

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 3 febrero 2016

[JUR\2016\32014](#)



OPOSICIÓN A RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN DE MENORES.- Recurso de queja. Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra sentencia dictada, en segunda instancia, en un juicio seguido por razón de la materia. Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto dentro de plazo, pero se desestima el recurso por inexistencia del interés casacional por cuanto la aplicación de la jurisprudencia de la Sala primera invocada y la contradicción de audiencias citada, solo pueden llevar a una modificación del fallo recurrido, mediante la omisión total o parcial de los hechos que la audiencia provincial ha considerado probados (art. 483.2,3º, en relación con el art. 477.2.3 LEC). Siendo inadmisibles el recurso de casación también lo es el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto. Se desestima la queja.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 6/2015

Ponente: Excmo Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto

AUTO

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1

En el rollo de apelación n.º 7/2014 la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) dictó auto, de fecha 12 de diciembre de 2014, declarando no haber lugar a admitir el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal por la representación de Dª Estefanía, presentado con fecha 24 de noviembre de 2014, contra la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2014 dictada en segunda instancia por dicho Tribunal.

2

Por la procuradora Dª. Isabel Monfort Sáez, en nombre y representación de la indicada parte litigante, se ha interpuesto recurso de queja por entender que cabían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y debían de haberse tenido por interpuestos.

3

Por la parte recurrente no se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la [disposición adicional 15ª](#) de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#), del Poder Judicial, al ser beneficiaria del derecho a justicia gratuita.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. **Fernando Pantaleon Prieto**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

El presente recurso de queja tiene por objeto una sentencia dictada con posterioridad a la entrada en vigor a la [Ley 37/2011 de 10 de octubre \(RCL 2011, 1846 \)](#) de Medidas de Agilización Procesal, en un juicio especial de oposición a resolución administrativa de protección de menores, seguido por razón de la materia, con la consecuencia de que su acceso a la casación se halla circunscrito al ordinal tercero del citado [art. 477.2](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#).

2

La parte interpuso frente a la citada sentencia recurso de casación, inicialmente, por escrito presentado en fecha 31 de octubre de 2014, siendo no admitido, por auto de 5 de noviembre de 2014, auto, que por error, inadmitió un recurso extraordinario por infracción procesal, cuando el recurso formulado era el de casación. Este auto no fue recurrido, y es firme.

Frente a la sentencia de segunda instancia se solicitó, por ambas partes, aclaración y complemento de la misma, que se denegó por auto de fecha 23 de octubre de 2014, auto que consta notificado a la representación de DOÑA Estefanía con fecha 28 de octubre de 2014, y la misma representación presentó con fecha 24 de noviembre de 2014 recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, recurso que se ha denegado por auto de fecha 12 de diciembre de 2014, por entender precluido el plazo de presentación del recurso, auto, este último, que es el ahora recurrido en queja.

3

En cuanto al contenido del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto por escrito presentado el 24 de noviembre de 2014, la parte recurrente interpuso contra la sentencia dictada en apelación, recurso de casación, alegando la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 14 de noviembre de 2011 y la de 31 de julio de 2009, por cuanto estas sentencias sientan jurisprudencia en cuanto a que el juez debe examinar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, y que el interés del menor debe ponderarse, a la hora de restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de **desamparo**. También cita la Convención de Derechos del Niño de 1990 en su art. 1 y la STS 31 de julio de 2009, por el que se sienta la doctrina de que las medidas que deben adoptarse respecto de menores deben ser las que resulten más favorables al menor, y a su desarrollo físico, intelectual y su integración social, y hagan posible el retorno a la familia natural. Alega que han desaparecido las condiciones por las que se inició el proceso de acogimiento para protección del menor, por cuanto ha desaparecido la adicción y se ha retirado el factor miedo, por ser víctima de violencia de género.

También alega interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, con cita de las sentencias de la Audiencia provincial de Granada, Sección 5ª, de 23 de noviembre de 2007, y la de la misma audiencia y sección de 18 de julio de 2008, y como contradictorias las de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, de 28 de julio de 2008 y la de la misma audiencia y sección, de 13 de febrero de 2009.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, el mismo se desarrolla en dos motivos, el primero, por infracción de normas procesales reguladoras de las sentencias, entiende la recurrente en este motivo, que se vulnera el principio de congruencia y se incurre en falta de motivación, por cuanto la prueba del informe psicosocial no fue admitida por el juzgado por entender que existían informes suficientes para resolver, y en la sentencia de la audiencia se achaca falta de prueba de la rehabilitación. Se solicitó aclaración y complemento, que fue denegado.

