



Roj: **STS 809/2023 - ECLI:ES:TS:2023:809**

Id Cendoj: **28079110012023100179**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2023**

Nº de Recurso: **316/2022**

Nº de Resolución: **281/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 281/2023

Fecha de sentencia: 21/02/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 316/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2023

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE TOLEDO, SECCIÓN 2.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 316/2022

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 281/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 21 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en nombre y representación de dicha entidad, contra la sentencia n.º 263/2021, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Toledo, en el recurso de apelación n.º 416/2021, dimanante de las actuaciones de oposición a resoluciones administrativas en

materia de protección de menores n.º 166/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 Toledo. Ha sido parte recurrida D. Baldomero y D.ª Serafina, representados por el procurador D. Noel Dorremochea Guiot, y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Corrales San Martín.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª M.ª José Díaz Fieiras, en nombre y representación de D. Baldomero y D.ª Serafina, presentó escritos iniciales de oposición contra las resoluciones administrativas de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de la Delegación Provincial de la Consejería de Bienestar Social de Toledo, de 19 de diciembre de 2019, que acordaba la incoación de declaración de desamparo y asunción de tutela del menor no nacido hijo de los demandantes - Cosme -; y de NUM000 de 2020, que acordaba la declaración de desamparo y asunción de tutela de dicho menor; escritos que fueron repartidos al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo, incoándose procesos de oposición a resoluciones administrativas con los números 169/2020 y 251/2020, respectivamente, y acordándose la reclamación de los correspondientes expedientes administrativos.

Por auto de 30 de diciembre de 2020 se acordó la acumulación de los dos procesos.

2.- Recibido el testimonio del expediente y presentada la oportuna demanda, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la entidad demandada, que contestaron dentro del término legal.

3.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo dictó sentencia n.º 111/2021, de fecha 14 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO sustancialmente la oposición formulada por D. Baldomero y D.ª Serafina, representados por la procuradora de los tribunales D.ª María José Díaz Fieiras, frente a la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de la Dirección Provincial de Bienestar Social de Toledo, asistida por el letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; en consecuencia,

"REVOCO Y DEJO SIN EFECTO la resolución de 7 de abril de 2020 de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de la Delegación Provincial de la Consejería de Bienestar Social de Toledo, por la que se declaraba la situación de desamparo y asunción de tutela del menor Cosme, hijo de D. Baldomero y D.ª Serafina.

"Sin pronunciamiento en costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Toledo, que lo tramitó con el número de rollo 416/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del LETRADO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Toledo, con fecha 14 de julio de 2021, en el procedimiento de Oposición a Medidas de Menores núm. 440/10, la cual se confirma en todos sus extremos, sin expresa imposición de condena por las costas de esta alzada".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en la representación que ostenta, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- El primer motivo se interpone al amparo de lo dispuesto en el apartado cuarto del art. 469.1.4 de la LEC, por vulneración del art. 24 CE en relación con los artículos 316, 326 y 376 de la LEC, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible, habiéndose denunciado la infracción en segunda instancia, y con resultado de indefensión material al concluirse, con patente error, que debe mantenerse la resolución de primer (sic)

instancia a pesar de los múltiples elementos documentales y de todo tipo que ponen de manifiesto la existencia de un riesgo patente y manifiesto para la (sic) normal desarrollo del menor en un entorno mínimamente estable para sus necesidades".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC. De acuerdo con lo establecido en el artículo 477.1 LEC, el recurso se funda en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de octubre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia dictada con fecha 9 de diciembre de 2022, por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 416/2021, dimanante de los autos sobre oposición a resolución administrativa n.º 169/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo.

"2.º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con todos los documentos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Transcurridos los cuales dese traslado al Ministerio Fiscal.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. El Ministerio Fiscal también presentó el correspondiente dictamen.

4.- Por providencia de 12 de enero de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de febrero del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios de los presentes recursos hemos de partir de los antecedentes siguientes:

1º.- *El objeto del procedimiento*

Es objeto del presente procedimiento, la oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, dictadas por la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de la Dirección Provincial de Bienestar Social de Toledo, de 19 de diciembre de 2019, por la que se acordaba la incoación del procedimiento de declaración de desamparo y asunción de tutela de un menor no nacido, y la ulterior resolución de 7 de abril de 2020, por la que se acordaba la declaración de desamparo y asunción de tutela del niño Cosme, nacido el NUM000 de 2020.

Los parámetros por los que se declaró el desamparo fueron los siguientes:

- (i) Tres menores (hijos) actualmente con medidas de protección sin previsión de retorno.
- (ii) Negligencia en los cuidados y seguimientos iniciales del embarazo, desconocimiento inicial del mismo y ocultación a los diferentes recursos.
- (iii) Dificultades personales de los progenitores y falta de habilidades para la crianza y para el reconocimiento y atención de las necesidades de un menor. Alta vulnerabilidad de menor recién nacido.
- (iv) Conflictividad y violencia familiar, en la pareja y con otros miembros de la familia, sin intervención suficiente por parte de recurso especializado que haya podido modificar la situación.
- (v) Consumo de alcohol por parte del padre.
- (vi) Historia de consumo de tóxicos en la madre y enfermedad mental de tipo psicótico asociada.
- (vii) Ausencia de reconocimiento de las dificultades familiares que dificulta la intervención para la modificación de las mismas.
- (viii) Historia previa con expediente de Alicia en el sistema de protección.

(ix) Ausencia de redes de apoyo familiar y social, o nada adecuadas.

2º.- La primera instancia

Contra dichas resoluciones los progenitores del menor D. Baldomero y D.^a Serafina interpusieron demanda de oposición, al entender que las precitadas resoluciones administrativas no se ajustaban a derecho, con solicitud de que se les entregase la custodia de su hijo.

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, con la oposición de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y del Ministerio Fiscal, la demanda fue estimada por el Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Toledo, a quien correspondió el conocimiento del proceso, órgano jurisdiccional que dictó sentencia en la que se dejó sin efecto la resolución administrativa de 7 de abril de 2020.

En su fundamentación jurídica, la sentencia partió de la base de que tres hijos de la pareja (Estela , Eva y Marcial) habían sido declarados en desamparo, el 5 de septiembre de 2018, cuando tenían cinco años, tres años y dieciocho meses de edad respectivamente; no obstante, se valoró tal dato como un simple indicador de riesgo. Se argumentó que las circunstancias que motivaron, en su día, tal decisión había sido superadas por hallarse los padres rehabilitados de sus adicciones según constaba en los informes médicos obrantes en autos, contar con domicilio propio con todos los suministros, y el padre con trabajo estable como pastor y, por lo tanto, con recursos económicos propios para atender a las necesidades familiares.

Se consideró que las deficiencias advertidas por los técnicos en las capacidades maternas de doña Serafina eran susceptibles de superación, mediante un proyecto específico de actuación con mantenimiento de Cosme en su propia familia. Y, en definitiva, se concluyó que al momento del nacimiento de Cosme :

"[...] concurrían específicos y evidentes indicadores de riesgo [...] pero no circunstancias acreditadas y actuales que por su entidad, intensidad o persistencia justificasen la situación de desamparo y la asunción de la tutela que, con un indudable automatismo y sin examinar la situación personal, familiar y social real de los progenitores, resolvió la Delegación Provincial".

La sentencia consideró, también, que no constaba que, al nacer el menor, existiese conflictividad y violencia familiar, sino que, con el cambio de domicilio, se habían superado las relaciones conflictivas otrora existentes.

Por último, el Juez estimó, en contra de lo alegado por la Entidad Pública, con respecto al total desinterés por la situación y la crianza de sus hijos, que se demostró, por el contrario, a través del interrogatorio en juicio, un absoluto interés por la situación y crianza de Cosme , y la conciencia de las carencias personales y familiares que sufrieron sus otros hijos.

3º.- El proceso en segunda instancia

Contra dicha sentencia se interpuso por la Administración recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Toledo, que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado.

En su argumentación se señaló que se aceptaba la valoración probatoria llevada a efecto por el juzgado, y se razonó que:

"[...] a nuestro juicio, en el caso concreto de autos, del conjunto de los elementos de apreciación de los que dispuso el Juzgador de Instancia y esta Sala no se desprende con la necesaria claridad que los demandantes se encuentren en una situación inadecuada para asumir la guarda y custodia de su hijo ni que, por otro lado, ello representa la peor opción en aras de la defensa del interés superior del menor, si complementariamente se instaura un programa eficaz de apoyo a los padres y seguimiento del menor, comprobando si Baldomero y Serafina logran un nivel significativo de responsabilidad y de interés tanto por sí mismo como por su hijo.

"[...] En síntesis, juzgamos que, en el caso particular de autos, el interés superior del menor al que alude el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no justifica como excepción el mantenimiento de la declaración de situación de desamparo, todo lo cual nos lleva a confirmar la resolución apelada, sin perjuicio de las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la protección del menor, procurando su reinserción en el seno de su propia familia biológica".

4º.- Recursos extraordinarios por infracción procesal y casación

Contra la precitada sentencia se interpuso por la Administración los referidos recursos. En fase de admisión, el Ministerio Fiscal solicitó que se admitieran a trámite, con aportación de nueva documentación consistente en distintos informes actualizados sobre la situación de los padres y del menor al amparo del art. 752 de la LEC.

De dicho escrito y documentos se dio traslado a las otras partes por diligencia de ordenación de 3 de octubre de 2022.

El recurso fue admitido a trámite por auto de esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022, con traslado del mismo y de todos los documentos presentados para que se formalizara, en su caso, oposición al recurso, por plazo de veinte días, transcurridos los cuales se acordó el oportuno traslado al Ministerio Fiscal.

5º.- *El dictamen del Ministerio*

En su cuidado y completo dictamen, mediante un examen exhaustivo de las circunstancias concurrentes, el Ministerio Público instó la estimación de los recursos interpuestos; subsidiariamente la nulidad de la sentencia recurrida, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que la Audiencia Provincial se pronunciase sobre el recurso de apelación valorando la nueva prueba documental aportada, tanto en relación con la situación de los padres biológicos como con respecto a la del menor Cosme en relación con el acogimiento familiar; y, subsidiariamente, también, se estimase el recurso de casación interpuesto, y se acuerde que la decisión de retorno del menor Cosme con su familia biológica debe quedar condicionada a la constatación en ejecución de sentencia del éxito de un programa de habilidades parentales al que deberán someterse los mismos, de acuerdo con las directrices de los técnicos de la Entidad Pública de Protección de Menores.

