



Roj: **STS 5668/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5668**

Id Cendoj: **28079110012016100720**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **3389/2015**

Nº de Resolución: **740/2016**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1603/2015,**
STS 5668/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto los recursos de casación interpuestos, contra la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2015 por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, recaída en el recurso de apelación núm. 224/2015 dimanante de los autos de juicio verbal número 488/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mahón, sobre protección de menores. Han comparecido ante esta Sala en calidad de partes recurrentes: - Doña Susana , representada por la procuradora doña Gracia López Fernández. - Don Miguel Ángel , representado por el procurador don José Constantino Calvo Villamañan. Ha comparecido en calidad de parte recurrida el Consell Insular de Menorca, representado por el procurador don Carmelo Olmos Gómez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña María José Bosch, en nombre y representación de doña Susana , y don Miguel Ángel , interpuso escrito inicial de oposición a las resoluciones administrativas 20138/280 y 2012/281 del Consell Insular de Menorca, dictado por la Consejería Ejecutiva del departamento de Bienestar Social y Juventud, de fechas 10 y 11 de julio de 2013.

2.- Presentada la solicitud por el secretario Judicial, se requirió al Consell Insular de Menorca para que remitiera testimonio completo del expediente con las resoluciones administrativas impugnadas, emplazándose posteriormente a las partes para que presentaran la correspondiente demanda.

3.- La procuradora doña María José Boch Humbert, en representación de doña Susana , formuló demanda de oposición y suplicó al Juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO: Que, teniendo por presentado este escrito, y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, tenga por instada demanda de oposición a las Resoluciones Administrativas 2013/280 de fecha 10 de julio de 2013, 2013/281 de fecha 11 de julio de 2013 y 2013/376 de fecha 12 de septiembre de 2013, dictadas por la Consejera Ejecutiva del Departamento de Bienestar Social y Juventud del Consell Insular de Menorca, por las que se adoptan las medidas de protección sobre el menor Everardo consistentes en el establecimiento de un nuevo régimen de visitas con la madre y el padre, limitando las primeras a una mensual y al segundo una cada dos meses, y se procede a acordar el acogimiento familiar y eliminar los regímenes de visitas, y siguiendo los trámites legales, con intervención del Ministerio Fiscal, dicte sentencia acordando dejar



sin efecto las citadas resoluciones y devolver la patria y potestad del menor a sus padres, la guarda y custodia a la madre, estableciéndose un régimen de visitas ordinario para el padre.»

4.- La procuradora doña Begoña Jusue Hernández, Procuradora de los Tribunales, en nombre representación de don Miguel Ángel , formuló demanda solicitando al Juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO: Que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, tenga por instada demanda de oposición a la resolución, de fecha 12 de septiembre de 2013 y anteriores (así como cualquier otra posterior que se hubiera dictado sin ser notificada a esta parte), y siguiendo los trámites legales, con intervención del Ministerio Fiscal, dicte sentencia acordando dejar sin efecto las resoluciones y devolver la guarda y custodia del menor a su madre; condenando en costas a la demanda si se opone a la demanda.»

Que subsidiariamente en caso de no admitir la devolución de la tutela a la madre, se declaren no conforme a derecho las resoluciones impugnadas, las tenga por no puestas y acuerde estar en su caso a la anterior recogida en sentencia firme 125/2013.»

5.- Admitida a trámite la demanda, se se dio traslado a la demandada y al Ministerio Fiscal para que compareciesen y contestasen a la demanda en el plazo de veinte días.

6.- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda y estimando la admisión de la misma, solicitó la correspondiente vista.

7.- La procuradora doña Catalina Gomis Bosch, en nombre y representación de Consell Insular de Menorca contestó a las demandas formuladas por don Miguel Ángel y doña Susana , suplicó al Juzgado:

«...dicte sentencia mediante la cual se desestime íntegramente la demanda, declarado ajustadas a Derecho las Resoluciones objeto de este Procedimiento, adoptadas en beneficio del menor.»

8.- El Juzgado dictó sentencia el 13 de marzo de 2015 cuyo fallo es como sigue:

«Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales doña María José Bosch y doña Begoña Jusué en nombre y representación de doña Susana , y don Miguel Ángel contra Consell Insular de Menorca debo declarar que no procede revocar las resoluciones 2013/280, 2013/281 y 2013/376 dictadas por el Consell Insular de Menorca.

Sin condena en costas.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de doña Susana , y don Miguel Ángel , correspondiendo a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 224/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«Desestimamos los recursos de apelación planteados por DOÑA Susana , representada por el Procurador Don Xim Aguiló de Cáceres Planas y DON Miguel Ángel , representado por el Procurador Don Luis Enríquez de Navarra Muriedas, frente a la sentencia dictada el día 13 de marzo de 2.015 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mahón , resolviendo el juicio del que el presente rollo deriva. Estimamos el recurso de apelación promovido contra la misma resolución por el CONSELL INSULAR DE MENORCA, representado por la Procuradora Doña Maribel de Juan Danús. En consecuencia, confirmamos en todos sus extremos la mencionada resolución, con excepción del pronunciamiento que acuerda remitir oficio a la entidad de protección de menores de residencia del menor, en los términos que interesó el Ministerio Fiscal y según resulta del fundamento jurídico cuarto de la sentencia y tercer párrafo de su parte dispositiva, pronunciamientos que quedan sin efecto alguno. No procede imponer las costas de segunda instancia. Recursos. - Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal. Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días. No obstante



lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial n.º 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.»

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La procuradora doña Gracia López Fernández, en nombre de doña Susana , así como el procurador don José Cosnstantino Calvo Villamañan, en nombre y representación de don Miguel Ángel , interpusieron sendos recursos de casación y en ambos recursos se citan como preceptos legales infringidos los artículos 39 CE , artículo 172.4 CC y artículo 9 de la declaración de los derechos del niño, en orden al interés superior del menor que la sentencia sería infringido. Citan las SSTs 14 noviembre 2011 y 21 febrero 2011 ; que consagran la primacía de ese interés en la adopción de la medida atinente a separar al menos de su familia, siendo principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: a) la supremacía del interés del menor; b) mantener a éste en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para él, y c) su integración familiar y social.

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 1 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Susana contra la sentencia dictada, con fecha 4 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 224/2015 dimanante de los autos de juicio verbal de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mahón.

2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal D. Miguel Ángel contra la sentencia dictada, con fecha 4 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 224/2015 dimanante de los autos de juicio verbal de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mahón.

3º) Y entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 10 de octubre de 2016 se nombró ponente al Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Los demandantes doña Susana y don Miguel Ángel ejercitaron acción de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores contra Consell Insular de Menorca.

2.- Las resoluciones a las que se oponen son:

(i) Resolución 2013/280 de 10 de julio de 2013, por la que se reducían las visitas de don Miguel Ángel con su hijo menor, limitándose a una visita cada dos meses de una hora de duración.

(ii) Resolución 2013/281 de 11 de julio de 2013, por la que se reducían las llamadas telefónicas de doña Susana con su hijo menor Everardo a una llamada mensual de una hora de duración con carácter supervisado.

(iii) Resolución 2013/376 de 12 septiembre 2013, por la que se dejaba sin efecto la medida de acogimiento residencial del menor Everardo y se autoriza la constitución de un acogimiento familiar en la modalidad de preadoptivo dejando sin efecto el acogimiento residencial.



3.- Doña Susana alega que las decisiones se adoptaron de forma precipitada, sin informes técnicos, sin trabajar con ella en orden a restablecer la relación con el hijo y sin comprobar la existencia de una familia extensa con la que pudiese estar el menor.

4.- Don Miguel Ángel alega en síntesis lo mismo, reprochando que las decisiones se tomaran sin seguir el protocolo de actuación para tender a la relación del hijo con los padres en vez de separarlos.

5.- Tales alegaciones fueron negadas por la institución demandada, y el Ministerio Fiscal, si bien reconoció la falta de adecuación de las medidas adoptadas en cuanto a los trámites seguidos para dictar las resoluciones impugnadas, sin embargo interesó su confirmación atendiendo al interés superior del menor y a la consecución de una estabilidad para el mismo.

