



Roj: **STS 5530/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5530**

Id Cendoj: **28079110012016100709**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **3453/2015**

Nº de Resolución: **747/2016**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TO 776/2015,**
STS 5530/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recuso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo, como consecuencia de autos de oposición a resolución administrativa de protección de menores n.º 255/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Toledo, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz de Cuellar; siendo parte recurrida don Adolfo y doña Loreto, representados por el Procurador de los Tribunales don Pablo José Trujillo Castellano. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º.- La procuradora doña Sagrario Domínguez Alba, en nombre y representación de don Adolfo y doña Loreto, interpuso demanda sobre oposición a la resolución administrativa de desamparo y asunción de tutela de la menor Soledad, contra la delegación Provincial de Salud y Bienestar Social de Toledo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«que se tenga por formulada en nombre de mis representados oposición a la resolución dictada, por la que se declare a la menor Soledad en situación de desamparo, a que su tutela sea ejercida por la entidad pública y a que lleve a cabo su guarda mediante acogimiento familiar».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se desestime la demanda presentada en su día contra la resolución administrativa por la que se declaró el desamparo y se asumió la tutela».



SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n ° 1 de Toledo, dictó sentencia con fecha 7 de enero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Se desestima la demanda interpuesta por don Adolfo y doña Loreto , defendidos por doña María Nieves Fernández Pérez Ravela y representados por doña Sagrario Domínguez Alba».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Adolfo y doña Loreto . La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo, dictó sentencia con fecha 23 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que ESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Adolfo , Da Loreto , debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia Núm. 3 de Toledo, con fecha 7 de enero de 2015, en el procedimiento núm. 255/10, de que dimana este rollo, Y en su lugar ESTIMAMOS LA DEMANDA interpuesta por Adolfo y Loreto dejando sin efecto la declaración de desamparo de la menor Soledad ; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso, con devolución del depósito para recurrir».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la. representación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. con apoyo en el siguiente: Motivo:Unico.

«Infracción de normas aplicables para resolver la cuestión objeto del proceso, según el artículo 477.1. de la LEC, y ello frente a una sentencia recurrible por presentar interés casacional en el entendido del artículo 477.2.3 y 3 de la LEC, por cuanto se opone a la sentencia de esta Sala 582/2014, de 27 de octubre».

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha once de mayo de 2016, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, al procurador don Pablo Trujillo Castellano, en nombre y representación de don Adolfo y doña Loreto , no presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de Noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo que estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Toledo por la que se desestimaba la demanda interpuesta por Adolfo y Loreto contra la decisión de la delegación Provincial en Toledo de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, sobre oposición a la resolución administrativa que acordó la declaración de la situación de desamparo de la menor Soledad y la asunción de su tutela por parte de la Administración autonómica.

La declaración de desamparo es de fecha 27 de enero de 2010 y se refiere a una niña: Soledad , nacida el día NUM000 de 2010, que se encuentra en régimen de acogimiento familiar provisional desde el 27 de enero de 2010, con privación del régimen de visitas a su madre biológica mediante resolución de 22 de febrero del mismo año.

En fecha 7 de abril de 2010 se formuló solicitud para obtener la constitución del acogimiento familiar simple, en base a la difícil situación que atravesaba su madre biológica y a los hechos que rodearon su nacimiento: se constata que la hija fue fruto de una relación con un chico de origen peruano, con quien no mantenía una relación estable, y que una persona con la que tenía contacto le había ofrecido ayuda durante el embarazo y una cuantía económica adicional si entregaba a la hija tras su nacimiento fuera de las vías legales. Esta persona -el sr. Adolfo - había procedido a registrar a la niña y mediante prueba practicada en unas diligencias penales seguidas por un Juzgado de Instrucción de Toledo se excluyó su paternidad.

La declaración de desamparo se produce ante la sospecha existente antes de la tramitación de las diligencias penales, de que concurría un abandono voluntario de la niña por parte de la madre y de que habría una posible entrega de la menor a terceros, mediante compensación económica, fruto de lo cual fue la solicitud de auxilio judicial -27 de enero 2010- para la entrada y recogida de la menor en el domicilio de Adolfo en la que se hallaba la niña; auxilio que fue concedido.



