

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION PRIMERA
GIRONA**

APELACION CIVIL

Rollo nº: 637/2013

Autos: oposición medidas en protección de menores(art.780 nº: 117/2012
Juzgado Violencia sobre la mujer 1 Girona

SENTENCIA Nº 16/14

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Doña Maria Isabel Soler Navarro

Don Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, veinte de enero de dos mil catorce

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 637/2013, en el que ha sido parte apelante Dña. , representada esta por la Procuradora Dña. I , y dirigida por el Letrado D. JOSÉ ENRIQUE PÉREZ PALACÍ; y como parte apelada GENERALITAT DE CATALUNYA SERVEI D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOL·LESCÈNCIA, representada por el y dirigida por el Letrado de la Generalitat, y siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Violencia sobre la mujer 1 Girona. en los autos nº 117/2012, seguidos a instancias de Dña. , representada por la Procuradora Dña. , y bajo la dirección del Letrado D. JOSÉ ENRIQUE PÉREZ PALACÍ, contra GENERALITAT DE CATALUNYA SERVEI D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOL·LESCÈNCIA, representada y dirigida por el Letrado de la Generalitat; y siendo parte el MINISTERIO FISCAL; se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** Que desestimo la demanda de oposición a las cuatro resoluciones administrativas de protección de menores de fecha 3 de julio de 2012 dictadas por el Servei d'Atenció a la Infància i l'Adolescència de Girona, dependiente del Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya, en sede de los expedientes administrativos núm.

..... y en relación a los menores

*formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña.
en nombre y representación de Dña. sin
expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes".*

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 20/9/13, se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO.- Se aceptan los que constan en la sentencia recurrida.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por DÑA.
contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Girona de fecha 20 de septiembre del 2013, en la que se desestimó la demanda interpuesta por dicha parte contra LA GENERALITAT DE CATALUNYA, SERVICIO DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA y en la que se impugnaban las resoluciones administrativas en las que se declaraba el desamparo de los hijos de la demandante y se asumían las funciones tutelares por parte de dicha entidad pública.

TERCERO.- Ante todo, es preciso empezar diciendo que la doctrina del Tribunal Supremo, declara, así en sentencias, entre otras, de 25 de junio de 1994 y 24 de abril de 2000, que la patria potestad se concibe en nuestro Derecho positivo y en general en los ordenamientos jurídicos modernos, dentro de aquél en los artículos 154 a 161 del Código Civil, como instrumento que, puesto al servicio de los hijos y constituido en beneficio de ellos, entraña esencialmente deberes a cargo de los padres, dirigidos, como declara el art. 39.2 y 3 de la Constitución, a prestarles asistencia en todo orden, de forma que todas las actuaciones judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, han de estar presididas por el principio de protección al interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 Nov. 1989, pronunciándose en el mismo sentido el art. 2 de la vigente Ley sobre Protección jurídica del Menor de 15 de enero de 1996. El citado artículo 39 de la Constitución señala que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, así establece la obligación de los padres de prestarles asistencia de todo orden tanto en la minoría de edad como en los demás casos en que legalmente proceda. Es por ello que sobre los progenitores pesa la obligación constitucionalmente impuesta de proteger especialmente a los hijos cuando estos precisamente por razón de su edad no pueden valerse por si mismos, siendo la patria potestad el mecanismo creado para cumplir tal finalidad protectora".

Examinado todo lo actuado y vista la documentación aportada se evidencia el grave incumplimiento de la patria potestad en la que incurrieron los padres de los menores objeto de la declaración de desamparo. Ello motivó, justificadamente, que, la Administración encargada de la protección de menores, acordara la suspensión de la patria potestad de los padres y la asunción de la tutela legal. Y lo cierto es que la recurrente en su recurso no niega la situación de desamparo de los hijos y ello se confirma cuando en el suplico se interesa el mantenimiento de las funciones tutelares de la DGAIA. Si ello es así, aunque pretenda el retorno de los hijos bajo su custodia, previo el establecimiento de un régimen progresivo de visitas, difícilmente puede sostenerse la vulneración del Convenio Europeo de derechos humanos y de la Constitución Española, y cuando la entidad tutelar no está negando el retorno de los hijos a la familia. Si como dice el artículo 5.3 de la Ley 14/2010 y resalta la sentencia recurrida que toda decisión deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de los intereses del niño, es claro que cuando se adoptaron las medidas no se estaba infringiendo dicha normativa, pues existían causas más que justificadas para que se protegiera a los menores, en lo cual no vamos a insistir, pues la sentencia las relata de forma minuciosa y la recurrente no lo impugna.