6.- El Juzgado dictó sentencia en la que, tras un pormenorizado análisis de la documental e informes obrantes en autos, alcanzó la conclusión de que los técnicos del Consell no siguieron en sus actuaciones las pautas que hubieran tenido que ser necesarias para conseguir la reinserción de Everardo con su familia biológica.

Sin embargo, y a pesar de ello, decide desestimar la demanda en atención al interés superior del menor, con apoyo en el informe de la psicóloga del Juzgado.

El menor ha realizado un buen proceso de adaptación a su nueva familia acogedora y, lo que es más importante, serían gravísimas las consecuencias que podría tener el retorno del menor a Menorca, poniendo de manifiesto la psicóloga que un nuevo proceso de cambio y desarraigo del menor sería muy perjudicial para su estabilidad.

7.- La anterior sentencia fue recurrida en apelación, en lo que ahora es de interés, por la parte actora, correspondiendo el conocimiento del recurso a la Sección de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que dictó sentencia el 4 de septiembre de 2015 desestimando los recursos interpuestos por doña Susana y don Miguel Ángel .

8.- El Tribunal de apelación comienza la motivación de su decisión citando la legislación que inspira los principios que deben regir en relación con la protección de los menores (Art. 39 CE , LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), siendo el principal de todos ellos preservar el superior interés del menor.

Precisamente, en aplicación de este principio, entiende que deben relativizarse las deficiencias en la actuación de la entidad pública de protección, pues todos los equipos técnicos coinciden en el hecho de que el superior interés del menor pasa por continuar su vida actual con la familia acogedora.

Destaca la sentencia para apoyar su decisión el informe de la psicóloga forense emitido el 26 de febrero 2015, en el que no ahorra críticas a la actuación del Consell pero afirma que «pese al injusto proceso de pérdida familiar al que se ha sometido al niño, en estos momentos un nuevo proceso de cambio y desarraigo sería muy perjudicial para la estabilidad del menor». En él la psicóloga recoge lo relativo a la exploración del menor, indicando que Everardo se encuentra feliz con la familia de acogida, le agrada el colegio al que asiste, sus amigos y las actividades que realiza y lo mismo sucede con los cuidados y atenciones que le dispensan los acogedores, con los que puede permitirse determinados beneficios materiales, mostrando sin embargo inquietud si es que tuviese que abandonar a su familia actual.

La psicóloga se desplazó a Pontevedra para llevar a cabo la citada exploración, concluyendo que pese al injusto proceso de pérdida familiar al que se ha sometido al niño, un nuevo proceso de cambio y desarraigo en este momento sería muy perjudicial para aquél.

Esta circunstancia es, a juicio del Tribunal, fundamental para adoptar su decisión, pues se trata de un menor de 10 años de edad, que se encuentra plenamente integrado con su familia acogedora, con la que en ese momento ya lleva dos años y con la que quiere permanecer e incluso conseguir disponer de sus propios apellidos, hallándose también plenamente integrado en la ciudad en la que vive y en su entorno escolar, debiéndose tener en cuenta al tomar estas decisiones la situación real existente en el momento de resolver, con cita de la STS de 31 de julio 2009 .

Pero es que, con independencia de todo lo anterior, añade la sentencia que: «no encuentra garantías de que la vuelta con su familia natural pudiese garantizar plenamente sus derechos, no debiéndose olvidar que en el seno de la misma, cuando el menor convivía con la apelante y su pareja Roberto y un hijo de éste, parece ser que Everardo fue agredido sexualmente por su primo en dos ocasiones, conformando sendos episodios que han dejado serias secuelas en el menor. No queremos decir con ello que la Sra. Susana tuviera algún tipo de responsabilidad en ello ni falta de diligencia por su parte, pues no le es reprochable su conducta en tal sentido, pero sí consideramos que el entorno familiar de la Sra. Susana no ofrece a Everardo la necesaria seguridad y estabilidad que le son necesarias.»