Partió, para ello, el Ministerio Público del examen de la prueba obrante en el expediente, así como la aportada con el recurso conforme al art. 752 LEC, y consideró al respecto que:

- i) La total integración de Cosme en su familia acogedora, con la que lleva conviviendo ininterrumpidamente desde el 30 de junio de 2021.
- ii) La carencia de habilidades parentales de los padres biológicos, los antecedentes respecto de sus otros hijos declarados en desamparo (Eva , Estela y Marcial) y la falta del seguimiento del embarazo de Cosme , extremos estos ya reconocidos por la sentencia recurrida.
- iii) Los conflictos y mala relación existente entre doña Serafina y don Baldomero , derivados del hecho de que, durante la sustanciación del proceso, Serafina quedó embarazada de otra persona de nacionalidad marroquí.
- iv) La situación de total inestabilidad familiar que presentan actualmente los progenitores biológicos.
- v) La falta de madurez y de responsabilidad puestos de manifiesto por doña Serafina en sus relaciones con el tal Richi, hallándose embarazada de nuevo de éste último. La nueva pareja de la recurrida se opone además a la actuación administrativa.
- vi) La irrupción de la nueva pareja de Serafina y las nuevas responsabilidades respecto del nuevo hijo, desde sus constatados déficits en habilidades como madre, con la consiguiente intensificación de la complejidad de las relaciones familiares.

6º.- *Actual situación del menor*

En la actualidad, el menor continúa tutelado por la Junta, desde el 23 de abril de 2020, a través primero de un acogimiento de urgencia y, con posterioridad, con la actual familia acogedora.

7º.- *La oposición al recurso*

Los recurridos se oponen al recurso, negando la existencia de error alguno en la valoración de la prueba, defendiendo el criterio expresado por los órganos jurisdiccionales de instancia. Se impugna la documentación aportada por el Ministerio Fiscal, que se considera nula, poco clara y obsoleta, así como extemporánea, e impugna el recurso dado que no se ha centrado en rebatir la argumentación de la sentencia 111/2021 del Juzgado de Primera Instancia, así como la dictada por la Audiencia Provincial de 9 de diciembre de 2021. Refutan la aplicación del art. 752 LEC, circunscrito exclusivamente a primera y segunda instancia. Se critica la actuación de la Administración que, pese a las sentencias judiciales dictadas, continúa el procedimiento administrativo para propuesta de adopción, lo que demuestra su falta de objetividad y la persecución sufrida por los padres del niño.

En definitiva, se razona sobre la procedencia de ratificar los argumentos que fundamentaron la desestimación de las medidas de protección adoptadas.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Examen del recurso*

2.1 *Fundamento del recurso*

El motivo se interpuso, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4 de la LEC, por vulneración del art. 24 CE, en relación con los artículos 316, 326 y 376 de la LEC, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica de la prueba practicada, que no supera el test de racionalidad

constitucionalmente exigible, habiéndose denunciado la infracción en segunda instancia, y con resultado indefensión material al concluirse, con patente error, que debe mantenerse la resolución de primera instancia a pesar de los múltiples elementos documentales y de todo tipo que ponen de manifiesto la existencia de un riesgo patente para el normal desarrollo del menor en un entorno mínimamente estable para sus necesidades.

2.2 La flexibilidad procedimental de los procedimientos especiales del Libro IV de la LEC

No podemos compartir el argumento de la sentencia del tribunal provincial de que la situación a analizar sea la concurrente al tiempo de la adopción de las medidas administrativas de protección, en virtud de los principios de litispendencia y perpetuación de la jurisdicción, como si de una fotografía se tratase, que congelase en el tiempo una imagen o el estado de cosas existentes al momento de dictarse la resolución administrativa objeto de oposición en este trance.

Lejos de ello, estos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción.

En efecto, comoquiera que las relaciones y comportamientos humanos no son estáticos, sino dinámicos, no pueden ser ignorados acontecimientos ulteriores u otros hechos que afecten a la resolución del caso, so pena de vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Es, por ello, que cabe, en estos juicios del Libro IV de la LEC, el acopio y consideración judicial de nuevos datos trascendentes para tomar la decisión que sea más adecuada en la delicada misión de velar por los intereses preferentes de los menores.

A esta finalidad responde el art. 752 de la LEC que, bajo el epígrafe "prueba", contiene una específica regulación, que excepciona el régimen procesal ordinario de los juicios declarativos en una pluralidad de aspectos, que tienen su justificación en las peculiaridades del derecho material o sustantivo que constituye su objeto, relativos a la preclusión de las alegaciones, a la iniciativa probatoria del Juez, a la conformidad explícita o implícita con respecto a los hechos, a la fuerza legal probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los privados reconocidos.

Así, con relación al régimen de preclusión de las alegaciones que, en los procesos dispositivos, se concentra en demanda, contestación, reconvencción y oposición a ésta, sin perjuicio además de las alegaciones complementarias de la audiencia previa, o de los hechos nuevos o de nueva noticia (arts. 286, 400.2, 412 y 426 LEC), el art. 752.1 LEC establece la regla de que "los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento".

En la exégesis de tal precepto, la STS 705/2021, de 19 de octubre, ha establecido que:

"'Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2)", tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad".

Como hemos dicho en la STS 308/2022, de 19 de abril:

"[...] la atribución de la condición de primordial y superior al interés del menor, así como su significación como principio de orden público (sentencias 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril y SSTC 178/2020, de 14 de diciembre y 81/2021, de 19 de abril), afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuales son los principios de aportación de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio de los titulares de la jurisdicción y las posibilidades procesales de las partes, lo que encuentra consagración normativa en los arts. 90.2 y 158 CC, 751, 752, 770. 4.ª II, 771.3, 778 bis 4, 778 quáter 8; 778 quinquies 7, de la LEC, entre otros".

La vigencia de dicho principio permite, pues, atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3), e inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, quedando ampliadas las facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (SSTC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4, así como 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3).

En el sentido expuesto, la STC 58/2008, de 28 de abril de 2008 (FJ 2), declaró que:

"Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar la doctrina elaborada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos en los que, como en el presente, se encuentran en juego intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida. Así, en la STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 3, hemos afirmado "en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que "dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2); y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que "los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC)".

De igual manera, se expresa la STC 178/2020, cuando señala al respecto que:

"En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, con arreglo a lo establecido en los arts. 748 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), el órgano judicial tiene que adoptar, imperativamente, a falta de acuerdo entre las partes, las medidas concernientes a los hijos (art. 39 CE). Por ello, es obvio que el principio de tutela del interés de los menores e integral de los hijos que ha inspirar cualquier decisión al respecto resulta incompatible con la rigidez procesal que impone la perpetuo iurisdictionis (art. 412 LEC). De ahí que, como adecuadamente viene reconociendo la jurisdicción ordinaria, el legislador procesal establezca que estos procesos se resuelvan con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hayan sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Y si bien este precepto se refiere a hechos y no a pretensiones, como se ha puesto de manifiesto en numerosas resoluciones judiciales, abocaría a una inútil paradoja procesal que las pretensiones iniciales, en el ámbito especial de las medidas sometidas al ius cogens, no pudiesen acomodarse a las necesidades del menor que se pongan de manifiesto durante la sustanciación del procedimiento de filiación, de suerte que en los procesos de familia o en los que hayan de adoptarse medidas en beneficio de menores de edad, el juez puede apartarse de las peticiones de las partes o acordar de oficio las que estime adecuadas, lo cual debe permitir, a su vez, que las partes reformulen sus peticiones buscando ese mismo interés, respetando las exigencias del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción.

"[...] Dicho de otro modo, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, se debe aplicar un menor rigor formal en este tipo de procesos, que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que amplían ex lege las facultades del juez en garantía del interés de los menores que han de ser tutelados (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2). Por tales motivos este tribunal ha venido aceptando la legitimidad constitucional de la exclusión del principio de la preclusión de los actos procesales según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella (SSTC 75/2005, de 4 de abril; 58/2008, de 28 de abril, y 65/2016, de 11 de abril). En síntesis, se debe señalar que en cualquier procedimiento de familia en el que se examinen cuestiones que afecten a bienes o derechos de los menores, sometidos a la tutela del orden público, ha de considerarse tempestivo u oportuno que el juez o el tribunal de oficio pueda adoptar las decisiones y medidas que estime ajustadas a los intereses tutelados, aunque no formen parte de las pretensiones deducidas en los escritos rectores del procedimiento o sean contrarias a las mismas y sin sujeción al principio de perpetuación de la jurisdicción. Porque al tratarse de una cuestión de orden público, no deben prevalecer las pretensiones

de los progenitores, sino exclusivamente el real beneficio del hijo menor. También guiados por este principio, los órganos judiciales deben pronunciarse razonadamente sobre todos aquellos aspectos que puedan afectar al desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y al ejercicio de sus derechos".

Bajo este criterio de flexibilidad procesal, la jurisprudencia civil, como no podía ser de otra forma, se ha expresado en el sentido de que la aplicación del art. 752.1 LEC, no solo opera en primera y segunda instancia (SSTS 759/2011, de 2 de noviembre, 559/2016, de 21 de septiembre; 721/2011, de 26 de octubre; 529/2016, de 12 de septiembre y 899/2021, de 21 de diciembre), con declaración incluso de nulidad del procedimiento por no acordarse la práctica de pruebas pertinentes y necesarias en la alzada, sino que también posibilita la aportación de prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (SSTS 350/2016, de 26 de mayo; 711/2016, de 25 de noviembre; 665/2017, de 13 de diciembre, 598/2019, de 7 de noviembre, 705/2021, de 19 de octubre o 308/2022, de 19 de abril).

En virtud de los razonamientos expuestos, este tribunal, al dictar la sentencia que resuelva los recursos extraordinarios interpuestos, no puede ni debe prescindir de los nuevos elementos de enjuiciamiento aportados a los autos por el Ministerio Fiscal, e informes a los que hace referencia la administración recurrente, con respecto a los cuales se dio traslado a la parte contraria, que pudo, como así hizo, rebatirlos en su escrito de oposición al recurso de casación, manifestándose en términos que no pueden ser aceptados, al entrar en contradicción con lo normado en el art. 752 de LEC, y considerar que no deben ser valorados por extemporáneos.

Lo cierto es que no se cuestionaron los informes presentados, relativos a un nuevo embarazo de la madre de persona que no es el padre de Cristián, con la natural crisis de pareja que tal circunstancia trajo consigo, con episodios violentos, falta de estabilidad y de madurez de la madre, en contraste con la situación de equilibrio emocional del menor, bajo el régimen de acogimiento que disfruta, y la valoración negativa que supondría, para su interés superior, un cambio de régimen de custodia con evidentes factores de riesgo.

Recurso de casación

TERCERO.- Análisis del recurso

3.1 Fundamento del recurso

Se interpone al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 477.1 LEC, y se funda en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se alegan como vulnerados los arts. 172.1, 172 ter.2 CC, así como el art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, relativos al interés superior del menor. Se citan las SSTS 548/1998, de 11 de junio y 565/2009, de 31 de julio, así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3.2 El marco normativo resolutorio

El precitado art. 2.1 de la LO 1/1996, norma 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".

Y dentro de los criterios que deben ser ponderados para determinar el interés preferente del menor, como establece el apartado 2 dicho precepto, se encuentran, entre otros, "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; "la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia"; "se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", pero condicionado a que ello "sea posible y positivo para el menor"; y "cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia".

De igual forma, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establecen, como manifestaciones de dicho interés, "promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad"; "minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro"; así como la "preparación del tránsito a la edad adulta e independiente".

Por su parte, el art. 11 de la precitada LO 1/1996, regulador de los principios rectores de la acción administrativa con respecto a los menores, establece como tales: a) la supremacía de su interés superior; b) el mantenimiento

en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional; c) su integración familiar y social; d) la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; así como la protección contra toda forma de descuido o trato negligente.

Por su parte, el art. 19 bis, regla 3, de la precitada disposición general, invocado por el Ministerio Fiscal, norma que:

"Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma".

3.3 El interés superior del menor como criterio valorativo circunstancial

No podemos sustraernos a la idea de que el menor, como individuo en formación, precisa de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario tutelar. En este sentido, el derecho alemán se refiere al principio de promoción de la personalidad (*förderungsprinzip*), como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades sobre los menores.

Difícilmente, cabe rebatir que la infancia conforma un periodo fundamental en el devenir de las personas - la vida es lo que hacemos y nos pasa-, de ahí la importancia que adquiere contar con un adecuado sistema jurídico de protección, con raíces constitucionales en el art. 10.1 CE, en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y, en el art. 39 CE, que proclama el interés superior de los menores.

Otra premisa de la que necesariamente hemos de partir es la de que el interés del menor difícilmente puede concebirse, desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. O dicho de otro modo, no puede fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias.

Como dice la sentencia de esta sala 444/2015, de 14 de julio, cuya doctrina reproduce expresamente la STS 720/2022, de 2 de noviembre:

"El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS 13 de febrero 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor".

No obstante, este interés primordial del niño o de la niña se debe compatibilizar con los otros intereses concurrentes; ahora bien, cuando ello no sea posible, "deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", con valoración de los derechos fundamentales de las otras personas que pudieran verse afectadas, como, en este caso, los padres de Cosme, que gozan del derecho a la vida familiar que proclama el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como así resulta del art. 2.4 de la LO 1/1996.

3.4 El retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado

En este sentido, nos pronunciamos en la STS 565/2009, de 31 de julio, cuando señalamos que:

"Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor".

En los mismos términos se manifiesta la ulterior sentencia 170/2016, de 17 de marzo, cuando razona:

"[...] el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de



un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinada al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (STS de 31 de julio de 2009)."

"4. Consecuencias del mandato del artículo 39 de la Constitución, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, ha sido la reciente publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio con idéntica finalidad.

"5. En concreto el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que "para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma ... En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma".

3.6 La ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en la apreciación del interés superior del menor

Con la finalidad de valorar la reintegración del niño con sus padres no se puede prescindir de los informes posteriores aportados al proceso, indicativos de la evolución positiva o negativa de los factores de riesgo, en su día, apreciados para acordar la medida de protección adoptada, máxime cuando se pretende el reintegro familiar.

En este sentido, nos pronunciamos en la STS 565/2009, de 31 de julio, cuando señalamos que:

"En consecuencia, esta Sala sienta 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, 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".

Pues bien, bajo las consideraciones expuestas, hemos de valorar las circunstancias concurrentes.

El menor Cosme nació el NUM000 de 2020. Las medidas de protección recurridas son de 19 de diciembre de 2019, de incoación del procedimiento de declaración de desamparo y asunción de tutela del menor no nacido, así como la resolución de 7 de abril de 2020, por la que efectivamente se acordó la declaración de desamparo y asunción de tutela del menor, que es la realmente trascendente a los efectos decisorios de estos recursos.

La sentencia del juzgado de primera instancia de 14 de julio de 2021 parte de la base de que "concurrían específicos y evidentes indicadores de riesgo [...], como las medidas de protección adoptadas con respecto a los tres hijos mayores de los demandantes, así como dificultades personales de éstos y falta de habilidades para la crianza y para el reconocimiento y atención de las necesidades de un menor", deficiencias estas últimas, que según dicha resolución, podrían solventarse a través del establecimiento de un plan de intervención administrativa por parte de los servicios sociales. Las otras circunstancias de riesgo valoradas, como drogadicción, alcoholismo, ausencia de vivienda y estabilidad laboral, habían sido superadas.

La Audiencia señala que la situación a valorar es la existente al tiempo de la adopción de las medidas de protección y ratifica al criterio del juzgado.

No obstante, con posterioridad, a la resolución de desamparo de 7 de abril de 2020, constan los siguientes hechos relevantes acreditados a través de los documentos, a los que hace referencia el Ministerio Fiscal:

(i) La constitución de acogimiento familiar de Cosme en fecha 23 de abril de 2020, e informe de 17 de agosto de 2020, en el que se señala que se dio de baja a Baldomero y Serafina en el programa de intervención en violencia familiar, al no solicitar nuevas citas.

(ii) En el informe de 30 de noviembre de 2020, de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Mora, al que la Junta hace referencia en su recurso, consta, con respecto a Serafina, que "su capacidad parental es cuestionable y limitada por la ausencia de hábitos. Y porque Serafina va a continuar reproduciendo el modelo que ha vivido y aprendido de sus padres y con su pareja carece de motivación para realizar el cambio. Serafina continúa presentando escasez de habilidades educativas e incapaz para la función socializadora. Baldomero pasa gran cantidad del día trabajando". La propuesta es desfavorable.

(iii) El informe de 22 de diciembre de 2020, folios 234 y siguientes de los autos principales, (al que la Junta hace igualmente referencia en su recurso) es el relativo al programa de competencias parentales. En dicho

documento se constata que aceptan la intervención, que están dispuestos a cambiar, y que presentan un alto nivel de implicación en el programa. El propio informe propone incrementar las visitas de los padres a Cosme.

No obstante, la valoración final es la de que la unidad familiar no es susceptible de continuar en el programa por comprensión y aceptación solo parcial de los motivos de la medida de protección, inmadurez en los cambios realizados en la dinámica familiar, consecución sólo parcial de los objetivos del programa, gestión superficial de las necesidades de cambio, dedicación casi en exclusiva del progenitor al trabajo, aprovechamiento solo parcial de los recursos profesionales.

A los folios 215, 216, 220, 221 de las actuaciones (expediente digital) se testimonian otras visitas de los padres biológicos que se desarrollan correctamente. En la visita de 2 de diciembre de 2020 (folio 229) se hace constar que " Serafina intenta poner al niño a andar, solo tiene siete meses y no está preparado por lo que le cuesta bastante, pero la madre insiste en intentarlo. Durante el cambio de pañal y de ropa, resulta llamativo que ni Serafina ni Baldomero interactúan con el bebé, haciendo la actividad de manera mecánica".

(iv) En el informe de 20 de julio de 2021, emitido por la psicóloga doña Zulima y la trabajadora social doña Adelaida de la Consejería de Bienestar Social, concerniente a seguimiento y propuesta de adopción de Cosme, consta en relación con los padres biológicos del niño que: "ninguno de los progenitores puede atender las necesidades que un menor requiere", "la capacidad funcional de los padres y sus habilidades parentales son muy limitadas", "siguen presentado carencias importantes y mostrando ignorancia de la responsabilidad parental en el desarrollo de los hijos".

"Los guardadores se muestran muy vinculados al menor y muy orgullosos de Cosme y de su evolución. Refieren estar contentísimos y describen a Cosme como un niño risueño, tranquilo y cariñoso".

Se considera que "la continuidad de dicha convivencia y la formalización posterior de la adopción, como la opción más adecuada, teniendo en cuenta el interés superior del menor".

(v) El informe de 19 de septiembre de 2022, emitido por la psicóloga doña Zulima y la trabajadora social Azucena, de la Consejería de Bienestar Social, expone que los padres de Cosme:

"siguen presentando carencias importantes y mostrando ignorancia de la responsabilidad parental en el desarrollo de los hijos"; "los padres se muestran cariñosos con el bebé, pero se aprecia carencia de habilidades parentales". " Cosme inicia la convivencia con sus guardadores el día 30 de abril de 2021", "desde el inicio de la convivencia Cosme ha permanecido al cuidado exclusivo de sus guardadores con fines de adopción".

" Cosme se muestra como un niño seguro cuyos claros referentes son Dolores e Anton " (acogedores)

"La salida de Cosme de su entorno familiar, de todo lo que conoce y de sus referentes, que lo han sido durante el último año y medio, es decir, más de la mitad de su vida, además de la incorporación a la convivencia con sus padres biológicos, que no han mostrado evolución en cuanto a sus habilidades parentales durante las intervenciones que se han ido realizando con ellos al cabo de los años desde distintos recursos, supondría una sucesión de traumas para el niño y un retroceso importante en su capacidad de vincular y en su seguridad".

(vi) En el informe de fecha 26 de septiembre de 2022, emitido por el psicólogo don Cecilio y la trabajadora social doña Azucena, de la Consejería de Bienestar Social, se expone que:

El 27 de abril de 2022, se presenta Baldomero acompañado de Serafina, en la Delegación Provincial de Bienestar Social, comunicando su indignación y sorpresa ante el embarazo de Serafina de padre distinto, y manifiesta que: "qué va a hacer con ella".

Serafina señala que en el caso de irse con el otro procedería a la retirada del menor.

Serafina, con fecha 25 de mayo, durante visita a su hija Eva, manifiesta a la técnica de servicios sociales que tiene relación con un marroquí, y que este es el padre del bebé que está esperando. Que sigue en convivencia con Baldomero aunque las discusiones y problemas son constantes. Refiere que su pareja le ha pedido que deje de convivir con Baldomero, con la idea de marcharse a Murcia cuando el neonato nazca. Se muestra ilusionada y confiada con que todo saldrá bien, apoyándose en esa nueva relación. Muestra insistencia en conocer la decisión del equipo de menores en relación a su futuro hijo.

Con data 24 de junio de 2022, en llamada telefónica, Serafina manifiesta que se encuentra de siete meses, "que se va a ir de casa de Baldomero " "que no quiere estar con él", "que se va a ir con Ildfonso ", "que el padre quiere reconocer al niño"; "que tiene muchas cosas en la cabeza, que no sabe cómo actuar. Que si se va de casa, Baldomero no se lo va a permitir. Baldomero le grita y vocea y le ha echado de casa en diversas ocasiones". "Que no habla del tema con Baldomero. Que ha hablado con una asociación de Toledo, que le proporcionaría nueva vivienda de acogida en el caso de querer huir de su casa". "Que se quiere ir a vivir con su pareja fuera de la comunidad, quizás fuera del país, aunque señala a Murcia".

El informe expone que se desprende una situación familiar totalmente inestable. Inmadurez de las decisiones y externalización de responsabilidades. Actual pareja no acepta la intervención de los servicios sociales. Irresponsabilidad por la no adopción de medidas de protección en las relaciones íntimas. Bebé en un principio no deseado (ingesta de píldora del día después). Ingresos de economía sumergida y de dudosa legalidad. Baldomero se mantiene con pasividad durante todo el procedimiento, expectante ante cualquier decisión de Serafina .

El informe concluye con la siguiente valoración:

"[...] situación altamente inestable que presentan los progenitores de Cosme , en situación de conflicto permanente entre los mismos y con figuras extrañas a la relación de pareja, con una percepción nada ajustada de la realidad, poniendo el punto de mira en sus propias necesidades frente a las del menor, poniendo en riesgo cualquier retorno del menor a la unidad familiar".

(vii) El informe social, datado el 8 de julio de 2022, de la trabajadora social del Ayuntamiento de Mora (Toledo), D.ª Constanza , consta como Serafina cuenta, en entrevista de 27 de junio de 2022, que está de nuevo embarazada, que el padre del bebé no es Baldomero , que es de un tal Ildefonso (desconoce sus apellidos), que tiene 50 años de edad, marroquí, que trabaja en el campo, que se lío con Ildefonso porque Baldomero trabaja muchas horas y luego no tiene ganas de salir, que se tomó la píldora del día después pero no resultó. Que Ildefonso le dijo que se iba a arrepentir si iba a los SS.SS., que no sabe qué hacer, si continuar con Baldomero , irse con Ildefonso , o irse la casa de acogida que le proporcionó un cura. Serafina no quiere que le quiten el bebé, aunque se lo den al padre, pero que no sea tutelado.

En entrevista posterior de fecha 1 de julio de 2022, viene acompañada de Ildefonso , comenta que se quiere hacer cargo del nuevo hijo y del que puedan recuperar de protección, que Ildefonso vive con su hermano, pero que está buscando vivienda con distanciamiento de Baldomero , con el que ha tenido algún enfrentamiento.

En entrevista telefónica de 7 de julio de 2022, tras llamada a Serafina , para insistirle facilite los datos de Ildefonso , comenta que él no quiere proporcionarlos a servicios sociales, y que cree que su nombre es Juan Manuel . Comenta que ha discutido con Ildefonso , porque él le debe dinero y no se lo quiere devolver. Baldomero le rajó las ruedas del coche, y ella le prestó dinero para arreglarlo, porque lo necesita para trabajar. Ahora, dice que no tiene claro de si se va o no con Ildefonso a vivir. Teme que Ildefonso se quede con el bebé.

En la valoración se hace referencia a

"[...] situación familiar totalmente inestable. Tan pronto elaboran planes de futuro juntos, de los que se duda de la viabilidad de esa planificación, si realmente va a ser posible o simplemente "son castillos en el aire", como que ante una discusión se replantee dichos planes. La conducta de Serafina sigue siendo inmadura, tanto por los motivos por los que establece nuevas relaciones como por la inseguridad de con qué pareja continuar o donde vivir, como por las expectativas de trabajo. Así como Ildefonso al no aceptar, según Serafina , la situación que está inmersa ella y el bebé en relación con el Sistema de Protección del Menor y la necesaria intervención e identificación de su persona".

(viii) El informe social de 31 de agosto de 2022, igualmente, emitido por la trabajadora social doña Rebeca , del Ayuntamiento de Mora, expone los siguientes puntos de interés:

"Se continúa con el seguimiento familiar dado el avanzado estado de gestación de Serafina y la inminente vuelta de Cosme a la unidad familiar.

"Entrevista el 8/8/22, asisten Serafina y Baldomero junto a la Educadora y Trabajadora Social.