Por la Administración protectora no se ha dictado ninguna otra resolución relevante respecto a la protección de los menores, fuera de la resolución de 3 de julio del 2012 que declaró el desamparo preventivo y la de 3 de mayo del 2013 que ratificó dicha situación, manteniendo las medidas acordadas. Establece el artículo 123 de la Ley 14/2010 que 1. Las resoluciones que acuerdan las medidas de protección son impugnables ante la autoridad judicial, sin necesidad de reclamación previa por la vía administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución que se impugna. 2. A pesar de lo establecido por el apartado 1, una vez transcurrido el plazo de un año establecido por el artículo 115 o confirmado judicialmente el desamparo, los progenitores no pueden oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del niño o el adolescente, salvo la resolución que acuerde el acogimiento preadoptivo, siempre que, en este caso, los progenitores no hayan sido privados de la potestad parental.

Lo primero que debe examinarse en la impugnación de estas resoluciones es si concurre la causa de desamparo y la respuesta no puede más que ser afirmativa. Por lo que si ello es así la demanda deberá desestimarse. A la vista de la sentencia del TS de 31 de julio del 2009, que ya cita la sentencia recurrida, podría valorarse si al momento de dictarse la resolución han desaparecido las causas que motivaron el desamparo, en cuyo caso, debería revocarse el mismo. Si ello no es así la Ley no autoriza a que el Juez o Tribunal proceda a fijar unas medidas de protección distintas a las adoptadas, como hemos visto en el artículo citado.

El artículo 122 de dicha Ley dice que "Las medidas de protección pueden ser revisadas y modificadas en cualquier momento en función de la evolución de la situación del niño o el adolescente. Con esta finalidad, los equipos técnicos competentes deben informar semestralmente al órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes de la evolución de la situación y del seguimiento que realizan de la misma.". Por lo tanto, si las resoluciones impugnables son la declaración del desamparo y las medidas de protección adoptadas, y la medida de acogimiento preadoptivo, difícilmente puede el Juez o tribunal establecer un régimen de visitas previo a un retorno a la familia.

Y es que no puede ser de otro modo, sobre todo, cuando la protección de los menores tiene como causa un incumplimiento grave de las funciones parentales que han afectado de una forma relevante a la salud física y psíquica de los niños. Como se desprende del artículo 122 citado, es necesario que los equipos técnicos realicen seguimientos semestrales de la situación y a la vista de estos seguimientos deben ir revisando y modificando las medidas de protección adoptadas, sin que en ello tenga competencia la autoridad judicial, la cual solamente vuelve a intervenir si se decide el acogimiento preadoptivo. Por lo que no puede aceptarse es que la autoridad judicial pueda intervenir en los términos solicitados por la recurrente de que se fije un régimen progresivo de relación entre la madre y los hijos, a parte de que no existen elementos de prueba relevantes como para fijar lo más conveniente para los niños.

