, tal como se evidencia de acta de nacimiento expedida por el Registrador Civil Municipal del Municipio Antolin del Campo del estado Nueva Esparta, la misma cursa en la presente causa y en el expediente signado con el N° JMS2-1609-21 nomenclatura del Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial del estado Apure, órgano jurisdiccional que dio origen a la presente solicitud de regulación de competencia debido a que se atribuyó la competencia en una Audiencia Especial celebrada en fecha 23 de junio de 2021, fijada el 11 de junio de 2021

Que en esa misma audiencia en particular, se cita: “*TERCERO: Este Tribunal, en virtud del Interés Superior del niño que nos ocupa, este Juzgado seguirá conociendo la presente causa, en virtud de la opinión emitida por el niño*”, lo que generó su recusación y la misma fue declarada con lugar y el expediente pasó a conocimiento del Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del mencionado Circuito, quien en fecha 14 de septiembre de 2021 en el particular, se cita: “*PRIMERO: Se declara Incompetente por el Territorio de conformidad con lo contemplado en el artículo 453 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas Y Adolescentes y remite en la misma fecha la copia certificada del expediente al Tribunal Superior, según se evidencia de oficio N° 207 de la misma fecha, para que conozca de la Regulación de la Competencia*” y en fecha 27 de octubre de 2021, el Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Municipio Arismendi del estado Barinas, en su Dispositivo declaró: “*PRIMERO se declara competente para conocer de la presente solicitud de Regulación de la Competencia planteada por la ciudadana MILLÁN MARCANO PAULA JOSÉ asistida del Abogado LUIS ALBERTO ROSALES DIAZ en fecha 07 de julio de 2021*”, y en el particular, se cita: “*TERCERO: Se declara competentes para conocer la presente causa los Tribunales del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de este Circunscripción Judicial*”.

Que –en su criterio– los Tribunales competentes son los del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial de estado Nueva Esparta, en

virtud de que el domicilio habitual del niño es en la calle principal Sector Los Caobos, Casa San Rafael, cerca de la plaza de Paraguachi, al lado del antiguo Hotel Hibiscus, Municipio Antolín del Campo del estado Nueva Esparta.

Que en relación con el domicilio habitual la Sala Social ha determinado que cuando se ventila demanda de custodia legalmente establecida tal como ha quedado demostrado a lo largo del presente escrito el tribunal competente es el del domicilio habitual para el momento de incoar la demanda, dicho así el domicilio habitual del niño objeto de la presente acción es en el Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta; a tal efecto citó las siguientes sentencias de esta Sala de Casación Social, la N° 1878 de fecha 06 de noviembre de 2006 y la N° 0079 de fecha 20 de marzo de 2013, que han sostenido que en materia de CUSTODIA el órgano Jurisdiccional competente es el del domicilio habitual del niño para la fecha en que fue fijada la misma y por ende los órganos competentes son los del estado Nueva Esparta.

Que el Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Municipio Arismendi del Estado Barinas, declaró que los tribunales competentes son los del estado Apure, obviando los reiterados criterio sostenidos por la Sala de Casación Social, contenido en las sentencias N° 1878 de fecha 06 de noviembre de 2006 y 0079 de fecha 20 de marzo de 2013; que establecen que en materia de custodia el tribunal competente son los del domicilio habitual del niño para la fecha en que fue solicitada, esto es en aras de evitar fraude a la ley que se puede dar en los casos de Régimen de Convivencia Familiar que el padre no custodio cambia de domicilio para burlar al padre custodio, como lo es en el presente caso, que el niño está con el padre debido al Régimen de Convivencia Familiar celebrado entre el padre y la madre del niño debidamente homologado por Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, en la causa N° OP02-j-2014-001040, a pesar de lo expuesto el Tribunal Superior del estado Apure se declaró competente para conocer de la solicitud de Regulación de la Competencia y declara a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del estado Apure competentes para seguir conociendo la demanda de custodia