"Fue Baldomero el que llamó insistiendo en volver a servicios sociales para continuar la intervención, muestra más interés por continuar la intervención, pero luego no toma ninguna decisión respecto a la situación de pareja y de la llegada del nuevo bebé, se muestra pasivo y a la espera que Serafina tome las decisiones.

"Se observa muy mala relación entre ellos, no tienen claro que van a hacer cuando nazca el bebé en caso de que no haya retirada. Baldomero no pone impedimento en hacerse cargo del bebé, pero le deja la decisión a Serafina y ésta finalmente en la última entrevista el 22/8/22, manifiesta que va a dar los apellidos ella sola al bebé y que si luego cuando nazca el padre quiere dárselos van al Juzgado y lo cambian. Refiere que Ildefonso (supuesto padre del bebé), no quiere que Baldomero le dé los apellidos al bebé, pero él hasta que no nazca no sabe si se va a hacer cargo.

"Se le dijo que nos trajera el documento de identidad/NIE y no lo entrega, que él no quiere saber nada de Servicios Sociales.

" Serafina está asistiendo a las citas de seguimiento en el Hospital y con la matrona, se encuentra en riesgo por el consumo de tóxicos que tuvo ... refiere que actualmente fuma tabaco "muy poco", pero dicho consumo, aunque poco es perjudicial para el bebé.

"Va a continuar con Baldomero como pareja, continúan con una relación muy conflictiva con continuas discusiones, al preguntarles a los dos porqué van a seguir juntos si no se aguantan, Baldomero refiere que quiere mucho a Serafina y Serafina dice que ella ni lo quiere ni quiere estar con él pero él no le deja irse ... NO ES UNA RELACIÓN AFECTIVA SOLAMENTE INSTRUMENTAL (los dos se aprovechan mutuamente de la relación, ella por motivos económicos y los de él se desconocen ...).

"Comenta que cuando nazca el bebé quien la va a acompañar al hospital será su madre, observando una absoluta pasividad del padre respecto al nacimiento de su hijo y las necesidades que puedan tener tanto él como Serafina ".

3.7 El nuevo entorno fáctico, el interés superior del menor y la estimación del recurso

Pues bien, a la hora de proceder a la resolución del presente recurso, no podemos prescindir de los hechos posteriores a la inicial intervención administrativa, como hemos venido razonando.

En este sentido, la sentencia 170/2016, de 17 de marzo, señala que: "A la hora de llevar a cabo tal ponderación resultan relevantes los informes sobre el seguimiento y evolución del menor, de los que se infiere el beneficio que supone para Leonardo el acogimiento preadoptivo que se impugna".

Por su parte, la STS 720/2022, precisa que no "bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida".

Pues bien, en el caso presente, resulta que se ha constatado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor, en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de Cosme . Inmadurez de Serafina , incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación de Baldomero en la asunción de la crianza de un menor. Los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de Cosme con sus padres.

Todo ello, unido a la situación actual del niño en su familia de acogida, con la que convive poco después de su nacimiento, en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno de Cosme con sus progenitores, en el cuadro contextual antes descrito, le produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo, contraria a su prevalente interés superior.

Siendo este último, "la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos" (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2).

Esta proclamación de la vigencia de interés superior del menor se refleja en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional (SSTC 141/2000, de 29 de mayo; 124/2002 , de 20 de mayo; 71/2004, de 19 de abril; 11/2008, de 21 de enero; 176/2008, de 22 de diciembre; 47/2009, de febrero; 127/2013, de 3 de junio; 144/2013, de 14 de julio; 138/2014, de 8 de septiembre; 23/2016, de 15 de febrero; o, más recientemente, 77/2018, de 5 de julio; 64/2019, de 9 de mayo; 99/2019, de 18 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril; 113/2021, de 31 de mayo), como la desarrollada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, por citar algunas de las más recientes, sentencias 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre entre otras muchas; así como, también, la propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; 25 de febrero de 1992, caso Andersson; 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; 24 de febrero de 1995, caso McMichael; 9 de junio de 1998, caso Bronda; 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal; 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos; 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia; 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros también contra Francia; 12 de noviembre de 2013, caso Söderman contra Suecia; 18 de febrero de 2014, caso Fernández Cabanillas contra España entre otras muchas).



En el contexto analizado, el recurso de casación debe ser estimado y confirmada la resolución administrativa de intervención, lo que implica la revocación de la sentencia del tribunal provincial, por todo el conjunto argumental expuesto.

CUARTO.- Costas

La estimación de los recursos extraordinarios interpuestos, así como el de apelación, conducen a que no se haga especial condena en costas (art. 398 LEC). Tampoco se imponen las costas de primera instancia siguiendo, al respecto, el criterio del juzgado, ratificado por la Audiencia.

FALLO

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

1.º- Estimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos, casar la sentencia recurrida 263/2021, 9 de diciembre, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Toledo, en el rollo de apelación 416/2021, sin imposición de costas.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, contra la sentencia 111/2021, de 14 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo, en los autos de medidas de protección de menores 169/2020, y, en consecuencia, revocamos la referida sentencia, y desestimamos la petición de oposición a las medidas de protección de 19 de diciembre de 2019 y 7 de abril de 2020 de la Delegación Provincial de la Consejería de Bienestar Social de Toledo, formulada por D. Baldomero y D.ª Serafina , sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas correspondientes a ambas instancias.

3.º- Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

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.