El motivo segundo, al amparo del art. 469.1.4º, por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva con infracción del art. 24 [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#), fundándose en la vulneración del art. 24CE en relación con el [art. 172 CC \(LEG 1889, 27 \)](#), de forma que el art. 170 reconoce el derecho de los padres a oponerse a la actuaciones administrativas de protección de los menores. Dice la parte recurrente que estos preceptos deben ser interpretados sistemáticamente con la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#), de acuerdo con que ha de existir una resolución administrativa que se haya pronunciado al respecto. Así mismo la resolución prescinde -dice- del interés del menor.

4

En cuanto a la cuestión de si el recurso formulado se presentó en plazo, esta Sala ha reiterado que el inicio del cómputo del plazo para la interposición de recursos contra las resoluciones que hayan sido objeto de aclaración debe iniciarse desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración o rectificación, de conformidad con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, recogida en la [STC 90/2010, de 15 de noviembre \(RTC 2010, 90 \)](#), al tenerse en

cuenta que las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica que solo puede ser impugnada en su conjunto a través de los recursos que pudieran interponerse contra la resolución aclarada (AATS de 2 de octubre de 2012, RC n.º 137/2012 , 20 de marzo de 2012, RC n.º 497/20112 , entre los más recientes).

Así se reitera en los últimos autos de esta Sala (ATS de 10 de septiembre de 2013, RIPC n.º 2189/2012) con motivo del examen de la aparente contradicción entre la redacción del [artículo 215.5 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , introducido por la [Ley 13/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2090 y RCL 2010, 1001 \)](#) (que sostiene que la petición de aclaración de una resolución judicial interrumpirá el plazo para recurrirla, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconozca o niegue la aclaración solicitada), y la redacción de los [artículos 448.2 LEC y 267.9 LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) (que determinan que dicha petición de aclaración, rectificación, subsanación o complemento interrumpirá el plazo para interponer los recursos, y, en todo caso, comenzaran a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla). Y se ha reiterado que el cómputo del plazo debe empezar de nuevo desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración o rectificación.

En aplicación de esta doctrina, el recurso se presentó en plazo, puesto que el auto de 23 de octubre de 2014, donde se decía que no había lugar a la aclaración o complemento, consta notificado a la representación de DOÑA Estefanía con fecha 28 de octubre de 2014, y el escrito donde se interponen los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal consta presentado con fecha 24 de noviembre de 2014, dentro del plazo de 20 días hábiles, que se han de contar desde el día 29 de octubre, plazo donde no se cuentan los sábados, domingos y festivos, conforme el [art. 133 LEC](#) por lo que el citado plazo vencía el 25 de noviembre de 2014, por lo que aún pudo presentar su recurso el 26 de noviembre hasta las tres de la tarde ([art. 135 LEC](#)).

5

No obstante lo anterior, procede la desestimación del recurso de queja, por incurrir el recurso de casación interpuesto en defectos que lo hacen inadmisibles, y así incurre en la causa de inadmisión de inexistencia del interés casacional alegado, tanto por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, por cuanto la jurisprudencia de la Sala Primera alegada, y la contradicción de audiencias citada, solo pueden llevar a una modificación del fallo recurrido, mediante la omisión total o parcial de los hechos que la audiencia provincial ha considerado probados (art. 483.2 , 3º [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , en relación con el [art. 477.2.3 LEC](#)), y esto porque la contradicción de audiencias se basa en diferentes valoraciones del interés de los menores, fundado en las circunstancias de hecho, distintas, de cada caso, y en cuanto a la oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera, la fundaba el recurrente en su escrito de interposición en las SSTS 14 de noviembre de 2011 y la de 31 de julio de 2009 , que efectivamente establecen que el juez al examinar la impugnación de una declaración de **desamparo** debe contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al objeto de determinar si los padres pueden asumir la patria potestad, en concreto la primera establece la doctrina de que "Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de **desamparo** por la Administración interpuesta al amparo del [artículo 172.6 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el **desamparo** , sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de **desamparo** del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar (...)", y la segunda recuerda 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 ([SSTS 579/2011, de 22 julio \(RJ 2011, 5676 \)](#) ; [578/2011, de 21 julio \(RJ 2011, 5438 \)](#) y [641/2011, de 27 septiembre \(RJ 2011, 7382 \)](#) , entre otras). En definitiva, el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos. En el

caso actual no es posible revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida porque los criterios utilizados no son contrarios al interés de las menores ya que: 1º La valoración de la prueba pone de relieve la evolución favorable de la madre y su capacidad para hacerse cargo de las menores en el momento actual. 2º De ahí deduce que el interés de las menores se halla protegido en el momento en que se comprueba que la madre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad y cuenta con ayuda familiar. 3º En cualquier momento, la Administración pública puede revisar la situación de las niñas, que pueden volver a ser atendidas si se demuestra el empeoramiento de la situación psicológica, laboral o social de la madre. Es decir, la medida del acogimiento produce siempre una situación provisional, del mismo modo que la recuperación de la guarda y custodia suspendida."

Basa la recurrente el interés casacional en estas sentencias, y estando vigente la doctrina jurisprudencial que se fijó en la STS de 31 de julio de 2009, citada, como recuerda la reciente [STS de 28 de septiembre de 2015 \(RJ 2015, 4217 \)](#), recurso 2174/2013, la doctrina exige, de un lado, que el cambio de circunstancias permita la reintegración familiar y, de otro, que este cambio sea real y objetivo, para eliminar el riesgo de **desamparo**, siempre en interés del menor, debiendo evitarse argumentos especulativos.

Por lo que es claro que la sentencia recurrida no se opone a esta doctrina de la Sala, puesto que, después de la valoración conjunta de la prueba, ha concluido que no procede alterar la medida administrativa, y esto porque no existe prueba "*(...) de que los progenitores sean capaces de dar cobertura y respuesta adecuada a las necesidades socioemocionales de su hija, concluyendo que no sería beneficioso para los menores el retorno junto a los padres, lo que es acorde con lo observado y constatado en los autos, pues persiste el aislamiento social, y hay ausencia de red de apoyo familiar.*" (Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida), y en concreto, la sentencia de la audiencia declara que no hay prueba suficiente de la rehabilitación total de la madre, del alcoholismo, que ha sido la causa fundamental del **desamparo**, por lo que no se observa oposición entre la sentencia recurrida y la jurisprudencia de la Sala sobre el interés del menor, en situaciones de **desamparo**, sino que es más bien su aplicación al caso concreto, siempre que se respete la valoración de la prueba efectuada, de forma que solo cabe revisar el fallo revisando la prueba y su valoración, lo que no cabe hacer en casación, que no es una tercera instancia.

6

La no admisibilidad del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo primero y segundo, de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#). Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada disposición final decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo primero y segundo, de la LEC.

7

Circunstancias las expuestas que determinan la desestimación del presente recurso de queja y la subsiguiente confirmación del auto denegatorio de admisión de los recursos, aun cuando sea, por motivos distintos a los contenidos en éste, sin que para ello exista óbice alguno, pues la recurribilidad en casación es cuestión de orden público, sustraída al poder de disposición de las partes y aún del propio órgano jurisdiccional (cfr. SSTC 90/86 y 93/93), por lo que a esta Sala incumbe controlar la procedencia de la admisión en atención a las razones que resultan de la normativa aplicable, con independencia de las que haya tenido en cuenta el tribunal "a quo"; por lo que procede la desestimación del presente recurso de queja.

LA SALA ACUERDA

DESESTIMAR EL RECURSO DE QUEJA interpuesto por la procuradora doña Isabel Monfort Sáez, en nombre y representación de DOÑA Estefanía contra el auto de fecha 12 de diciembre de 2014, que se confirma, por el que la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) denegó tener por admitidos los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia

dictada en segunda instancia por dicho tribunal el 5 de septiembre de 2014 , debiendo ponerse esta resolución en conocimiento de la referida audiencia, para que conste en los autos.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.