incoada por el ciudadano LEONARD JOSÉ SÁNCHEZ GUTIÉRREZ contra la ciudadana MILLÁN MARCANO PAULA JOSÉ, a pesar de que se elevaron a su conocimiento una gama de medios probatorios que indican que el domicilio habitual del niño objeto de la presente demanda de custodia, es en el Sector Los Caobos, Casa San Rafael, cerca de la plaza de Paraguachi, al lado del antiguo hotel Hibiscus, Municipio Antolín del Campo, estado Nueva Esparta, por ende los Tribunales competentes por el territorio son los del estado Nueva Esparta y no los del estado Apure.

Que es cierto que el niño se encuentra en el Municipio Biruaca del estado Apure, pero debido al Régimen de Convivencia Familiar que se mantiene por el padre del niño, por lo que es de observar que con la demanda incoada contra la madre, se estaría legitimando la retención indebida a favor del padre del niño objeto de la presente demanda, tal y como lo contempla el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, violentándose el artículo 26 Constitucional, relacionado con la tutela judicial efectiva y el derecho que tiene el niño de ser Juzgado por el Juez natural que serian los del estado Nueva Esparta.

Que se obvió el interés superior del niño objeto de la presente demanda que está por encima de cualquier otro derecho, como lo prevén los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que si bien todo niño, niña y adolescente tiene el derecho de opinar y de ser oído en la causa donde estén involucrados derechos que lo afecten, como lo establece el artículo 80 *eiusdem*, la misma norma establece en el Parágrafo Cuarto, que la opinión del niño, niña o adolescente sólo será vinculante cuando la ley así lo establezca.

Que mal puede un Tribunal tomar una decisión con la sola opinión de un niño, ésta debe estar administrada a otros géneros de pruebas.

Que el Régimen de Convivencia Familiar fue convenido por ante la Fiscalía Sexta con competencia en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del estado Nueva Esparta y homologado por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la

Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, tal como se evidencia en la presente causa.

Que existe una gama de medios, que requiere de tratamientos y cuidados especiales; señala que, cabe preguntarse, si el padre del niño está pendiente del cuidado, tratamiento y dieta, que de no ser así se le está violentando el derecho a la salud, que el Tribunal debe garantizar.

Que el niño está cursando estudios en la Unidad Educativa Nacional Bolivariana Luisa Cáceres de Arismendi, por lo que –a su decir–el Tribunal está obligado a garantizar el derecho a la educación de lo contrario se estaría violando normas de rango legal y constitucional.

Preliminarmente, debe esta Sala de Casación Social señalar que el recurso ejercido recae sobre una decisión que declaró sin lugar la solicitud de regulación de competencia interpuesta por la parte demandada. Al respecto, ha sido criterio reiterado de esta Sala que cuando la decisión dictada por el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes resuelve una solicitud de regulación de competencia, dicho fallo no es impugnabile a través del recurso de control de la legalidad, así quedó establecido en sentencia N° 740 del 4 de julio de 2012, (caso: *Freddy José Aguilera Ávila* en representación de su menor hijo contra *Margiory Fiore Colmenares*), mediante la cual se precisó lo siguiente:

(...) esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado sobre la inadmisibilidad del recurso de control de la legalidad en los procedimientos que resuelvan la competencia en materia laboral, a partir de la sentencia N° 928 de fecha 5 de agosto de 2004 (caso: *Richard Paúl Linares* contra el *Registro Subalterno del Municipio Plaza del Estado Miranda*). Criterio que también se aplica a los casos en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a partir de la publicación de la sentencia N° 1614 del 15 de diciembre de 2011 (caso: *José Antonio González Millán* contra *Briyih Karina Velásquez*).

