

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 3 febrero 2016

[JUR\2016\32198](#)



PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional contra Sentencia recaída en procedimiento de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores tramitado en atención a la materia.- Inadmisión del recurso de casación por falta indicación en el encabezamiento del motivo de la jurisprudencia que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida por esta Sala (art. 483.2.2 en relación con el art. 481.1 de la LEC).- Inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya que la alegación de oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo efectuada en el motivo primero carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida y porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada en el motivo segundo solo puede llevar una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC).- Inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales (art. 483.2.3.º LEC, en relación con el artículo 477.2.3 LEC) por cuanto el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas que se dan en el presente caso.- La inadmisión del recurso de casación determina la del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en relación con la Disposición final 16 apartado 1 y regla 5 párrafo segundo de la LEC).

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Casación 2949/2014

**Ponente:** Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

1

La representación procesal de Dña. María Rosario presentó escrito de interposición de recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada, con fecha 24 de septiembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) en el rollo de apelación nº 413/2014, dimanante de los autos de juicio verbal sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores nº 947/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante.

2

Mediante Diligencia de ordenación se tuvieron por interpuestos los recursos, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de TREINTA DÍAS, para que pudieran personarse ante dicho Tribunal si les conviniere, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de las partes.

3

Formado el presente rollo, por medio de escrito presentado, el día 19 de noviembre de 2014, en el Registro General del Tribunal Supremo, la Procuradora Dña. M.ª Francisca Uriarte Tejada, en nombre y representación de Dña. María Rosario, se personó en el presente rollo como parte recurrente. Mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2014, la letrada de la

Generalitat-Consellería de Bienestar Social, Dña. Mercedes Sánchez Navarro, se personó en concepto de parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

4

Por providencia de fecha 21 de octubre de 2014 se pusieron de manifiesto a las partes personadas ante esta Sala las posibles causas de inadmisión de los recursos.

5

Con fecha 10 de noviembre de 2014, la parte recurrente presentó escrito oponiéndose a las causas de inadmisión puestas de manifiesto, mientras que la parte recurrida en escrito presentado el 5 de noviembre de 2014 alegó lo que tuvo por conveniente a favor de la inadmisión de ambos recursos. El Ministerio Fiscal en informe presentado el 23 de noviembre de 2015 se mostró conforme con las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

6

Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la [disposición adicional 15ª](#) de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \( RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , del Poder Judicial .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Antonio Seijas Quintana, a los solos efectos de este trámite.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

La parte recurrente formula recursos de casación y extraordinario por infracción procesal frente a la sentencia dictada en segunda instancia, tras la entrada en vigor de la [Ley 37/2011 de 10 de octubre \( RCL 2011, 1846 \)](#) de Medidas de Agilización Procesal, en un juicio seguido por razón de la materia ( [art. 780 LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores), por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3.º del [art. 477.2 LEC](#) , relativo a la existencia de interés casacional, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).

2

La parte recurrente articula el escrito de interposición distinguiendo claramente entre el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula a través de dos motivos. En el primero, formulado al amparo del ordinal 2º del [art. 469.1](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , se alega la infracción del [art. 218.1](#) y [2](#) de la LEC , por falta de motivación de la sentencia respecto de las relaciones familiares establecidas conforme a las normas constitucionales. En el segundo motivo, al amparo del ordinal 4º del [art. 469.1 LEC](#) , se denuncia la infracción del [art. 348](#) de la LEC y [24 CE \( RCL 1978, 2836 \)](#) por error patente y notorio en la valoración de la prueba.

En el recurso de casación, presentado al amparo del [artículo 477.2.3º LEC](#) , se alega la existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. El escrito de interposición del recurso de casación se articula más bien en tres alegaciones y no en motivos, sin establecer encabezamiento alguno al inicio de dichos apartados. Así en el primero bajo el título "la consideración de familia desde el punto de vista jurídico" se alega que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre el concepto de familia y el sistema familiar actual, especialmente cuando las relaciones familiares son no biológicas. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las Sentencias de esta Sala de fechas 12 de mayo de 2011 , 15 (por error indica 14) de enero de 2014 y 5 de diciembre de 2013 . En su desarrollo sostiene que en el presente caso al no respetar la relación familiar establecida entre la **menor** y la recurrida la sentencia recurrida vulnera los arts. 9.3 de la CDN, 39 de la CE , 11.2 b), c) y d) de la [LO 1/96 de 15 de enero \( RCL 1996, 145 \)](#) de Protección Jurídica del **Menor** . En el segundo, bajo el título "las decisiones relativas al interés superior del **menor** " se cuestiona si la sentencia recurrida ha valorado correctamente el interés del **menor** al acordar el cese del **acogimiento** y que viva con un hermano

