



Roj: **ATS 550/2022 - ECLI:ES:TS:2022:550A**

Id Cendoj: **28079110012022200291**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2022**

Nº de Recurso: **2363/2021**

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: 19/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2363/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 22 DE MADRID

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

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2363/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

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. Pedro José Vela Torres

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 19 de enero de 2022.

Esta sala ha visto

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de doña D.<sup>a</sup> Elena presentó escrito interponiendo recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 26 de octubre de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación núm. 1227/2019, dimanante del juicio de medidas paterno filiales núm. 549/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid.

**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. Donesteve Velázquez Gaztelu fue designada por el ICPM para la representación de la parte recurrente. La parte recurrida se ha personado a través de la procuradora Sra. Míguez Parada. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha de 3 de noviembre de 2021 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** Solo la parte recurrida ha efectuado alegaciones, interesando su inadmisión. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe con fecha de 3 de diciembre de 2021 en el sentido de interesar la inadmisión del recurso, de conformidad con la causa de inadmisión puesta de manifiesto.

**SEXTO.-** Por la parte recurrente no se ha efectuado el depósito para recurrir determinado en la DA 15.<sup>a</sup> LOPJ, al ser beneficiario de justicia gratuita.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 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.

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 -el recurso de casación lo es respecto de la medida de autorización de traslado del menor a Honduras, interesado por la madre, ante la negativa del padre, y que en primera instancia se autorizó, y que la audiencia revocó, en atención al interés superior del menor, nacido en 2014.

Lo antecedentes son los siguientes: la ahora parte recurrente interpuso demanda de medidas paterno filiales, e interesó en lo que al presente interesa, la custodia materna del hijo menor. En primera instancia se dictó sentencia y se acordó la custodia materna, indicando que la patria potestad lo era compartida, y en atención a las circunstancias, acuerda autorizar el traslado de residencia del menor a Honduras, e impone al padre una pensión de alimentos de 200,00 euros mes. Recurre el padre ambas medidas, el traslado y el importe de la pensión, y la audiencia acoge el recurso, reduciendo el importe de la pensión a 130,00 euros mes, y revocando la autorización a la madre del traslado del menor a Honduras. Y en relación a esta última medida, que es la recurrida en casación por la madre, explica que la madre no ha acreditado que el traslado suponga un mejor estado para el menor, no hay nada que así lo justifique, a lo que une que ello supone no respetar los derechos del visita del padre por la distancia y situación económica de los progenitores, que lo hace inviable. Resalta que ambos progenitores y el menor están en España, y le dan estabilidad y ambos pueden desarrollar una actividad laboral como se ha demostrado.

El recurso de casación interpuesto por la madre, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del TS, y se apoya en un motivo; por infracción del art. 2, y 11 LOPJM, art. 3 Convención de Derechos del Niño, 39 CE, y por infracción del principio del interés superior del menor, que exige autorizar el traslado de residencia del menor. Cita como jurisprudencia del TS infringida, las SSTs de 10 de septiembre de 2015, 19 de octubre de 2017, 1 de marzo de 2019,

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, incurre en causa de inadmisión, por carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2, 4ª LEC, por no atender a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés del menor.



La sentencia recurrida revoca la autorización de traslado, en los términos expuestos, en atención al interés del menor, y lo fundamenta debidamente, como resulta ut supra, por lo que incurriría en la causa de inadmisión citada.

Así, se ha determinado 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[...]".

En consecuencia, en el supuesto examinado, la Audiencia Provincial no desconoce la doctrina jurisprudencial de esta sala, sino que la aplica. Explica, como ya hemos visto, deniega la medida aquí debatida. 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 y dadas las circunstancias existentes, mantiene la custodia materna solo hasta los cuatro años, siendo por tanto artificioso o meramente instrumental el interés casacional alegado.

**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 la parte recurrida, quién está personada, 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 D.ª Elena contra la sentencia dictada con fecha de 26 de octubre de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación núm. 1227/2019, dimanante del juicio de medidas paterno filiales núm. 549/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas al recurrente.

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 esta resolución no cabe recurso.

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