



Roj: **ATS 11446/2021 - ECLI:ES:TS:2021:11446A**

Id Cendoj: **28079110012021204784**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2021**

Nº de Recurso: **3365/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 15/09/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3365/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 DE PONTEVEDRA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3365/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de don Artemio presentó escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 5 de marzo de 2020, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 831/2019, dimanante de los autos de oposición a resolución administrativa en protección de menores n.º 1325/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación se tuvo por interpuesto el recurso de casación y 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. Sánchez Fernández se personó en la representación de la parte recurrente. El procurador Sr. Vázquez Guillén, se personó en representación de la Xunta de Galicia, como parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- La parte recurrente, efectuó el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15.ª LOPJ.

QUINTO.- Por providencia de fecha 24 de marzo de 2021, se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas, así como al Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Mediante escrito, la parte recurrente interesó la admisión del recurso. La parte recurrida no efectuó alegaciones. El Ministerio Fiscal, en informe de fecha 30 de junio de 2021, ha interesado la inadmisión del recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se formalizó recurso de casación contra una sentencia dictada en un juicio de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores, con tramitación ordenada por razón de la materia en el Libro IV LEC, recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, que exige acreditar debidamente el interés casacional.

Brevemente, y en esencia, por la ahora parte recurrente, progenitor del menor, se presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, en virtud de la cual se mantuvo la declaración de desamparo del menor, Bruno , declarada por resolución administrativa de fecha 21 de septiembre de 2017, con asunción de su tutela. Expuso el padre que dicha declaración se produjo mientras el menor se encontraba bajo la custodia de la madre -alegó que en el procedimiento de divorcio se vio obligado a aceptar la custodia materna del menor-, que no había situación desamparo -sostuvo que la conflictividad lo era respecto de la madre-, que él siempre cuidó y atendió al menor, que la administración no tuvo en cuenta, como paso previo a la asunción de la tutela pública del menor, atribuirle a él la guarda del menor. La sentencia dictada en primera instancia declara probado lo siguiente: i) que la unidad familiar se hallaba en seguimiento por la administración y servicios sociales desde 2012 -formada en ese momento por los progenitores, el menor hijo común y otro hijo menor de la madre-, siendo los menores declarados en situación de riesgo en 2012, siendo el expediente cerrado en 2013; ii) que en 2015 la unidad familiar volvió a ser objeto de seguimiento por los Servicios Sociales a instancia del centro escolar al que acudían los menores, y desde el PIF se constata la elevada conflictividad, archivándose en 2016 el citado programa por falta de implicación real de los progenitores; iii) que en 2016 el padre interpuso demanda de divorcio, solicitando la custodia del menor- durante 2016 y 2017 seguía existiendo intervención de la administración y servicios sociales - pactando en la sede judicial entre ambos la custodia materna; iv) consta informe sobre el menor de 2017, del que se sospecha padece una DIRECCION001 - DIRECCION002 - o DIRECCION003 , y la falta de consciencia de los progenitores sobre la gravedad del trastorno del hijo; v) en 2017 ambos progenitores solicitan intervención de los servicios de menores, por su preocupación por ellos, y dan su conformidad a que se incluyan en un programa de atención de día; vi) durante todo este tiempo se mantiene la supervisión, (el padre informe que no va a colaborar), y en agosto de 2017 el padre denunció a la madre por malos tratos al menor, y en septiembre de 2017, la madre dio su conformidad a la asunción de la tutela pública de sus hijos, dictándose la resolución que aquí se impugna. Ante ello la sentencia declara que la resolución impugnada era necesaria en beneficio del menor -con necesidades especiales por el trastorno que padece y la madre con problemas de consumo de alcohol y drogas y con seguimiento psiquiátrico irregular y un padre que no obstante lo descrito- y que reitera hasta la saciedad el peligro potencial que supone la madre para el hijo-, cede la custodia a la madre y se niega a cierta colaboración con la administración, con una actitud beligerante, hacia los recursos puestos en marcha y escasa autocrítica respecto de su comportamiento. Planteado, si procede mantener hoy la resolución, o es conveniente un reintegro del menor al núcleo familiar, se considera que con la prueba practicada procede mantener la resolución, especialmente atendiendo al informe psicosocial de los juzgados, el padre y los profesionales intervinientes. Así explica que se está tratando de reintegrar al menor en la familia con el padre, pero debe ser gradual, a fin de evitar una involución en el menor -por lo que se ha ampliado el régimen de visitas del menor con el padre-, pero indica, que los profesionales del



equipo psicosocial aludieron a la falta de percepción que tiene el padre respecto del hijo y su vida, con una actitud que no es la más correcta para la evolución del menor, insistiendo en que el padre siga una terapia, que de hecho está siguiendo; califican de prematura la vuelta del menor con el padre, pues debe ir precedido de un cambio de actitud del padre -de hecho admitió en la vista el consumo, aún esporádico de cannabis, que se mantiene reacio a las indicaciones que se le ofrecen y desconfía de los técnicos profesionales intervinientes-. En definitiva se considera que continúan los factores de riesgo que exigen se mantenga la intervención en protección de menor.