con el que nunca ha convivido, citando como fundamento del interés casacional la STS de 31 de julio de 2009 que recoge un supuesto en el que se estima que en interés del menor este debe permanecer en acogimiento cuando existe riesgo de desamparo en la recuperación familiar de origen o la STS de 13 de junio de 2011 en la que se plantea también el retorno del menor a la familia biológica, debiendo valorarse para ello no solo la evolución positiva de los padres biológicos y el propósito de estos de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que dicha evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra, debiendo valorarse el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración ha sido satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos y si el retorno al entorno familiar comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. En su argumentación, destaca la recurrente que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente todas estas circunstancias a la hora de colocar a la menor en una familia que no conoce, debiendo primar la estabilidad de las relaciones familiares, incluso si éstas son de carácter transitorio, como en el caso que nos ocupa, por lo que entiende vulnerados los arts. 2 y 11.2 a ) y g) de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor , 172.4 del CC ( LEG 1889, 27 ) y 173.4 del CC . En el tercero se alega la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, citando entre las que estiman que la entidad pública puede cambiar la medida de protección sobre un menor en cualquier momento, sin que conste que esta haya sido perjudicial para el menor , como hace la sentencia recurrida y la SAP de Alicante (Sección 6ª) de 8 de febrero de 2006 y aquellas otras en las que se mantiene la relación familiar existente, incluso promoviendo su estabilidad jurídica al demostrarse que no ha existido efectivo desamparo del menor , cuando es inviable el retorno del menor a su familia de origen , citando las SSAP de Cádiz (Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2004 , en las que se limita la actuación administrativa y no se aplica medida de protección alguna distinta de la ya establecida, al demostrarse que no ha existido efectivo desamparo del menor.

3

Pues bien, a la vista de lo expuesto, el recurso de casación, pese a las alegaciones efectuadas por la parte recurrente en el trámite previo a esta resolución, no puede prosperar por las siguientes razones:

a) falta de indicación en el encabezamiento de los motivos de la jurisprudencia que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida por esta Sala ( art. 483.2.2º en relación con el [art. 481.1](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) ), pues si bien se especifica que en los dos primeros motivos el interés casacional se fundamenta en la oposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo cierto es que no se establece en el encabezamiento de cada motivo con la claridad y precisión propia de un recurso extraordinario como el presente cual es la jurisprudencia que se solicita sea fijada o declarada infringida por esta Sala, siendo preciso entrar a examinar el cuerpo del recurso para conocer lo pretendido por la parte recurrente;

b) inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya que la alegación de oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo efectuada en el motivo primero carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la " *ratio decidendi* " de la sentencia recurrida y porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada en el motivo segundo solo puede llevar una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados ( art. 483.2.3º, en relación con el [art. 477.2.3](#) de la LEC ).

Las sentencias invocadas en el motivo primero, nada tienen que ver con la cuestión planteada ni contemplan supuestos fácticos parecidos, refiriéndose a casos de reclamación de filiación no matrimonial o al derecho de visitas de un menor reconocido a una de las integrantes de la unidad familiar, pues nada se ha mencionado en la sentencia recurrida sobre el sistema familiar o la unidad familiar en los tiempos actuales, ni se ha negado dicho carácter a la familia monoparental de la educadora ahora recurrente. Respecto a lo argumentado en el motivo segundo, cabe igualmente sostener que las sentencias que cita para fundamentar el interés casacional que alega poco tienen que ver con el caso que nos ocupa, ya que ambas van referidas a supuestos en los se impugna la declaración de desamparo y se plantea el posible retorno del menor a la familia biológica y los