Nada impide que dentro del proceso de impugnación de la declaración y ratificación del desamparo, se pueda examinar, teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, si los objetivos pretendidos por la Administración Pública y que pretende con las medidas que vaya adoptando o modificando se consideran correctos. Es claro que existía una situación grave de incumplimiento de las funciones parentales, que las medidas de protección adoptadas fueron correctas y que el retorno de los menores, especialmente a la madre, debe hacerse con prudencia. Tiene razón la parte recurrente que el retorno, especialmente de la hijas, a la custodia de la madre debe ser el objetivo de las medidas de protección acordadas, pues a pesar de dicho incumplimiento, debe valorarse las razones del mismo. La Sra. es claramente víctima junto con sus hijos de una situación de violencia provocada por el padre, como se desprende con claridad del informe del EAIA, ante lo cual fue incapaz de ejercer debidamente sus funciones con los hijos, por lo que su incumplimiento no deriva de actos dolosos o negligentes graves para sus hijos, sino de una incapacidad física y especialmente psíquica para superar lo ocurrido. El que realmente ha provocado toda la situación que motivó la intervención de la Administración fue el padre, al cual desde luego no podría serle retornada la custodia de los hijos ni el ejercicio de las funciones parentales. Por el contrario si se aprecian elementos para que el objetivo de todas las medidas de protección que la Administración considere oportuna, es que retorne bajo la custodia de la madre, sin perjuicio, de que si finalmente no se dan las condiciones de que así ocurra no se acuerde tal decisión y se inicie el acogimiento preadoptivo, en cuyo momento podrá volverse a valorar esta decisión. Sin embargo, dentro de tal objetivo, lo que no se acaba de apreciar es que las decisiones de la Administración sean del todo acertadas. En primer lugar, que se establezca el mismo régimen de visitas para el padre como para la madre, cuando aquel ha sido el incumplidor y el causante de toda la situación, y ésta no ha sido más que otra víctima. En segundo lugar, sin desconocer la incapacidad de la madre para el ejercicio de las funciones parentales, existe un intenso vínculo afectivo entre las tres hijas y la madre, que puede perderse con un régimen tan restrictivo de visitas, considerándose que hubiera sido más aconsejable una relación algo superior con la madre y ninguna con el padre. El tercer lugar, aunque se alega que las relaciones entre la madre y las hijas se ha ampliado, no consta que se haya elaborado un plan de las relaciones entre ambas partes para mantener tal relación afectiva y que ello tenga como objetivo el retorno de las hijas con la madre.

Ya hemos dichos que ni es función de los tribunales ir estableciendo las

medidas de protección concretas que deben irse adoptando, ni se tienen los elementos suficientes para hacerlo, pero si que se constata que ante el tiempo transcurrido, no se hayan potenciado, especialmente, las relaciones afectivas entre la madre y las tres hijas, para intentar como objetivo el retorno de las menores con la madre.

CUARTO.- Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto, pero teniendo en cuenta tales consideraciones y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede pronunciamiento sobre las costas teniendo en cuenta las circunstancias especiales de este procedimiento.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por Dña. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Girona, en los autos de Oposición de medidas en protección de menores (art. 780) núm. 117/12, con fecha 20/9/13, y **CONFIRMAR** la misma, pero teniendo en cuenta que el objetivo de las medidas de protección adoptadas y que se han adoptado deben ser las del retorno de las tres hijas con la madre, si lógicamente se considera que se dan las condiciones para ello, y para lo cual deberá incentivarse la relación afectiva entre madre e hijas en los términos que considere procedente la Administración protectora y previos informes de los técnicos, sin pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Librense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo.

Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Ferrero Hidalgo, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.

Cabecera	
Remitente:	[1707937001] SECCIÓN Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Girona, Girona
Asunto:	Recurs d'apel·lació
Fecha LexNET:	23/01/2014 09:15:00
Datos particulares	
Remitente:	[1707937001] SECCIÓN Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Girona, Girona
Destinatario:	CANAL PIFERRER, MA MERCE [49]
Nº procedimiento:	20130000637
Tipo procedimiento:	RAP
Descripción:	22. SENT. confirmat. LEC 1/2000
NIG:	
Su referencia:	-
Ident. en LexNET:	201410039090547
Archivos adjuntos	
Principal:	04124_20140122_1107_0010292181_01.rtf
Anexos:	
Lista de Firmantes	
Firmas digitales:	-

Referencias Procurador	
Mi Ref	69045
Cliente	FATIMA EL KHATIBI RARHIB
Contrario	GENERALITAT.
Abogado	JOSE ENRIQUE PEREZ PALACI