



Roj: **STS 3540/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3540**

Id Cendoj: **28079110012017100525**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **902/2017**

Nº de Resolución: **550/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3540/2017,**
AATS 11387/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1921/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón de la Plana; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, representada ante esta sala por el Abogado de la Generalitat, siendo parte recurrida doña Angelina , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Martínez Virgili. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1.- La representación procesal de doña Angelina interpuso procedimiento de oposición contra la resolución administrativa de 27 de noviembre de 2014, dictada por la Delegación Territorial de Castellón en los expedientes número NUM000 y NUM001 , sobre protección de los menores Alexander y Clemencia . Con fecha 10 de marzo de 2015 se presentó la demanda en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Castellón, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«...estimando la demanda de esta parte, resuelva que procede la revocación de la resolución administrativa, dejándola sin efecto e imponiendo a la demandada las costas del presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC .»

2.- Admitida a trámite la demanda, doña Lucía Vélez Cervantes, letrada habilitada de la Generalitat, en la representación procesal de la Dirección Territorial de Bienestar Social de Castellón, contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando:

«... dicte sentencia manteniendo los términos de las resoluciones impugnadas.»

3.- El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando que:

«... se desestime la demanda interpuesta declarando ser conforme a Derecho las resoluciones administrativas recurridas.»



4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón, dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMAR la demanda interpuesta por D^{ÑA}. Angelina , representada por la Sra. Procuradora de los Tribunales D^{ña}. Teresa Belmonte Agost, y asistida por la Sra. Letrada D^{ña}. Sandra Rodríguez Gijón, contra la resolución administrativa de 27 de noviembre de 2014, dictada por la Delegación Territorial de Castellón en los expedientes número NUM000 y NUM001 , sobre protección de menores Alexander y Clemencia , CONFIRMANDO las resoluciones recurridas, sin expresa imposición de costas.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2016 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procurador Sra. Belmonte Agost, en nombre y representación de d^a Angelina , contra la sentencia de 17 de diciembre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Castellón , debemos revocar y revocamos esta, dejándola sin efecto, y dejando sin efecto asimismo las resoluciones administrativas de 27 de noviembre de 2014, de declaración de desamparo de los menores Alexander y Clemencia , y medidas derivadas; debiendo estarse a lo dispuesto en el Fundamento Jurídico cuarto de esta sentencia; y sin que proceda realizar pronunciamiento declarativo expreso alguno en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

TERCERO.- La Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en la representación que legalmente ostenta, formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Castellón, fundado el primero como motivo único, por el cauce previsto en el n.º 4 del artículo 469.1 LEC , en la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE .

Por su parte el recurso de casación aparece formulado por infracción de los artículos 2 y 9 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , en su redacción dada por el apartado dos y cuatro del artículo primero de L.O. 8/2015, de 22 de julio , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 10 de mayo de 2016 por el que se acordó la admisión de ambos recursos y dar traslado de los mismos a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación tanto dicha recurrida doña Angelina , representada por la procuradora doña María Belén Martínez Virgili, como el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el pasado día 19 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 8 de septiembre de 2014 se produjo la reapertura de los expedientes de protección NUM000 y NUM001 de la Dirección Territorial de la Generalitat Valenciana, competente en materia de protección de menores, sobre Alexander y Clemencia , nacidos respectivamente el 7 de agosto de 2004 y el 21 de agosto de 2009, en virtud de la documentación recibida de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón en relación con recurso de apelación interpuesto por los progenitores, don Justino y doña Angelina , contra la sentencia n.º 361/2013, de 2 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º de Nules, habiendo acordado la Audiencia al resolver la apelación, respecto de la guarda y custodia de los menores, que «en virtud de lo establecido en el artículo 158 del CC , declarar la vigencia del mismo régimen que se ha acordado en la Sentencia ahora declarada nula, si bien...hasta el 31 de noviembre de 2014, si antes no es sustituida por otra resolución judicial/administrativa...acuerde lo procedente sobre la posibilidad de declaración de situación de desamparo de los menores y la valoración de algún tipo de acogimiento familiar .. ».

Tras la remisión de los Informes elaborados por los Servicios Sociales Municipales de la localidad de residencia de los progenitores y atendiendo a la anterior sentencia en la que se fallaba que «la patria potestad de los menores fuera compartida por ambos progenitores así como atribuir la guarda y custodia provisional a favor de su tía materna, doña María Milagros , supeditada a la evolución de los menores en relación a sus progenitores, que tendrá que ser valorado periódicamente por los Servicios Sociales de los lugares de residencia de los progenitores, pudiendo esta ser modificada a la vista de dichos informes», se procedió al archivo de los expedientes de protección en fecha 16 de diciembre de 2013.



No obstante, tras la manifestación de la guardadora -en comparecencia realizada el 27 de octubre de 2014- el padre, al darle audiencia respecto de la posible declaración de desamparo, manifestó que consiente el acogimiento familiar solicitado por los tíos paternos ante los Servicios Sociales Municipales de Alicante como consta en el expediente. En la misma fecha y por el mismo motivo, la madre no consintió tal acogimiento familiar con familia extensa paterna por no confiar en los acogedores, «sino únicamente con miembros de su familia o en su caso, consideraba preferible el ingreso en un Centro de Protección de Menores».

Se propuso entonces la declaración de situación legal de desamparo, asumiendo la tutela la Administración y acordando la formalización del acogimiento familiar simple con carácter provisional por seis meses con los tíos paternos, doña Africa y don Ramón, que eran considerados aptos para su desempeño, lo que se acordó mediante resolución de fecha 27 de noviembre de 2014. En cuanto a la madre, que se oponía a dicho acogimiento, se hacía constar que presentaba enfermedad psíquica grave, con un grado de discapacidad del 89% de carácter físico y psíquico y mostraba características de personalidad patológica, que están perjudicando la correcta evolución psicossocial y emocional de sus hijos. Se añadía que existe un inadecuado cumplimiento de los deberes parentales en el ejercicio de la patria potestad respecto de ambos progenitores por causa de un conflicto familiar grave, con denuncias interpuestas por la madre contra el padre, habiendo sido dirigida acusación contra éste por el Ministerio Fiscal. La sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 5 de Alicante, de 19 de noviembre de 2014, absolvió al padre de un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, teniendo en cuenta la enfermedad de la madre que es «capaz de inventar su propia historia paralela a la realidad y de fantasear.»

SEGUNDO.- En fecha 2 de diciembre de 2014, doña Angelina interpuso demanda de oposición a la resolución administrativa que declaraba el desamparo de los menores, a la que se opusieron tanto La Dirección Territorial de Bienestar Social de Castellón como el Ministerio Fiscal. Seguido el proceso, el juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón de la Plana dictó sentencia de fecha 17 de diciembre de 2015, por la que desestimó la demanda sin imposición de costas.

La demandante doña Angelina recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana dictó sentencia de fecha 22 de noviembre de 2016 por la que estimó el recurso y dejó sin efectos las resoluciones por las que se declaraba la situación de desamparo, sin condena en costas.

Por la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal se formula por el cauce previsto en el n.º 4 del artículo 469.1 LEC y denuncia la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE en referencia a la valoración probatoria efectuada por la Audiencia respecto de las pruebas documentales obrantes en el expediente y especialmente las que hacen referencia a la valoración de los informes y dictámenes realizados por funcionarios públicos.

El motivo se desestima por cuanto no se trata más que de incidir en la valoración probatoria libremente llevada a cabo por la Audiencia Provincial que ha realizado una valoración conjunta, atendiendo a unos y otros medios de prueba y deduciendo de ello las consecuencias que ha estimado oportunas sin desconocer ninguno de los medios de prueba practicados en el proceso. En esta situación, hemos reiterado la imposibilidad de que esta sala entre a considerar el mayor o menor acierto en la valoración por parte de la Audiencia ya que en tal caso se constituiría en una tercera instancia con desconocimiento del carácter extraordinario de este recurso. La reciente sentencia núm. 503/2017, de 15 septiembre, afirma una vez más

«(...) que la revisión de la valoración probatoria no está expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias, y que sólo puede, excepcionalmente, ser denunciada como infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), o por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, entre otras). En defecto de todo ello dicha valoración es función de la instancia ajena a las potestades de casación (27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001). En igual sentido, la sentencia núm. 231/2013, de 25 marzo (Rec. núm. 1461/2009), dice que "se pretende someter a esta Sala una alternativa a la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, en la que se dé prevalencia a aquellos datos que son favorables a la pretensión de la recurrente, lo que implicaría que esta Sala tuviera que revisar en su conjunto la prueba practicada, imposible en el recurso extraordinario por infracción procesal, que no constituye una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005), cuya naturaleza extraordinaria impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una



apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (SSTS de 9 de mayo de 2007, RC n.º 2097/2000 , 27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000 , 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001 , 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 , 29 de septiembre de 2009)».

En consecuencia no cabe anular la sentencia recurrida por apreciación de la infracción procesal denunciada.

Recurso de casación

CUARTO.- Se denuncia por la parte recurrente la infracción de los artículos 2 y 9 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , en su redacción dada por el apartado dos y cuatro del artículo primero de L.O. 8/2015, de 22 de julio , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. También se afirma que la sentencia objeto del presente recurso se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias número 565/2009 y número 444/2015, de 14 de julio de 2015 .

Respecto de la infracción del artículo 2 de la LO 1/96 , se recuerda, en relación con la doctrina de las anteriores sentencias, cómo en su apartado 1 se establece que

«todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

No cabe duda de que el presente caso presenta una particularidad que lo diferencia de otros en los que se plantea la adopción de una decisión acerca de si concurre o no una situación de desamparo de los menores. La declaración de desamparo viene en este caso motivada por la frustración de una medida provisional adoptada por los tribunales de justicia en relación con dichos menores motivada por el hecho de que no se consideró conveniente -en el proceso seguido sobre guarda y custodia de los mismos- atribuir el cuidado de dichos menores a ninguno de sus progenitores.

En dicho proceso se dictó sentencia n.º 361/2013 por el Juzgado Mixto n.º 3 de Nules con fecha 2 de diciembre de 2013 , en la cual se acordó la atribución de la guarda y custodia a favor de una tía materna. En dicha sentencia se reflejan comportamientos inapropiados de la progenitora relacionados con cuestiones esotéricas y la generación de alarma por hechos no ocurridos realmente, junto a un ambiente negativo para los menores en el contexto maternal y, respecto del padre, también se cuestionaba su aptitud, lo que llevó a adoptar la decisión de no atribuir la guarda y custodia a ninguno de los progenitores. Dicha resolución fue recurrida y la Audiencia Provincial de Castellón, en sentencia de fecha 31 de julio de 2014 , declaró su nulidad debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de práctica de pruebas, no obstante lo cual la Audiencia mantuvo la medida de guarda y custodia atribuida a la tía materna de los menores, lo que implicaba el reconocimiento de que esa era la solución más beneficiosa para los mismos. Los expedientes administrativos fueron objeto de reapertura una vez que la tía materna puso de manifiesto la imposibilidad de continuar en el ejercicio de la función que se le había encomendado.

De ahí que la solución adoptada ahora por la Audiencia recurrida, con vuelta a la situación anterior a la del seguimiento del proceso de atribución de custodia ante el Juzgado de Nules- que equivale a confiar a la madre la guarda y custodia- no responde a las necesidades e interés de los menores según las apreciaciones que ya se realizaron en aquél proceso. El vacío producido en el mismo por la imposibilidad de seguir desempeñando su función de guarda la tía materna determinaba la declaración de desamparo según los propios términos en que se pronunciaba la sentencia de 31 de julio de 2014 , dictada por la Audiencia de Castellón en el anterior proceso, sin que tal circunstancia pueda suponer que se reconozca ahora una situación favorable a la madre para el ejercicio de la guarda y custodia si nos colocamos en el momento anterior al inicio del proceso en que se razonó lo contrario.

QUINTO.- De todo ello ha de seguirse necesariamente la desestimación del recurso por infracción procesal y la estimación del de casación, con las oportunas declaraciones sobre costas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC y sobre los depósitos constituidos (Disposición Adicional 15ª.8 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Procede imponer a doña Angelina las costas causadas por su recurso de apelación, que debió ser desestimado.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (sección 2.ª) en fecha 22 de noviembre de 2016 en recurso de apelación nº 88/2016 . **2.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma Consellería contra la citada sentencia, la que casamos y dejamos sin efecto. **3.º**- Confirmar la sentencia dictada en primera instancia. **4.º**- Condenar a la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana al pago de las costas causadas por su recurso de infracción procesal, con pérdida del depósito constituido. **5.º**- No hacer declaración condenatoria sobre costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido. **6.º**- Condenar a doña Angelina al pago de las costas causadas por su recurso de apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS