

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 582/2014 de 27 octubre

[RJ2014\5183](#)



GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES: SITUACION DE DESAMPARO: IMPROCEDENCIA: cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquél, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección: la menor se encuentra con todas sus necesidades cubiertas en el plano material o afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor. **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.**

Jurisdicción: Civil

/

Ponente: Excmo Sr. Eduardo Baena Ruiz

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 15-10-2013 dictada por la Sección 1ª de la AP de Pontevedra.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada de la Xunta de Galicia en nombre y representación de la Consellería de Trabajo e Benestar Social, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, el día 22 de abril de 2013, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pontevedra el día 22 de junio de 2012. Es parte recurrida don Isaac y doña Marisol , representados por la procuradora doña Silvia Vázquez Senin.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación de primera Instancia

1

La procuradora doña María del Carmen Vidal Rodríguez, en nombre y representación de don Isaac y doña Marisol , presentó escrito de oposición ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Familia de Pontevedra, a la resolución administrativa dictada por la Consellería de Trabajo e Benestar de la Xunta de Galicia, de fecha 22 de junio de 2012 por la que se acordó declarar el **desamparo** asumir la tutela pública de la menor María Inés , trasladando el ejercicio de su guarda del director del Hospital de Vigo a la directora del centro "Mensajeros de la Paz" sito en Vigo, así como a la resolución de 18 de julio del mismo año. Por la representación de don Isaac y doña Marisol , se presentó escrito de demanda de juicio verbal, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos suplicó al Juzgado para que dictase sentencia en los siguientes términos:

"...que se deje sin efecto las meritadas resoluciones administrativas, acordándose revocar las mismas, así como que, acuerde que el Ministerio Fiscal asuma la defensa y representación de la menor y que promueva de forma inmediata ante el Juez de Primera Instancia competente, la constitución de la tutela de la menor María Inés , subsistiendo mientras tanto la actual guarda de

hecho del abuelo paterno de la menor, llamado Jose Ignacio y de su esposa, llamada Fidela ."

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dictase la sentencia pertinente en atención a los hechos que resulten probados.

2

La letrada de la Xunta de Galicia, en nombre de la Consellería de Trabajo e Benestar Social, contestó a la demanda y oponiéndose a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando la demanda presentada de contrario con ratificación de las resoluciones administrativas impugnadas.

3

El día 22 de abril de 2013, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Familia de Pontevedra, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva:

*"Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Isaac y Marisol contra la Xunta de Galicia, debo declarar y declaro que: 1º. Se confirma la declaración de **desamparo** de la menor María Inés y la asunción de la tutela legal por parte de la Comunidad Autónoma y 2º. Se deja sin efecto el acogimiento residencial de la misma hasta que la Administración competente determine el régimen de guarda definitivo más adecuado y beneficioso para la menor, sin hacer expresa imposición de las costas."*

Tramitación en segunda instancia.

4

Interpuesto recurso de apelación por la representación de don Isaac y doña Marisol , contra la mencionada [sentencia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia el día 15 de octubre de 2013 \(AC 2013, 1957\)](#) , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"Que estimando el recurso de apelación formulado por doña Marisol y don Isaac representados por la procuradora doña María del Carmen Vidal García contra la sentencia dictada en los autos de Juicio de Oposición de medidas administrativas sobre menores nº 650/12 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de esta ciudad la debemos revocar y revocamos dejándola sin efecto, en particular revocando la declaración de **desamparo** de la menor María Inés de 22 de julio de 2012 por el Servicio de Familia y Menores de la Xunta de Galicia, que quedará sometida a la guarda de hecho de sus abuelos paternos respecto de los que se procederá conforme se indica en el fundamento Tercero in fine de esta resolución, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas."*

5

La representación procesal de don Isaac y doña Marisol solicitó la subsanación de errores materiales, la corrección de omisión y la aclaración de dicha sentencia . La mencionada Audiencia dictó auto el día 23 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva dice:

1.- No procede aclarar la resolución dictada en los presentes autos.

2.- Se corrigen los errores materiales del Fallo y donde dice 22 de julio debe decir junio y donde dice Tercero debe decir CUARTO."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

6

La Letrada de la Xunta de Galicia, interpuso recurso de casación por interés casacional ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, con base en un único motivo:

"Por infracción del ordenamiento aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, concretamente de lo dispuesto en los [artículos 39](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) , 172 del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) y 239 y 303 de este mismo texto..."

7

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Silvia Vázquez Senin en

representación de don Isaac y doña Marisol presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario. El Ministerio Fiscal informó a favor del recurso de casación interpuesto, manifestando su adhesión al mismo.

8

Por diligencia de ordenación de 3 de diciembre de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, para comparecer por término de treinta días.

9

Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la Consellería de Benestar Social e Traballo, representada por la Letrada de la Xunta de Galicia; y como parte recurrida don Isaac y doña Marisol, representados por la procuradora doña Silvia Vázquez Senin.

10

Esta Sala dictó auto en fecha 22 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la letrada de la Xunta de Galicia contra la sentencia dictada con fecha 15 de octubre de 2013 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 406/2013, dimanante del juicio de oposición de medida administrativa de protección de menores nº 650/2012 del Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra."

11

Al no haber solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de octubre de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes

1

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pontevedra contiene los siguientes hechos probados: *"María Inés nace el día 10 de junio de 2012 en el Hospital Xeral de Vigo, siendo hija de don Isaac y doña Marisol. Ya el día 14 de junio la trabajadora social del Hospital remite informe al equipo de urgencias del Servicio de Menores considerando necesaria la valoración de medidas de protección a la vista de las circunstancias socio familiares que en dicho informe reflejaba respecto de los progenitores del bebé, (f.22-23) citando el servicio el día siguiente a los padres a quienes informan de la situación recabándoles información y acordando el 21 de junio un plan de trabajo (f.43) en el que se contemplaba el estudio de la familia extensa, el seguimiento del bebé en un centro, visitas de los progenitores con su hija, y la inclusión de los mismos en un programa de mejora familiar, llegando a la resolución de 21 de junio en la que se declara el **desamparo** de la menor.*

En la misma fecha de 21 de junio de 2012 los padres comparecen en el Servicio de menores acompañados de una letrada, (f.55) siendo informados de la decisión de tutela pública adoptada referente a la cual muestran su discrepancia dirigiéndose al Hospital Xeral a recoger a su hija, donde efectivamente la recogen (f.90). En fecha 25 de junio los padres comparecen ante el Servicio de Menores informando que su hija se encuentra residiendo con el abuelo paterno (f.91) y el día 27 de junio comparece el abuelo paterno reiterando la misma información (f.96).

En fecha 3 de julio se realiza entrevista al abuelo paterno previa cita concertada por el Servicio de Menores a cuya lectura nos remitimos (f.97), pero de la que podemos destacar las dos posturas enfrentadas que a la postre se han mantenido a lo largo del proceso y persisten en la actualidad. De un lado la del abuelo negándose a la entrega del bebé y de otro la del Servicio de menores exigiendo la entrega previa a la valoración del acogimiento familiar por el abuelo.

En fecha 18 de julio se dicta nueva resolución que reproduce de forma sustancialmente idéntica la dictada en fecha 22 de junio pues únicamente cambia el centro donde dispone debe ingresar la menor. No constan más actuaciones del servicio de Menores distintas de las de solicitar la ejecución de la medida a la policía y denunciar al abuelo ante la Fiscalía de Menores.

En fecha 27 de julio la policía informa haber sido infructuosas las diligencias encomendadas para localizar a la menor (f.20l) y en fecha 9 de enero de 2013 en sentido similar. Y en cuanto a la denuncia de la fiscalía se encuentra en trámite causa penal contra el abuelo en el Juzgado de instrucción de Ponteareas por presunto delito de desobediencia.

En fecha 16 de julio este juzgado había rechazado la medida cautelar instada en auto que fue confirmado por la Ilma. Audiencia Provincial.

La menor se encuentra, pues, residiendo con su abuelo paterno y la esposa de éste en su domicilio sito en Ponteareas desde que en fecha 25 de junio sus padres les pidieran que se hicieran cargo de la misma por imposibilidad de hacerlo ellos mismos, en situación de incapacidad que siguen reconociendo en acto de juicio al menos con carácter temporal, manteniendo también en acto de juicio su deseo de que la menor se siga manteniendo bajo el cuidado de su abuelo y esposa.

El abuelo paterno y su esposa consienten también en acto de juicio seguir asumiendo los cuidados de la menor hasta que sus padres estén en condiciones de asumirlos por ellos mismos. La testifical prestada en acto de juicio, documental aportada y el informe emitido a petición del Ministerio Fiscal por el Equipo psicosocial permiten concluir que la menor se encuentra con todassus necesidades cubiertas en el plano material o afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor."

La dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra la anterior, considera probados los de la Primera Instancia y también probado en la alzada « que los progenitores de María Inés no cuentan las condiciones precisas para la atención de un bebé, así lo reconocen todas las partes implicadas en el presente proceso, también ellos desde el primer momento. Consta en el Expediente que al parecer el embarazo no tuvo control adecuado, se detectó en orina positivo a ciertas sustancias estupefacientes, aunque no se precisan cuáles, sin que los progenitores reconozcan ningún tipo de problemática, muy inconsistentes en su relato vital, y con pocas habilidades y recursos personales para los cuidados de un bebe e inestabilidad emocional. » .

2

El 22 de junio de 2012 se dictó resolución administrativa por la Consellería de Trabajo e Benestar de la Xunta de Galicia por la que se acordaba declarar el **desamparo** y asumir la tutela pública de la menor María Inés , trasladando el ejercicio de su guarda del director del Hospital de Vigo a la Directora del Centro Mensajeros de la Paz, sito en Vigo.

Los padres de la menor, don Isaac y doña Marisol presentaron, a través de su representación procesal, demanda de oposición contra dicha resolución, solicitando que fuese revocada y se dictase sentencia que acuerde que el Ministerio Fiscal promueva de forma inmediata la constitución de la tutela de la menor, subsistiendo mientras tanto la actual guarda de hecho del abuelo paterno y su esposa. Niegan la existencia de **desamparo** de la menor porque "...la misma fue entregada por su parte a fin de que su abuelo paterno y su esposa se hicieran cargo de la guarda de hecho de la misma en fecha 25 de junio como consta en el expediente administrativo ... y dichos guardadores están prestando a la menor la debida asistencia moral y material....contando con los requisitos de idoneidad y capacidad para ello....por lo que no concurre la situación legal de **desamparo**....".

El Juzgado de Primera Instancia, tras exponer las circunstancias fácticas y jurídicas que plantea el supuesto litigioso, centra el objetivo del mismo: se trata de delimitar el concepto de **desamparo** . A juicio de los demandantes, existiendo guardadores de hecho que prestan la asistencia debida a la menor no existe tal **desamparo**, por ende, no existe razón para la tutela pública, debiendo procederse a la constitución de la tutela ordinaria en la persona del abuelo y su esposa.

La sentencia, tras exponer la indefinición legal de la situación de **desamparo** , causa de la

disparidad de criterios de las doctrinas enmarcadas de las sentencias de las Audiencias Provinciales, afirma que « en definitiva, la situación de **desamparo** derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no de que no se la prestara quienes por Ley tienen obligación de hacerlo, por lo que la está recibiendo en condiciones de precariedad ». Consecuencia de ello es que un menor puede estar jurídicamente desamparado por falta de título legal, pero estando a la par protegido en sus necesidades materiales y alimenticias en toda su extensión por medio de un guardador de hecho que en favor y beneficio del menor lo tutela y ampara en sus necesidades materiales y morales.

Concurriendo ambas circunstancias en el caso enjuiciado se dictó sentencia confirmando la declaración de **desamparo** de la menor María Inés , y la asunción de la tutela legal por parte de la Comunidad Autónoma, pero, en interés de la menor, suficientemente motivado, se dejó sin efecto el acogimiento residencial de la misma hasta que la Administración competente determine el régimen de guarda definitivo más adecuado y beneficioso para la menor (se mantiene, pues la situación de convivencia con su familia de guarda).

3

Contra meritada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de los padres demandantes, resuelto por la Sección Primera de la [Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia fechada el 15 de octubre de 2013 \(AC 2013, 1957\)](#) .

Como quiera que la menor desde su nacimiento por voluntad de los padres esta residiendo con sus abuelos paternos, a juicio de los recurrentes la cuestión estriba en optar por decidir si concurre o no **desamparo** cuando existen personas que cubren las necesidades de un menor, sin tener impuesta legalmente la obligación de hacerlo.

El Tribunal de apelación, tras interpretar los preceptos del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) que cita al respecto (Artículos 239 , 222.4 y 303), conjugando los conceptos de **desamparo** , tutela y guarda de hecho, concluye que «para que exista la situación legal de **desamparo** se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, consiste en que se produzcan por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia (moral o material, dice el Código Civil); y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes de tal asistencia. Por lo tanto, el **desamparo** es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo quedará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia de los padres biológicos ». En apoyo de su doctrina cita la [Ley 3/2011, de 30 de junio \(LG 2011, 311\)](#) , de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia que, en su artículo 52 prevé situaciones de **desamparo** , considerando como tal en la letra j) "La falta de personas a quienes corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el niño, niña o adolescente". También cita el contenido del artículo 172.2º C.C . para hacer ver cómo ambas normas ponen sobre la pista de que la intervención administrativa está supeditada a que la imposibilidad de las personas a las que corresponda ejercer las funciones de guarda no lo hagan por las causas y con las consecuencias que ella misma prevé para el menor. Trae a colación de su tesis el artículo 49.3 de la [Ley 1/2006 \(LLR 2006, 85\)](#) de Protección de Menores de La Rioja . Terminan exigiendo a los guardadores de hecho, por aplicación del artículo 303 del C.C ., una serie de cautelas en beneficio e interés del menor en orden a su protección.

4

Contra esta resolución se formula por la letrada de la Xunta de Galicia recurso de casación por interés casacional, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Recurso de casación.

5

Motivo único. Enunciación y planteamiento.

Se formula como único motivo del recurso de casación la infracción de las normas del ordenamiento aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente de lo dispuesto en los [artículos 39](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) , 172 del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) y 239 y 303 del mismo Texto legal , al corresponder, por aplicación del artículo 172 y 239 C.C . la tutela del menor desamparado a la entidad pública, aun habiendo guardador de hecho.

Se justifica el interés casacional a la vista de existencia de jurisprudencia contradictoria de las diversas Audiencias Provinciales en torno a si la existencia de un guardador de hecho, incumpliendo los progenitores los deberes inherentes a la patria potestad, que sule estos deberes, determinan que el menor no se halle en situación de **desamparo** , y por ende, la impertinencia de la declaración por parte de la Entidad pública del **desamparo** del menor y la asunción de la tutela sobre el mismo por ministerio de la Ley, tesis asumida por la Audiencia Provincial de Pontevedra en la sentencia recurrida, así como por la [Audiencia Provincial de Cádiz en sentencia 183/2004 de 22 de diciembre \(JUR 2006, 33272\)](#) , mientras que sostiene lo contrario la sentencia 491/2012 de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Segunda, de 28 de diciembre , o la [52/2003 de la audiencia Provincial de Cantabria, Sección Primera, de 4 de febrero \(AC 2003, 1345\)](#) .

Corolario de todo ello es la solicitud que se hace a la Sala para que fije doctrina del siguiente tenor: *«un menor cuyos progenitores han incumplido los deberes inherentes a la patria potestad se halla en situación de **desamparo** aun cuando haya un guardador de hecho que atiende a sus necesidades »* .

6

Esta Sala, en evitación de confusiones que ensombrezcan su respuesta, la va a concretar a la clara doctrina que de ella se solicita por la parte recurrente, sin entremezclarla con otras muchas cuestiones relacionadas con la protección del menor sujetas también a debate y objeto de opiniones y tesis encontradas.

Ni el [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) ni la [LOPJM \(RCL 1996, 145\)](#) resuelven la cuestión de si un menor de edad que recibe asistencia de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en **desamparo** y sometido a tutela automática.