Precisado lo anterior, es importante señalar que la decisión que se pretende impugnar a través del recurso de control de la legalidad, no es susceptible de ser objetada a través de este remedio procesal, lo que trae como derivación su inadmisibilidad desde un enfoque meramente positivista; sin embargo, tal consecuencia jurídica no puede ser óbice para entrar a conocer, en cualquier estado y grado del proceso, violaciones al orden público procesal que trasciendan la esfera intersubjetiva, una vez que las mismas han sido observadas, sobre todo en el ámbito de protección de niños, niñas y adolescentes, cuya materia obliga al jurisdicente a corregir dichas deficiencias aún de oficio, cuando éstas no fueren advertidas por las partes en el proceso.

NULIDAD DE OFICIO

-II-

En este orden de ideas, al margen de la inadmisibilidad del recurso de control de la legalidad, se observa de los planteamientos esbozados por la parte recurrente y de un análisis de las actas procesales cursantes en autos, que en el caso bajo análisis se patentiza un supuesto de violación grotesca del orden público en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, ante lo cual, queda esta Sala habilitada para el conocimiento de la causa, todo ello con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de las partes en el proceso de conformidad con lo previsto en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en aras de salvaguardar el interés superior del niño L.D.S.M., cuyo nombre se omite de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Para esta Sala de Casación Social la noción de orden público se encuentra recogida en la decisión n° 1.666 del 30 de julio de 2007 (caso: *Luis Fernando Marín Betancourt* contra *International Logging Servicios, S.A.*), entre otras, en cuya oportunidad se dejó sentado lo siguiente:

Con el propósito de construir la base argumental que a criterio de esta Sala motiva la revisión ex oficio del fallo recurrido es necesario recordar el carácter de orden público del que están investidas las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En relación a la noción de orden público, es necesario esbozar algunas consideraciones previas, partiendo para ello del criterio sostenido a este respecto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 877 del 05/05/2006, así:

El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica, tales como la oportunidad para la contestación de la demanda, la apertura del lapso probatorio, y la preclusión de los actos procesales, entre otras.

Del criterio jurisprudencial *supra* transcrito, se aprecia que cuando se observaren agravios procesales que son de tal entidad, que ponen de manifiesto una trasgresión evidente al orden público, es obligación del juez o jueza la subsanación de los mismos, sobre todo si son advertidos por esta Sala de Casación Social en los procesos en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, cuya naturaleza *per se* es de estricto orden público, lo que trasciende el ámbito subjetivo, pues con ello se apercibe a que en lo sucesivo tales desaciertos no se sigan produciendo.

En el caso concreto, nos encontramos en presencia de una solicitud de custodia interpuesta por el ciudadano LEONARDO JOSÉ SANCHEZ GUTIÉRREZ contra la ciudadana PAULA JOSÉ MILLÁN MARCANO, respecto a su hijo LDSM, cuya identidad se omite de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siendo que ambos fueron contestes en señalar que el niño desde el día 7 de enero de 2021, se encuentra con el padre en la siguiente dirección: Carretera Nacional Biruaca/San Juan de Payara, sector la Yuca Guama, finca “La Guama”, jurisdicción del Municipio Biruaca del estado Apure, ello en virtud del disfrute del Régimen de Convivencia Familiar que fuere establecido mediante convenio suscrito ante el Ministerio Público donde se estableció que la custodia correspondía a la madre, siendo homologado y pasado en autoridad de cosa juzgada mediante decisión de fecha tres (3) de junio de 2014, dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la

Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, contenida en el asunto signado con el alfanumérico OP02-J-2014-001040.

La parte demandada, ciudadana PAULA JOSÉ MILLÁN MARCANO, en fecha 9 de junio de 2021, solicitó al Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, la declinatoria de competencia por el territorio a la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, lo cual fue negado por el referido tribunal quien ratificó su competencia mediante decisión de fecha 23 de junio de 2021.

En fecha 7 de julio de 2021, la parte demandada ejerció la regulación de competencia y recusó al juez de la causa.

En fecha 4 de agosto de 2021, Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure y Municipio Arismendi del estado Barinas, declaró con lugar la recusación, motivo por el cual las actuaciones fueron remitidas al Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure.

En fecha 14 de septiembre de 2021, el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, se declaró incompetente por el territorio sin establecer en su dispositiva a cuál tribunal correspondía el conocimiento de la causa, siendo que en su parte motiva deja expresa constancia que la residencia habitual del niño se encontraba en la siguiente dirección: *Sector Los Caobos, Casa San Rafael, cerca de la plaza de Paraguachi, al lado del antiguo hotel Hibiscus, Municipio Antolín del Campo, estado Nueva Esparta*, adicionalmente, ordenó remitir las actuaciones a la Alzada a los fines de tramitar el recurso de regulación de competencia.

El Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure y Municipio

Arismendi del estado Barinas, en sentencia publicada el 27 de octubre de 2021, declaró sin lugar la solicitud de Regulación de Competencia formulada por la parte actora; en consecuencia, declaró competente para conocer la presente causa a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure.

Como puede observarse de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, había declarado su incompetencia por el territorio, señalando en su parte motiva que la residencia habitual del niño se encontraba en el estado Nueva Esparta, por lo que con tal decisión decaía el interés jurídico contenido en el recurso de Regulación de Competencia, toda vez que precisamente fue interpuesto con la finalidad de que se declarase competente en razón del territorio a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, por lo que no debió remitir las actuaciones al Juzgado Superior, quien a su vez desmejoró la condición del recurrente y procedió a atribuir nuevamente la competencia a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, bajo el fundamento de la manifestación del niño, quien señaló que actualmente vive con el padre.

Respecto a la residencia habitual del niño, niña o adolescente a los fines de determinar la competencia en razón del territorio en aquellos casos de restitución o modificación de la custodia previamente atribuida, esta Sala de Casación Social en sentencia N° 079 de fecha 20 de marzo de 2013, estableció lo siguiente:

En efecto, el artículo 453 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), establece:

Artículo 453. El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes competente para los casos previstos en el artículo 177 de esta Ley es el de la residencia habitual del niño, niña o adolescente para el momento de la presentación de la demanda o solicitud, excepto en los juicios de divorcio o de nulidad del matrimonio, en los cuales se aplicará la competencia por territorio establecida en la ley (Destacados añadidos).

En el caso *sub examine*, para determinar la residencia habitual del niño Wasin Alejandro Abou Mahmoud, al 7 de noviembre de 2011, fecha en la que el ciudadano Adham Joudie Abou Mahmoud, interpuso la demanda por restitución de custodia ante el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, cabe señalar que dicho juzgado le había otorgado con anterioridad la custodia del niño al accionante, mediante decisión de fecha 24 de octubre de 2011, en la que decretó la separación de cuerpos y bienes de los ciudadanos Adham Joudie Abou Mahmoud y Liliana Achkar Jarbough.

De esta manera, resulta evidente que para el momento de la interposición de la demanda, la custodia del niño le correspondía por mandato judicial, al ciudadano Adham Joudie Abou Mahmoud, quien reside en la Urbanización Alto Barinas Sur, Avenida Venezuela, cruce con calle Justicia, casa A-127, Barinas, independientemente de que actualmente el niño resida en el estado Portuguesa con su madre. Es por ello que se estima que el Tribunal competente por el territorio para seguir conociendo del referido juicio por restitución de custodia es el del estado Barinas, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 453 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, norma que rige para el estado Barinas desde el 30 de septiembre de 2009, según resolución N° 2009-0032 aprobada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

Expuesto lo anterior, es irrefutable que en aquellos casos de restitución o modificación de custodia, que haya sido previamente establecida, la residencia habitual del niño, niña o adolescente, corresponderá al lugar donde se encuentre establecida la residencia del padre o la madre custodio, para el momento de interposición de la solicitud, tomando en consideración la primacía de la realidad de los hechos sobre las formas, pues lo contrario atentaría contra el orden público y colocaría en una posición de desventaja respecto al padre o madre custodio que responsablemente permite el ejercicio pleno del régimen de convivencia familiar, siendo éste el principal fundamento que debe regir en las relaciones familiares, evitar la arbitrariedad, de manera que el niño, niña o adolescente se

desarrolle en un ambiente de armonía, en estricto cumplimiento de las instituciones familiares, donde el ordenamiento jurídico y el juez o jueza de protección sea garante de los derechos inherentes a cada una de las partes, en sujeción al interés superior del niño.

Establecido lo anterior, se observa que el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, había declarado su incompetencia por el territorio, señalando en su parte motiva que la residencia habitual del niño se encontraba en la ciudad de Nueva Esparta, por lo que, como antes se indicó con tal decisión decaía el interés jurídico contenido en el recurso de Regulación de Competencia, toda vez que precisamente fue interpuesto con la finalidad de que se declarase competente en razón del territorio a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, por lo que hubo una evidente subversión del orden procesal, que se ve más agravada por el hecho de que el Juzgado Superior, procedió a atribuir nuevamente la competencia a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure, bajo el fundamento de la manifestación del niño, quien señaló que actualmente vive con el padre, sin tomar en consideración que para el momento en que el ciudadano **LEONARD JOSÉ SÁNCHEZ GUTIÉRREZ**, interpone su acción de **modificación de custodia**, la residencia habitual del niño L.D.S.M, cuyo nombre se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se encontraba en la siguiente dirección: *Sector Los Caobos, Casa San Rafael, cerca de la plaza de Paraguachi, al lado del antiguo hotel Hibiscus, Municipio Antolín del Campo, estado Nueva Esparta*, por ser este el lugar de residencia de la madre, ciudadana **PAULA JOSÉ MILLÁN MARCANO**, quien ostentaba la custodia conforme a la homologación del acuerdo suscrito entre las partes, pasado en autoridad de cosa juzgada mediante decisión de fecha tres (3) de junio de 2014, dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, contenida en el asunto signado con el alfanumérico OP02-J-2014-001040, siendo así, ante las probanzas cursantes en autos, y como quiera que se le dio trámite al recurso de regulación de

competencia, la juez *ad quem* en lugar de declarar la competencia territorial en el estado Apure, debió ratificar la decisión del juzgado *a quo*, por cuanto éste precisó que la residencia habitual del niño de marras para el momento de la interposición de la demandada de modificación de custodia era en el estado Nueva Esparta, motivo por el cual debe esta Sala de Casación Social, en aras de garantizar el orden público procesal declarar la nulidad de la sentencia de fecha 27 de octubre de 2021, dictada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure y Municipio Arismendi del estado Barinas, en consecuencia corresponde al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del estado Nueva Esparta que resulte competente para conocer de la presente causa. Y así se decide.

DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara: **PRIMERO: INADMISIBLE** el recurso de Control de Legalidad anunciado por la ciudadana **PAULA JOSÉ MILLÁN MARCANO**, contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2021, dictada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Apure y Municipio Arismendi del estado Barinas. **SEGUNDO: ANULA DE OFICIO** la referida decisión. **TERCERO: SE DECLARA COMPETENTE EN RAZÓN DEL TERRITORIO** a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta para conocer de la solicitud de modificación de custodia que sigue el ciudadano **LEONARD JOSÉ SÁNCHEZ GUTIÉRREZ**, actuando en representación del niño L.D.S.M, cuyo nombre se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contra la ciudadana **PAULA JOSÉ MILLÁN MARCANO**.

Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen, antes identificado, todo de conformidad con el artículo 489-I de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

No hay condenatoria en costas, dada la naturaleza del presente fallo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

El Presidente,

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

El Vicepresidente,

Magistrada y Ponente,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

Magistrada,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

ANABEL DEL CARMEN HERNÁNDEZ ROBLES

C.L. N° AA60-S-2021-000140

Nota: Publicada en su fecha a las

La Secretaria,