La sentencia del Juzgado desestimó la demanda porque entendió que concurrían los dos criterios que fueron establecidos por la jurisprudencia para dirimir conflictos similares: a) valoración de las actuaciones y circunstancias de los padres (y no solo las que concurrieron cuando se adoptaron las medidas administrativas impugnadas), y b) que se ha de primar el interés del menor sobre los derechos de los padres.

Y así fue porque: a) la niña llevaba desde el año 2010 en régimen de acogimiento, es decir, poco después de su nacimiento, y su integración y evolución en la familia de acogida era plenamente satisfactoria, habiéndose desarrollado amplios vínculos afectivos entre la niña y sus padres de acogida, con lo que se encontraban plenamente satisfechas sus necesidades afectivas, sociales y educativas, y b) porque no ha tenido ningún tipo de contacto con su familia biológica desde su nacimiento y existían riesgos relevantes para la menor en el supuesto de que la misma fuera reintegrada a su familia biológica, ante la nula relación que ha mantenido con ella.

El criterio de la Audiencia fue distinto. Tras señalar que

«la resolución por la que se acuerda la declaración de desamparo carece por completo de motivación, en ella no se expone los hechos que se ha acreditado, los medios por los que se han conseguido tales datos y cuál es la valoración que desde ellos lleva a quien la dicta a concluir que lo expuesto en los antecedentes de hecho es cierto, se contenta con hacer afirmaciones generales y apodícticas, lo que impide hacer un control adecuado del ajuste de la citada resolución a derecho». Justifica su decisión básicamente en la sentencia de esta Sala 582/2014 de 27 de octubre.

«Es claro, dice, que, «en el supuesto presente, no era suficiente con que constase, como hace el juez a quo, la falta de atención por parte de la madre al cumplimiento de sus obligaciones para con la menor, se ha de examinar también, y en la sentencia de instancia no se hace, si con el hecho de estar bajo la guarda del recurrente quedaban atendidas sus necesidades materiales y morales porque si así fuera es obvio que existe un exceso por parte de la Consejería a la hora de declarar el desamparo sin perjuicio, se ha de insistir, en que pueda llevar a cabo otro tipo de intervención e incluso pueda pretender, con la presentación de la oportuna demanda, que cese esa guarda de hecho y se regularice la situación.

«En este sentido como hechos que la sentencia de instancia da por probados está, que la madre carecía de estabilidad moral, social y económica, bien que es forzoso reconocer que no señala cuales son los datos que le llevan a tal conclusión, y que no tenía intención de asumir la tutela de la menor. Es también un hecho que controvertido que la niña estaba bajo la guarda de hecho del apelante, Eusebio, pero no se da por acreditado que esa guarda no satisficiera las necesidades de la menor.

«No se oculta que existe una sospecha de que esa guarda de hecho pudo haberse constituido de un modo ilícito, si no penalmente si al menos civilmente pues no es admisible que se haga por precio, pero es de hacer ver, que el procedimiento penal seguido por tal motivo fue sobreseído, que la sentencia de instancia no lo da por acreditado, sino que lo maneja como un elemento que en su momento fue valorado por la Consejería para declarar el desamparo, tampoco en el expediente se afirma tal extremo sino que el reflejo tiene su causa en comentarios e indagaciones realizadas en la Pueblanueva, localidad en donde reside Adolfo y la menor

«Si traemos a colación la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia parcialmente transcrita podemos concluir sin género de dudas que existió una situación de dejación en cuanto al cumplimiento de las obligaciones por parte de la madre pero también que no concurría el segundo de los requisitos, que la niña estuviera desatendida material o moralmente por más que ello lo fuera por proporcionárselo el recurrente como guardador de hecho.

«En consecuencia no estaba justificado, con solo los hechos que la sentencia da por probados que la declaración de desamparo fuese la única solución aceptable para proteger el superior el interés de la menor por lo que procede la estimación del recurso y ello sin perjuicio de que por parte de la Consejería se mantenga el control y supervisión, e incluso si procede actúe en interés de la menor».

SEGUNDO.- El Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formula recurso de casación por oposición de la sentencia a la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia 582/2014, de 27 de octubre. El recurso, que apoya el Ministerio Fiscal, se va a estimar. Y es que más allá de afirmaciones más o menos formales, y en algún caso contradictorias sobre los hechos probados, para enjuiciar los criterios seguidos por el juez de instancia, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta lo que resulta fundamental en esta clase de resoluciones: el interés de la menor que ha sido, antes y en este momento, determinante de la declaración de desamparo y de su mantenimiento en la forma interesada.

Dice la sentencia 582/2014 lo siguiente:



«la situación de desamparo es casuística y, de ahí que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa. Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que "cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección"».

Pues bien, con independencia de que la sentencia prescinde por completo de los derechos del padre biológico de la niña, al que se le excluye de toda decisión, confiere a don Adolfo la condición de guardador de hecho y considera, sin motivación alguna y prueba que lo sustente, que en esta situación están debidamente protegidos los intereses de la niña. Y lo hace ajustando su decisión a una sentencia que nada tiene que ver con el caso que se enjuicia. En el supuesto contemplado en la sentencia 582/2014 el guardador de hecho era el abuelo de la menor, con quien no solo tenía lazos de sangre, sino vínculos afectivos anteriores a la guarda, lo que no ocurre en este caso en el que no solo no existen dichos vínculos sino que ignora por completo, antes y después del embarazo, cómo aparece en la vida de la menor este guardador, si no es aprehendiendo a la menor ante el abandono de su madre; falseando la filiación a partir de una inscripción registral de paternidad, luego desmentida por la prueba, y sin invocación alguna de tal posición, lo que ha impedido valorar y probar la bondad de una condición como la que describe la sentencia para impugnar el desamparo.

La guarda de hecho, añade la sentencia de esta Sala,

«se contempla con cautela tanto por razones subjetivas de los concretos guardadores como por la debilidad del vínculo obligacional entre éstos y los menores objeto de su asistencia.

»Bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo (sería el caso de abuelos que con esfuerzo asumen la crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores, como es el caso aquí contemplado) como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estas personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución. De ahí que deberá distinguirse entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor».

La protección del niño tiene como finalidad «evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales».

En el caso se reconoce y se acredita la desatención moral y material de la madre hacia su hija desde su nacimiento y la entrega de la niña a una persona que nunca estuvo en el seguimiento previo al parto de la madre por parte de los servicios de la Junta y que se hace cargo inicialmente de la niña («de un modo ilícito, si no penalmente si al menos civilmente», como reconoce la sentencia), a espaldas de la Administración, garante por ministerio de la ley del interés superior del menor, a la que se hurta de la posibilidad de evaluar la idoneidad de la persona a cuyo cargo se pone, según el artículo 22.2 de la LO 1/1996.

Se conoce y se objetiva en definitiva el interés de Soledad en el momento en que se la declara en situación de desamparo en el marco de la función protectora que tiene en comendada en este caso la Junta de Comunidades, y no se acredita, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo interpuesta al amparo del artículo 172 CC, que este interés sea distinto en razón al cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración, antes al contrario: la cronicidad de la situación familiar, los antecedentes de la madre y la revocación de las medidas adoptadas, supondría un periodo de adaptación sumamente prolongado y negativo para la menor, como se argumentó en la primera instancia.

TERCERO.- Se casa la sentencia. Se asume la instancia y se desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado, que se mantiene en su integridad; sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de ambas instancias ni de las causadas por este recurso de casación, de conformidad con el artículo 398, en relación con el 394 LEC.



FALLO

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

1 °.- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2015 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación núm. 184/2015 dimanante del procedimiento de oposición a las medidas de protección de menores núm. 255/10, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Toledo. **2** °.- Casar la sentencia recurrida y como consecuencia desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por don Adolfo y doña Loreto, que se confirma y se declara su firmeza. **3** °.- No hacer especial declaración en cuanto a las costas de ambas instancias ni de las causadas por este recurso. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO