

Roj: **STS 5185/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5185**Id Cendoj: **28079110012013100597**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/11/2013**Nº de Recurso: **2646/2012**Nº de Resolución: **663/2013**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio de protección de menores nº 5/20010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Las Palmas, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Rosaura , el procurador Maria Jesús Ruiz Esteban. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Letrado del servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (Dirección General de Protección del Menor y de la Familia).

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO .- 1.-** El procurador don Gerardo Pérez Almeida, en nombre y representación de doña Rosaura , interpuso demanda de juicio sobre protección de menores, contra la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (Dirección General de Protección del Menor y de la Familia) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se tenga por formulada oposición a la resolución administrativa de la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno Canarias que acuerde interrumpir de forma cautelar, el régimen de visitas, estancias y comunicaciones de la menor Africa con su madre y el resto de su familia biológica, dado que se trata de una medida arbitraria que no ha sido autorizada ni sancionada judicialmente y que afecta de manera evidente a los derechos de la menor, a su salud, integridad y estabilidad emocional, como se fundamenta en el cuerpo de este escrito, todo ello a fin de que sea anulada dicha resolución arbitraria y se restablezcan las visitas y comunicaciones entre madre e hija .

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

**2.-** La Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimatoria de la demanda.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Las Palmas de Gran Canarias, dictó sentencia con fecha 13 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que debo desestima y desestimo la demanda de oposición a resolución administrativa de protección de menores interpuesta por el Procurador don Gerardo Pérez Almeida, en nombre y representación de doña Rosaura , contra el Gobierno de Canarias Dirección General de Protección del Menor y de la Familia en virtud de lo cual, se confirma*



la resolución de 23/07/2009 y se acuerda suspender las visitas madre e hija, así como la atención psicología de la menor para favorecer la desvinculación materno-filial si ello fuera necesario.

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Rosaura y por el Ministerio Fiscal, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 13 de julio de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimamos los recursos de apelación interpuestos por doña Rosaura así como el Ministerio Fiscal contra la sentencia de fecha 13 de julio de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de las Palmas de Gran Canarias, la cual confirmamos en su integridad sin expresa imposición a los apelantes de las costas de esta alzada*

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia **interpuso recurso de casación** la representación procesal de doña Rosaura con apoyo en los siguientes: **MOTIVOS:PRIMERO**.- Al amparo del art. 477.2.3. de la LEC por cuanto la sentencia recurrida resuelve una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación a la interpretación que debe darse al art. 161 del Código Civil. **SEGUNDO**.- Infracción de la doctrina jurisprudencial establecida por esta Sala en relación a la obligatoriedad de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/96 de 156 de enero, de protección jurídica del menor sobre audiencia del menor. **TERCERO**.- Infracción de la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala en relación a la necesidad de que exista un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor que justifique la suspensión de las visitas.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 30 de abril de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia presentó escrito de impugnación al mismo, y la estimación de los dos primeros.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del tercer motivo del recurso de casación, y la estimación de los dos primeros.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias, con fecha 23 de julio de 2009, dictó resolución acordando lo siguiente:

1º) Interrumpir, de forma cautelar, durante un periodo de seis meses, las visitas, estancias y comunicaciones de la menor con su madre y con el resto de su familia biológica.

2º) Instar inmediatamente la correspondiente suspensión ante el órgano judicial.

Esta resolución fue impugnada por la madre biológica de la menor la cual fue resuelta por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Las Palmas. La sentencia desestimó la demanda y acordó suspender las visitas de la madre e hija, así como la atención psicológica de la menor para favorecer la desvinculación paterno filial, si ello fuere necesario.

La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación formulados tanto por la madre como por el Ministerio Fiscal. Contra esta sentencia se alza el recurso de casación.

**SEGUNDO**.- El primer motivo se formula por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación a la interpretación que debe darse al artículo 161 del CC. Se mencionan las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra - Sección 3ª- de fechas 26 de febrero de 2007 y 6 de julio de 2012, en las que se sostiene que la Administración tiene potestad para suspender cautelarmente las visitas, conforme a lo prevenido en el artículo 19 de la Ley Gallega de Familia, Infancia y Adolescencia, y el artículo 172 del Código Civil, si bien ha de ser el Juez de Familia quien ratifique la medida en caso de oposición. Se citan también las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria -Sección 2ª- de 29 abril y 13 de mayo del de 2010, que mantienen que la resolución administrativa que deniega las visitas infringe groseramente lo dispuesto en el artículo 161 del CC y artículo 56 de la Ley Cantabra de Protección de la Infancia y Adolescencia, debiendo ser la Administración quien solicite de la autoridad judicial la suspensión del derecho. Finalmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de septiembre de 2003, 30 de noviembre de 2005 y 9 de enero



de 2006 , en las que se sostiene que la competencia para suspender el derecho de visitas es de exclusiva competencia de los órganos judiciales, conforme al artículo 161 del CC .

Dice la sentencia lo siguiente: *"la Ley 1/1997 no aborda la suspensión cautelar de las visitas, pero que sin embargo tampoco la descarta, pudiéndose encontrar habilitación competencial en el art. 10-2 ñ (o incluso en la 10- 2-ñ), como indica la brillante sentencia del juzgador "a quo", señalando la 10-2- n como competencia autonómica: "Las que deriven o se relacionen con las anteriores que se consideren integrantes de las funciones de protección, amparo y reeducación de los menores, aun cuando no estén específicamente previstas en esta Ley y 47 de la Ley de Atención Integral a los Menores, como con acierto expresa el juzgador "a quo". Igualmente el art. 10-2- k ) concede competencia para " La autorización, inspección y control de los servicios, hogares funcionales y centros de atención a los menores.", y una función de control del centro de acogimiento es lógicamente regular las visitas de la familia de origen del menor. Pero es que además el art. 173-3º del C.C . prevé que en el documento de constitución de acogimiento familiar se regulen las visitas, siendo elaborado el documento por la entidad pública de protección de menores. Eso sí, bajo control del M. Fiscal y del Juzgado. Y no existe razón para negar una competencia a la Administración en los acogimientos residenciales que se encuentran bajo mayor tutela del ente público si cabe que el familiar.*

*En resumen, hay base para legitimar una competencia siquiera provisoria, y sujeta a conocimiento y control judicial, de regulación e inclusive suspensión de las visitas del menor acogido con los padres biológicos o familiares".*

La Sala, con el Ministerio Fiscal, no comparte este criterio de la sentencia.

Según el artículo 161 del Código Civil la competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que dicho precepto haya sido expresa o tácitamente derogado por ningún otro de igual o superior rango, y sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa.

Y si bien este artículo 161 tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores - STS 11 de febrero 2011 -, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los artículos 3, 9 y 18 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del niño y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; así también el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

Pues bien, la afirmación de la sentencia de que, acordada la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medida, por lo que la medida cautelar, en sí misma, no es nula y lo que podía haberse atacado es la falta de notificación al tribunal, lo que no se hizo, no se corresponde ni con el artículo 161 ni con lo dispuesto en la Convención. Si conforme al artículo 160 del CC los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo 172,1 CC . La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso, en el que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar, para acordarla, con la debida autorización judicial.

**TERCERO.-** El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se desestima. Cierto es que el artículo 9 de la Ley 1/96 , establece el derecho del menor a ser oído "tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social" y que "se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio", y cierto es también que el artículo 154.2 del CC establece este mismo derecho, antes de adoptar decisiones que les afecten, "si los hijos tuvieren suficiente juicio". Especialmente, debe tomarse en cuenta el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño por la que los Estados Partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión



libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Es lo que hace la STS 11 de junio 1996, citada en el motivo, bien es cierto que ante el "cambio operado en el estado litigioso ya que la edad del menor (nacido el NUM000 de 1982) era sólo de siete años al tiempo de plantearse la demanda, mientras que al presente el menor ha cumplido los catorce años lo que coloca al entonces infante en el inicio de la pubertad, y ante un mayor grado de discernimiento y de enfoque autónomo en su toma de decisiones", lo que no ocurre en este caso.

Pues bien, aun admitiendo que la madre no es ningún tercero en este procedimiento para solicitar que su hija menor ejerza el derecho a ser oída en el curso de las actuaciones, y que la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor por la supresión del régimen de visitas a favor de su madre, y lo que dicha parte alega como causa de su recurso no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, que tiene en cuenta el deseo de la menor de mantener estos contactos, los que sin embargo se niegan por razones directamente vinculadas a su interés, que no se identifica necesariamente con lo expresado por ella, pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social. La considera, por tanto innecesaria, máxime cuando había sido explorada "en el curso de las pruebas periciales por parte del Gabinete Psicosocial, así como ha manifestado su opinión de forma clara a los largo de todo el procedimiento administrativo", como dice la sentencia, posibilidad que, como resulta del artículo 9 LO 1/1996, de 15 de enero, puede suplir la exploración judicial.

**CUARTO.-** En el motivo tercero se dice que la sentencia vulnera la doctrina de esta Sala relativa a la necesidad de que exista un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor que justifique la suspensión de las visitas.

Se desestima. La jurisprudencia es clara y reiterada respecto del derecho de visitas, especialmente en los casos de suspensión, y siempre referida a unos hechos concretos que en el caso la sentencia ha valorado como determinantes para mantener la medida a través de un análisis detallado de todos ellos mediante las pruebas que se han practicado, como también ha valorando el interés superior de la menor directamente afectada por la influencia perniciosa que ejerce sobre la misma su madre. Volver sobre ello, supondría convertir a esta Sala en una tercera instancia, lo que no es posible.

**QUINTO.-** De acuerdo con lo razonado, y con apoyo en el informe del Ministerio Fiscal, procede casar la sentencia únicamente en lo que se refiere a la resolución dictada por la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias, de fecha 23 de julio de 2009, que se deja sin efecto. Se mantiene en todo lo demás; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1. Estimar el recurso casación formulado por Doña Rosaura, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas -Sección 3ª-, de fecha 18 de julio 2012.

2. Casar la sentencia en el único sentido de dejar sin efecto la resolución dictada por la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias, de fecha 23 de julio de 2009.

3. Se mantiene en todo lo demás; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas por el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando



Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