Un examen de la legislación autonómica nos pudiese hacer pensar que los legisladores autonómicos consideran que, en principio, no toda situación de guarda de hecho debe dar lugar a la intervención administrativa a través del **desamparo** y de la tutela automática, de forma que sólo sería de aplicación cuando no fuese posible otra solución más acorde con los intereses del menor. Obsérvese a tal fin la [Ley 4/1994 de 10 de noviembre \(LEXT 1994, 221\)](#) de Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura (artículo 6, c y d); la [Ley 1/1998, de 20 de abril \(LAN 1998, 173\)](#) , de los Derechos y la Atención al Menor , de Andalucía (artículo 23); la [Ley 1/1995, de 27 de enero \(LPAS 1995, 24\)](#) , de Protección del Menor , de Asturias (artículo 31); la [Ley 1/1997, de 7 de febrero \(LCAN 1997, 41\)](#) , de Atención Integral de los Menores de Canarias (artículo 46); la Ley de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo , de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (artículo 105); la [Ley 3/2011, de 30 de junio \(LG 2011, 311\)](#) , de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia (artículo 52, i) y la [Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre \(LNA 2005, 351 y LNA 2006, 6\)](#) , de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra (artículo 50). De un modo expreso así lo afirma el [artículo 49.3](#) de la [Ley 1/2006, de 28 de febrero \(LLR 2006, 85\)](#) de Protección de Menores de La Rioja .

7

. La definición de **desamparo** la hallamos en el párrafo segundo del [artículo 172.1](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) : "Se considera como situación de **desamparo** la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

A partir de dicha definición surgen las dos tesis doctrinales y jurisprudenciales que, en principio, se muestran como contrapuestas: la objetiva y la subjetiva.

Para la primera el **desamparo** se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima

es la desasistencia del menor; de forma que si alguien lo atiende no existe situación de **desamparo**. Por contra, la tesis subjetiva mantiene que si el menor no se encuentra atendido por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, existe situación de **desamparo**, aunque tengan cubierta su asistencia por un guardador de hecho.

Con tales antecedentes, entre lagunas y aparentes antinomias legales la respuesta debe buscarse acudiendo a una interpretación inspirada en el principio del superior interés del menor en relación con la figura de la guarda de hecho como aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de una incapaz sin un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico.

Interés superior del menor.

8

La [Constitución Española de 1978 \(RCL 1978, 2836\)](#), al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores.

El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la [Ley 21/1987, de 11 de noviembre \(RCL 1987, 2439\)](#), que modifica el [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) y la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) en materia de adopción y otras formas de protección de menores, en la que destaca, por lo que ahora interesa, la desaparición del concepto de abandono y su sustitución por el de **desamparo**, con la definición ya recogida, y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la Ley cuando el menor se encuentre en situación de **desamparo**. Con esta Ley tuvo lugar la denominada desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero \(RCL 1996, 145\)](#), Ley de Protección Jurídica del Menor. Como novedad en lo aquí debatido, destaca la introducción del concepto de riesgo en contraposición al **desamparo** y respecto de éste se prevé que la asunción de la tutela *ope legis* por parte de la Administración supondrá la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el [artículo 148. 20º](#) de la CE, han venido promulgando su propia legislación en esta materia.

Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños ([sentencia 21 de febrero de 2011 \(RJ 2011, 2362\)](#), Rº. 1186/2008). Se cita el [artículo 11.2](#) LO 1/1996 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 \(RJ 2011, 4526\)](#) 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 \(RJ 2009, 4581\)](#)).

Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009 .

Descendiendo a la situación de guarda de hecho la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado concreta dicho interés superior del menor en: i) la necesidad de asegurar, en la medida de lo posible, que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar; ii) como regla general preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores; iii) evitar que a través de vías de hecho se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes; iv) promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor y representarlo.

Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas , el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...».

Guarda de hecho.

9

Esta figura, ya definida anteriormente, aparece jurídicamente regulada tras la reforma del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) por Ley de 24 de octubre de 1983, en concreto en los artículos 303 , 304 y 306 de dicho Texto legal . A los fines de la doctrina legal que se interesa de esta Sala es preciso destacar algunas notas necesarias para comprender su verdadero alcance y sentido.

No cabe duda de que la guarda de hecho se concibe como un mecanismo de protección de los menores, pero también que el ordenamiento jurídico la contempla como provisional y transitoria, articulando previsiones que conducen a una protección estable de aquellos. Así se desprende de la remisión que el [artículo 303](#) del Código Civil hace a los artículos 203 y 228 a la par que prevé medias judiciales de información, control y vigilancia del menor hasta que exista una protección definitiva del mismo.

Consecuencia de meritada provisionalidad es que, existiendo guardador de hecho, a salvo situaciones excepcionales justificadas por el superior interés del menor, deben las personas e instituciones que vengan obligadas a ello promover los mecanismos jurídicos para alcanzar la protección estable del mismo.

Y es que la guarda de hecho se contempla con cautela tanto por razones subjetivas de los concretos guardadores como por la debilidad del vínculo obligacional entre éstos y los menores objeto de su asistencia.

Bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo (sería el caso de abuelos que con esfuerzo asumen la crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores, como es el caso aquí contemplado) como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estas personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución. De ahí que deberá distinguirse entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor.

Precisamente se justifica la provisionalidad de la guarda de hecho por la debilidad institucional de la situación, al generarse un vínculo feble entre el menor y su guardador. Este carecería de autoridad formal sobre aquel, que no le debe obediencia a diferencia de lo que sucede con el menor sujeto a patria potestad o a tutela. Ni siquiera podría oponerse el guardador a las personas que con potestad jurídica sobre el menor le requiriesen su entrega, aun convencido de que la entrega, sería peligrosa para él mismo. Tales circunstancias justifican temores y cautelas respecto de la guarda de hecho en sede de seguridad jurídica.

Tal provisionalidad aparece reforzada, incluso, en el anteproyecto de la Ley de Protección de la Infancia, presentado al Consejo de Ministros el 24 de abril de 2014 que, de culminarse legislativamente, reformaría normas aquí aplicadas de la LOPM y del Código Civil.

10

Partiendo de la definición que hace del **desamparo** el párrafo segundo del artículo 172.1 C.C. es necesario que se cumplan dos requisitos para que surja tan situación: i) el incumplimiento por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor; ii) la efectiva privación para éste de asistencia material o moral.

La interrogante surge si cumpliéndose el primer requisito no se da el segundo por existir un guardador de hecho que presta al menor una efectiva asistencia material y moral.

La respuesta a ello es que la Sala no puede fijar doctrina con una fórmula tan cerrada y contundente como la pretendida por la recurrente.

En atención a lo expuesto respecto a la guarda de hecho interpretada bajo el principio del superior interés del menor al que también hemos hecho mención, ha de ponderarse en esta materia las singularidades de cada caso, pues la situación de **desamparo** es casuística y, de ahí que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa. Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de **desamparo**, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección ».

11

En los hechos que han quedado probados en las instancias, sin que en el recurso de casación se pongan en tela de juicio, se contiene dos datos relevantes para el objeto del debate: i) que los progenitores de María Inés no cuentan con las condiciones precisas para la atención de un bebé; ii)

que la menor se encuentra con todas sus necesidades cubiertas en el plano material o afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor.

A partir de tales hechos, aplicando la doctrina fijada por esta Sala, procede desestimar el recurso de casación por cuanto la sentencia de instancia niega la situación de **desamparo** en atención a las singularidades que concurren en la guarda de hecho, reconociendo, además las cautelas judiciales que deben adoptarse respecto de ella e, implícitamente, su transitoriedad.

12

No ha lugar a hacer imposición de costas del presente recurso.

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

FALLAMOS

1

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la letrada de la Xunta de Galicia, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, contra la [sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, recaída en el rollo de apelación número 406/2013 \(AC 2013, 1957\)](#), dimanante del juicio de oposición de oposición de medida administrativa de protección de menores número 650/2012 del Juzgado de Primera instancia número 5 de Pontevedra.

2

No ha lugar a hacer imposición de costas del recurso de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia Provincial de instancia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Firmado y Rubricado.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas .-Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz Jose Luis Calvo Cabello.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.