requisitos a valorar para que ello sea posible y, en el presente caso, lo que se combate es la decisión de cesar en el **acogimiento** permanente, dado su carácter provisional, al plantearse un **acogimiento** preadoptivo y así su integración plena en una familia a través de una medida más definitiva como es la adopción, argumentando que aunque inicialmente se plantease la posibilidad de que recayese este en la misma persona acogedora, ahora recurrente, el Consejo de Adopción lo descartó ya que la misma no era solicitante de adopción, ni fue valorada su idoneidad para la misma, pero aun cuando lo fuera no podría recibir la asignación para la adopción de una **menor** de dos años atendiendo a la edad de la misma (52), debiendo ser adoptada por la misma familia que ya tiene en **acogimiento** preadoptivo a su hermana Juliana y que fue declarada idónea para la adopción de dos hermanos. Con base en lo anterior, la sentencia recurrida estima que la Administración actuó dentro de más estricto marco legal, ya que la actora nunca ha estado en solicitud de adopción sino que es familia acogedora de forma permanente, siendo admitido por las partes que la **menor** tiene un hermano, la cual está en estos momentos en proceso de adopción con otra familia, circunstancia esta que es la que ha motivado la decisión de la Administración de instar el **acogimiento** preadoptivo a fin de evitar la separación de hermanos.

A la vista de lo expuesto la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta Sala en materia de desamparo e interés del menor sino que se limita a aplicarla al caso concreto. La parte recurrente configura el recurso de casación al margen de la valoración probatoria efectuada por la resolución recurrida y no sobre la real oposición de la sentencia recurrida a una jurisprudencia, que si se respeta la base fáctica de la sentencia de apelación, no resulta vulnerada, siendo por tanto el interés casacional alegado artificioso e inexistente.

c) inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales ( [art. 483.2.3.º LEC](#) , en relación con el [artículo 477.2.3 LEC](#) ) por cuanto el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas que se dan en el presente caso, en concreto la Audiencia concluye: (i) la adopción de la medida del **acogimiento** preadoptivo de la **menor** no con la familia María Rosario , que era su familia acogedora permanente, sino con la misma familia que ya tiene en **acogimiento** preadoptivo a su hermana Juliana , familia con solicitud de adopción de 2007 y declarada por el Consejo de Adopción de **Menores** idónea para la adopción de dos hermanos ; (ii) no cabe el mantenimiento de la **menor** con la misma persona acogedora y llegar a un **acogimiento** preadoptivo ya que nunca ha estado en solicitud de adopción ni se ha valorado su idoneidad ; (iii) aunque lo fuera, su edad (52 años) impide que pueda recibir la asignación para la adopción de un **menor** de dos años, sin que concurren circunstancias excepcionales que flexibilicen tal criterio.

En consecuencia, no pueden acogerse las alegaciones formuladas por la parte recurrente en escrito presentado el 10 de noviembre de 2015 por cuanto la Sentencia recurrida no se opone, ni a las sentencias de esta Sala citadas como infringidas, ni a las sentencias de las Audiencias Provinciales que han sido alegadas, que tampoco acreditan la existencia de jurisprudencia contradictoria, a tenor del acuerdo de la Sala de 30 de diciembre de 2011, pues el interés casacional se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en la sentencia recurrida, en definitiva, la resolución del problema jurídico planteado, depende de las circunstancias fácticas que han quedado recogidas en el apartado anterior.

4

La inadmisión del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16 apartado 1, párrafo primero y regla 5 párrafo segundo, de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) 2000 . Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1 en relación con la mencionada disposición final decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5 párrafo segundo, de la LEC , como recoge el mencionado Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por [Ley 37/2011 de 10 de octubre \( RCL 2011, 1846 \)](#) de Medidas de Agilización Procesal.

5

Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los [arts. 483.4 y 473.2 LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

6

La [Ley Orgánica del Poder Judicial \( RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) reformada por [Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre \( RCL 2009, 2089 \)](#) , establece en su disposición adicional 15 número 9 que cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito correspondiente al recurso formulado, al que se dará el destino previsto en esa disposición.

7

Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el [art. 483.3](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida personada procede imponer las costas a la parte recurrente.

LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de Dña. María Rosario contra la sentencia dictada, con fecha 24 de septiembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) en el rollo de apelación nº 413/2014 , dimanante de los autos de juicio verbal sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores nº 947/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante .

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3º) IMPONER LAS COSTAS a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida y al Ministerio Fiscal.

De conformidad con lo dispuesto en los [arts. 483.5 y 473.3](#) de la [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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