Recurrida la sentencia por el padre, la audiencia la confirma íntegramente, en base al comportamiento del padre; aludiendo a que este no asume la realidad existente, "que requiere de su colaboración en los planes de integración familiar de la administración"; insistiendo en lo negativo que es la beligerancia que muestra con los profesionales intervinientes; añade que las limitaciones y personalidad del menor y sus carencias afectivas, requieren de unos cuidados muy especiales, para alcanzar la madurez necesaria; explica que en los informes de autos consta que el padre no es consciente de dicha situación con el consiguientes peligros para la formación integral del menor, reseña que los informes que constan en autos, indican el resultado negativo de las visitas del menor con el padre, que presenta escasas habilidades educativas, que es excesivamente permisivo, dificultades de autocontrol y que desoye las indicaciones de la administración -todo ello, se resalta, sin perjuicio de sus buenas intenciones-, se resalta que es cierto una evolución positiva desde septiembre de 2017, en las visitas con el menor en un buen clima, "estando feliz el menor", pero desarrollándose en un clima demasiado complaciente por el padre, sin reglas, lo que es necesario para la formación integral del menor, dada su situación especial; se añade que continúa su actitud renuente a asumir las pautas de la administración, aunque en menor grado, insistiendo en que aún no ha tomado consciencia de las especiales necesidades del menor; por todo ello se exige, indica mantener las medidas, cuyo objetivo es reestablecer la custodia del menor a la familia. Concluye por tanto que sería prematuro estimar la pretensión del padre, si bien indica que no obsta a que en un futuro, con acatamiento de las reglas dispuestas por la administración, se vaya instaurando un régimen progresivo de comunicación paterno filial que pueda desembocar en la restauración o reintegración de la custodia.

SEGUNDO.- Como se dijo, se interpuso recurso de casación, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por interés casacional, por oposición a la doctrina del TS, y por un motivo. En él alega infracción del art. 172 a 174 CC, y del principio del interés superior del menor y del de reintegración del menor en la propia familia, e infracción de la Ley 3/2011 de 30 de junio de apoyo a la familia gallega, art. 39 CE, y 3 y 9 Convención de los Derechos del Niño, y arts. 2, 9, 12 y 18 LOPJM, art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 23 de Convención de Nueva York de 2006, al no aplicar correctamente el principio del interés superior del menor, con vulneración de interés superior del menor, y la doctrina que establece una interpretación restrictiva de la declaración de desamparo y la vuelta del menor o inserción con al propia familia; cita como infringida las SSTs de 2 de octubre de 2017, 21 de febrero de 2011. Insiste en que se le debió entregar la custodia del menor, dado que la declaración de desamparo se produjo bajo la custodia materna y alude a la falta de exploración judicial que solicitó -si bien hace constar en su escrito los distintos informes elaborados y que en el de fecha 26 de febrero de 2019- pág. 9 de su recurso -consta se ha explorado al menor por los profesionales del equipo psicosocial-.

TERCERO.- El recurso de casación debe ser inadmitido, por incurrir en causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (artículo 483.2. 2º y 3.º LEC), por la omisión de los hechos probados a los que atiende la sentencia recurrida, eludiendo su razón decisoria, y atender la resolución al principio de interés superior del menor, el cual como se dijo tiene necesidades especiales de salud, como se expuso ut supra.

La sentencia recurrida en casación atiende al principio superior del menor, confirma, en lo que al presente interesa, la sentencia dictada en primera instancia, que desestima la petición del recurrente, por los motivos expuestos ut supra, por lo que el recurrente, obvia lo declarado por la audiencia y su ratio decidendi.

Y es que se debe recordar que, en relación a los menores y la protección de su interés, que es lo prioritario, la STS 393/2017, de 21 de junio ha declarado que:

"Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio. 641/2011, de 27 septiembre, 431/2016, de 27 de junio, entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas".



La STS 126/2018 en relación al interés del menor declara, y según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), que es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor, y en concreto:

3.- Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala (sentencia de 23 de julio de 2018, sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores) que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada.

Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación".

Como se dijo la audiencia, al confirmar la sentencia apelada y la resolución administrativa impugnada, lo hace atendiendo a que es lo más beneficioso para el menor, con necesidades especiales, con lo que ello implica a efecto de procurarle una formación integral. De forma que la sentencia recurrida, conforme a la detallada exposición referida ut supra, no infringe la doctrina de esta sala, cuyo fallo descansa, como razón decisoria, en el interés superior del menor.

En consecuencia, el interés casacional alegado lo es meramente instrumental o artificioso. Sin que las alegaciones efectuadas en el trámite oportuno enerven lo expuesto.

CUARTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación, declarando firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 483.4 LEC, dejando sentado el artículo 483.5 de la misma Ley, que contra este auto no cabe recurso alguno.

QUINTO.- Abierto el trámite contemplado en el artículo 483.3 LEC, y no presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, no procede imponer las costas a la parte recurrente, quien perderá el depósito.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Artemio contra la sentencia dictada, con fecha 5 de marzo de 2020, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 831/2019, dimanante de los autos de oposición a resolución administrativa en protección de menores n.º 1325/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de DIRECCION000, quien perderá el depósito.

2º) Declarar firme dicha resolución.

3º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución, al órgano de procedencia, previa notificación de la presente resolución por este órgano a las partes recurrente y recurridas comparecidas ante esta sala, así como al Ministerio Fiscal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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