9.- La representación procesal de ambos demandantes interpusieron contra la anterior sentencia recurso de casación por razón de interés casacional por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En ambos recursos se citan como preceptos legales infringidos el art. 39 CE , art. 172.4 CC y art. 9 de la Declaración de los derechos del niño, en orden al interés superior del menor que la sentencia habría infringido. Citan las SSTs 14 de noviembre de 2011 y 21 de febrero de 2011 , que consagran la primacía de ese interés en la adopción de la medida atinente a separar al menor de su familia, siendo principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: a) la supremacía del interés del menor; b) mantener a éste en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para él, y c) su integración familiar y social.

Se denuncia la infracción del principio de reinserción en la propia familia biológica y el no haber agotado las posibilidades de acogimiento a través de la familia extensa.

10.- La Sala dictó auto el 1 de junio de 2016 admitiendo el recurso de casación interpuesto por cada uno de los demandantes y, previo el oportuno traslado, se opuso la parte recurrida a sendos recursos, si bien planteando una alegación previa de admisibilidad por pretender ambos atacar una situación de desamparo y asunción de tutela administrativa, que devino firme, así como el acogimiento residencial.

11.- El Ministerio Fiscal, con cita de doctrina jurisprudencial de esta Sala se opone a ambos recursos porque la sentencia recurrida cumple con los requisitos exigidos, desarrollando y concretando el superior interés del menor.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- Siendo coincidentes, en esencia, ambos recursos en sus alegaciones y en las infracciones que reprochan a la sentencia recurrida, van a merecer una respuesta conjunta; rechazándose su inadmisibilidad por cuanto en las sentencias de instancia, al igual que en los recursos, late el reproche que se hace a la entidad demandada de no haber seguido pautas necesarias para conseguir la reinserción del menor Everardo con su familia biológica. Es por ello que, partiendo de tal reproche que no han sido atacado, la controversia se circunscriba a si la reinserción es todavía posible sin que se vea perjudicado el supremo interés del menor

2.- La sentencia 170/2016, de 17 de marzo , con cita de otras precedentes, contiene una serie de declaraciones que son de suma relevancia para la decisión de los recursos, a saber:

(i) Cabe citar el artículo 11.2 LO 1/1 996 que establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños:

«a) La supremacía de interés del menor, b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social», para concluir que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS Sala 1ª de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012); y 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 subordinado 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).»

(ii) 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.

(iii) 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.- Tal ponderación, sin olvidar los reproches que en ambas instancias se hace a la entidad demandada, ha sido llevada a cabo por la sentencia recurrida, como detenidamente hemos reseñado en el resumen de antecedentes, poniendo el acento en el informe emitido por la psicóloga forense, que incluso se desplazó a



Pontevedra para explorar al menor, y del que se infiere que por el tiempo transcurrido, por la integración en la familia de acogida y su entorno, así como por los vínculos afectivos con la misma, no se considera beneficioso para él retornar a la familia natural, retorno que no puede predicarse que garantizase sus derechos, no por causa de la madre sino por el entorno familiar de ella.

4.- Por tanto, ante ese interés superior del menor debe ceder el de los padres biológicos recurrentes, no por motivos de recursos económicos, que sería contrario al artículo 18 LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, tras su modificación por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio con idéntica finalidad, si ese fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes ya entre el menor y sus acogedores, así como por las circunstancias que dieron lugar a las medidas iniciales de protección, de las que se hace eco el informe de la psicóloga forense.

5.- Consecuencia de lo anterior es la desestimación de ambos recursos de casación.

TERCERO.- En atención a que la desestimación de los recursos viene impuesta por el interés superior del menor, pero con unos previos reproches que podían inducir a la interposición de aquellos, no procede imponer las costas a los recurrentes.

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos de casación interpuestos por doña Susana , representada por la procuradora doña Gracia López Fernández, y por don Miguel Ángel , representado por el procurador don José Constantino Calvo Villamañan, contra la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2015 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, recaída en el recurso de apelación núm. 224/2015 dimanante de los autos de juicio verbal número 488/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mahón, sobre protección de menores. 2.º- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. 3.º- No imponer a los recurrentes las costas de los recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz