

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 11 febrero 2014

[JUR\2014\61532](#)



RECURSO DE CASACION: desestimación: denegación de adopción a familia de acogimiento provisional: inexistencia de interés casacional: el recurso de casación se plantea al margen de la ratio decidendi y de la base fáctica de la sentencia recurrida.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación Recurso extraordinario por infracción procesal 1033/2012

Ponente: Excmo Sr. Ignacio Sancho Gargallo

El TS **inadmite** los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos frente a la Sentencia, de fecha 07-02-2012, dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en autos de juicio de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores.

AUTO

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1

La representación procesal de D. Edmundo y D.ª Sonsoles presentó escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la [sentencia dictada el 7 de febrero de 2012 \(PROV 2012. 89079\)](#) por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 221/2011, dimanante de los autos de juicio de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores n.º 553/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Palma de Mallorca.

2

Por la indicada Audiencia Provincial se tuvo por interpuestos los recursos y se acordó la remisión de las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes.

3

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, han comparecido el procurador D. Jorge Pérez Vivas, en nombre y representación de D. Edmundo y D.ª Sonsoles, como parte recurrente, el procurador D. Alejandro González Salinas, en nombre y representación del Institut Mallorquí D#Afers Socials, y la procuradora D.ª Paloma Rubio Peláez, en nombre y representación de D. Leovigildo y D.ª Diana, como intervinientes en el proceso.

4

Por providencia de 16 de octubre de 2012 se acordó, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 484.1 LEC, oír a las partes personadas ante este Tribunal y al Ministerio Fiscal sobre la falta de competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos interpuestos y sobre la competencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

La representación procesal de los recurrentes presentó escrito en el que desistió del motivo segundo de casación y expuso que, en virtud de ese desistimiento parcial, la competencia para el conocimiento del recurso corresponde al Tribunal Supremo.

Por auto de 22 de enero de 2013 se acordó tener por desistidos a los recurrentes de las

cuestiones planteadas en el motivo segundo de casación y declara la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos.

5

Por providencia de 3 de septiembre de 2013 se acordó, en cumplimiento de los artículos 483.3LEC y 473.2,II [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , poner de manifiesto a las partes personadas la posible concurrencia de causas de no-admisión de los recursos.

La representación procesal de los recurrentes ha presentado escrito en el que expone las razones por las que considera que los recursos deben ser admitidos.

La representación procesal de la parte recurrida ha presentado escrito en el que solicita que los recursos no sean admitidos, con fundamento en las razones que expone.

La representación procesal de los intervinientes ha presentado escrito en el que solicita que los recursos no sean admitidos, con base en las alegaciones formuladas en el mismo.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , a los solos efectos de este trámite.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

PRIMERO

Son antecedentes necesarios para resolver sobre la admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los siguientes:

1. La sentencia recurrida se ha dictado en segunda instancia, vigente la reforma efectuada en la LEC por la [Ley 37/2011, de 10 de octubre \(RCL 2011, 1846\)](#) , en la regulación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en un juicio sobre oposición a dos resoluciones administrativas en materia de protección de menores, seguido por razón de la materia, por lo que la sentencia es susceptible de casación en la modalidad de existencia de interés casacional, de conformidad con el artículo 477.2.3.ºLEC , y de recurso extraordinario por infracción procesal en la forma establecida en la DF 16.ª LEC .

2. En la sentencia recurrida se desestimó el recurso de apelación de los demandantes, ahora recurrentes ante esta Sala, y, confirmando de forma expresa la fundamentación jurídica de la sentencia de primera instancia, se confirmó su fallo, en el que se acordó desestimar la demanda.

3. En síntesis, la controversia se contrae a la impugnación por los demandantes -como familia de **acogimiento** provisional de dos hermanos **menores** , con finalidad temporal, seleccionada del Banco de Familias Canguro- de las resoluciones administrativas que le niegan la posibilidad de adopción de dichos **menores**.

El fundamento de la desestimación de la demanda -teniendo en cuenta que la sentencia de segunda instancia impugnada ratifica la fundamentación de la sentencia de primera instancia, es en síntesis el siguiente: (i) la legislación en materia de protección de **menores** , presidida por el principio de *favor minoris* [interés del **menor**] no puede flexibilizarse ni subvertirse por criterios particulares; (ii) la pretensión de los demandantes, como familia de **acogimiento** temporal, es voluntarista, llevada por el altruismo de ayuda a los **menores** , pero carece de apoyo legal; (iii) de acuerdo lo establecido en la ley no concurre ninguna circunstancia que permita declarar el derecho de los demandantes, como familia de **acogimiento** temporal, a iniciar el proceso de adopción de los **menores** ; (iv) la familia acogedora no supo entender el carácter temporal del **acogimiento** y no colaboró con la administración para facilitar la transición de los **menores** con la familia de adopción.

Implícito en las sentencias de las instancias está -a través de la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de primera instancia, asumida por la sentencia de segunda instancia- que no ha quedado acreditado que el paso de los **menores** al establecimiento de acogida y con la familia de adopción sea perjudicial para los **menores** , de igual forma, se deduce de ellas que las resoluciones administrativas impugnadas están justificadas porque se ajustan a la legalidad vigente y porque la

actitud de la familia de **acogimiento** temporal no fue la propia de esta situación.

4. El escrito de interposición de los recursos se plantea, en síntesis, en los siguientes términos:

a) El recurso de casación -prescindiendo del motivo segundo del que se ha desistido- se formula, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a las sentencias del Tribunal Supremo que se citan, en relación con la infracción de los artículos 9.1 CDN, 39.1 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#), 11.2 b) y 15 de la [LO 1/1996, de 15 de enero \(RCL 1996, 145\)](#), de protección jurídica del menor, con la infracción de los artículos 173 bis1CC y 21.1 de la citada LO 1/1996, ya que en la jurisprudencia citada se declara que las medidas administrativas no justificadas en la protección del interés del menor no son de aplicación, en relación con los artículos 176.1 y 173.4.4CC, artículo 2 de la citada LO 1/1996, y en relación con los artículos 172.4CC y 11.2 de la reiterada LO 1/1996.

En el desarrollo del recurso se argumenta sobre: (i) la consideración de la familia de **acogimiento** como familia de los **menores** desde el punto de vista jurídico, que fue negado por la Administración demandada, lo que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que se cita; (ii) la improcedencia de las resoluciones administrativas en el momento en el que se dictaron, ya que se acordó una medida que no era estable, como era el ingreso de los **menores** en el centro de acogida, y la sentencia recurrida no contrasta las medidas administrativas con el interés de los **menores**, lo que se opone a la doctrina jurisprudencial que se cita; (iii) la sentencia recurrida no se basa en el interés de los **menores**, lo que se opone a las sentencias citadas; (iv) la sentencia de primera instancia provocó que los **menores**, después de siete meses en el centro de acogida, pasaran a convivir con la familia de adopción, situación a la que se llega a través de criterios arbitrarios sobre el interés de los **menores**, que crecen con su integridad física garantizada, pero con su integridad moral quebrada, la privación de su familia vulnera los preceptos que se citan y se opone a la doctrina jurisprudencial que se cita.

b) En el recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la improcedencia de considerar ilegal la pretensión de los recurrentes y la omisión de la valoración de los informes periciales aportados en la primera instancia y la no-admisión del informe pericial aportado en la segunda instancia.

Segundo SEGUNDO

El recurso de casación no debe ser admitido, dado que concurre la causa de no-admisión prevista en el artículo 483.2.3.º [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), en relación con el artículo 477.2.3 LEC, por inexistencia de interés casacional, en la resolución del recurso según el elemento invocado para justificar la admisibilidad del mismo, que ha sido el de oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El planteamiento del recurso se hace al margen de la *ratio decidendi* [razón decisoria] y de la base fáctica de la sentencia recurrida, ya que:

1. La sentencia recurrida parte de que no se ha acreditado que la salida de los menores de la familia de acogida temporal perjudique el interés de los menores y de que la legislación vigente no hace posible la adopción por la familia de acogida temporal. Y, en el recurso se parte de que lo mejor para el interés de los menores es permanecer en la familia de acogida temporal -con lo que no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida-, y se prescinde de que en la sentencia recurrida se ha declarado que la pretensión de adopción de los menores carece de apoyo legal, con lo que se prescinde de su *ratio decidendi* [razón decisoria].

2. Lo que se pretende en el recurso -desde el distinto enfoque que se da en cada uno de los motivos alegados- es que al margen de la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida -que, aunque no la describa no implica que no la haya hecho, ya que ratifica la sentencia de primera instancia en la que se valoran las pruebas periciales-, al margen del sistema legal establecido para el **acogimiento** temporal y la adopción, esta Sala acoja el planteamiento de los recurrentes que consideran que lo mejor para los **menores** es permanecer definitivamente en su familia.

3. En consecuencia, no se acredita en el recurso oposición alguna de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, pues en ninguna de ellas se declara que deba presumirse el perjuicio psicológico de los **menores** y, al margen de las disposiciones legales que lo regulan, admitirse la adopción por la familia de **acogimiento** temporal.

4. No puede invocarse la doctrina jurisprudencial relativa al superior interés del menor para -en un caso en el que no consta el perjuicio psicológico del menor por la salida de la familia de acogida- utilizar una vía de hecho para conseguir un efecto jurídico - la adopción- de forma distinta a lo establecido en la ley.

5. Aunque en el recurso no se alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, se citan dos sentencias de dos Audiencias Provinciales diferentes que apoyarían la tesis de los recurrentes, en contra del criterio seguido por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Mallorca sostenido en la sentencia recurrida y en otra sentencia que se cita.

Esta alegación del recurso no está contrastada con el contenido de las sentencias citadas como opuestas a la recurrida, ya que la [SAP de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de mayo de 2008, RA n.º 105/2008 \(PROV 2008, 267104\)](#), parte de que es la propia Administración la que está dispuesta a efectuar la valoración pertinente para la adopción por la familia de acogida si así se solicita, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes que hacen que se considere lo más beneficioso para el interés de la **menor** (los informes periciales acreditan una evolución positiva de la **menor** en la familia de acogida tras un episodio de abusos por parte de su hermano), y la [SAP de Orense, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2004, RA n.º 161/2003 \(PROV 2004, 52856\)](#), en la que se parte de la existencia de informes desfavorables a la adopción conjunta de la **menor** con su hermano (la separación de la **menor** de la familia acogedora podría ser verdaderamente perjudicial y traumática para ella, mientras que la reunión con su hermano podría dar lugar a la reproducción de conductas de abuso), que era la decisión de la resolución administrativa allí impugnada. De forma que estas sentencias atienden -como la recurrida- al caso concreto, por lo que no puede decirse que su criterio sea contradictorio con el de la recurrida, ya que en ninguna de ellas se fija como criterio que -al margen de los procedimientos establecidos en la legislación aplicable- los **menores** deban ser adoptados por la familia de **acogimiento**, con base exclusiva en el desarrollo de vínculos afectivos que en la sentencia recurrida no se han declarado corroborados por informes periciales u otra prueba que desaconsejen la salida de la familia de **acogimiento**.

Tercero

TERCERO

La no-admisión del recurso de casación comporta la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal, formulado de forma conjunta, por aplicación de la DF 16.^a.1.5.^a.II LEC .

Cuarto

CUARTO

Cuanto se ha expuesto impide tener en consideración las alegaciones efectuadas por los recurrentes, en el trámite de audiencia previo a esta resolución, respecto a las que solo procede aclarar que la no-admisión de los recursos no se basa en el incumplimiento de requisitos formales, sino que es determinante la circunstancia de que en la sentencia recurrida no se declara acreditado -por la valoración de la prueba- que la salida de los menores de la familia de acogida sea perjudicial para estos, y no se declara acreditado que, como alegan los recurrentes, sea mejor para el interés de los menores permanecer con la familia de acogida.

Además, el recurso se desarrolla al margen de las consideraciones fácticas relativas a la actuación de los recurrentes durante el **acogimiento**, que han determinado que el Ministerio Fiscal se haya opuesto durante el proceso a la petición de los recurrentes y que, en la oposición al recurso de apelación de los recurrentes, adujera fraude de ley. De forma que, si bien es cierto que esta circunstancia -la posición del Ministerio Fiscal- no condiciona la admisión o inadmisión de los recursos, esta Sala no puede ignorarla, ya que la sentencia recurrida no declara que haya prueba del perjuicio para el interés de los **menores**.

Quinto

QUINTO

La no-admisión de los recursos implica las siguientes consecuencias:

1. Por aplicación de los artículos 483.4LEC y 473.2.III LEC, debe declararse la firmeza de la sentencia recurrida.

2. La pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9, de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#), del Poder Judicial, introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089\)](#), complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

3. Esta Sala considera -al igual que se ha hecho en las instancias- que concurren las circunstancias previstas en el artículo 395.1 [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) que justifican que no se haga expresa imposición de las cotas de los recursos.

Sexto
SEXTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 208.4LEC procede declarar que contra este auto no cabe recurso alguno por así establecerlo los artículos 483.5LEC y 473.3 LEC .

LA SALA ACUERDA

1

No admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Edmundo y D.ª Sonsoles contra la [sentencia dictada el 7 de febrero de 2012 \(PROV 2012, 89079\)](#) por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 221/2011, dimanante de los autos de juicio de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores n.º 553/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Palma de Mallorca .

2

Declarar firme la sentencia recurrida.

3

La pérdida del depósito constituido para recurrir.

4

Devolver las actuaciones con testimonio de esta resolución a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4.ª.

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