

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 170/2016 de 17 marzo

[RJ2016\1132](#)



GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES: SITUACIÓN DE DESAMPARO: ausencia de evolución positiva de la familia biológica: desarrollo de vínculos afectivos con la familia de acogida: falta de concesión de un acogimiento conjunto con su hermano.

Jurisdicción: Civil

Recurso 2517/2014

Ponente: Excmo Sr. Eduardo Baena Ruiz

El TS desestima el recurso.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil diecisiete.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados ha visto el recurso de casación interpuesto contra la [sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el rollo de apelación 249/2013 \(PROV 2014, 13255\)](#), dimanante de los autos de juicio de oposición de medidas administrativas en materia de menores número 1111/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Jaén.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Sagrario representada por el procurador don Miguel Lozano Sánchez.

Ha sido parte la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora doña M^a Mar Carazo Calatayud en nombre y representación de doña Sagrario, formuló demanda de juicio verbal sobre oposición a resolución administrativa contra el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía suplicando al Juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito en tiempo a legal, se digno admitirlo, y en la representación que tengo atribuida mediante designación de Justicia Gratuita en expediente NUM000, tenga por formulado DE OPOSICIÓN A RESOLUCIÓN DEFINITIVA DE ACOGIMIENTO FAMILIAR PREADOPTIVO dictada en expediente de menores -2007-00000849-1, de la Delegación Provincial de Jaén de la Consejería para la Igualdad Bienestar Social de la Junta de Andalucía, en protección de los intereses de los menores se archive este expediente sin más trámite por perjudicar tanto al menor objeto del acogimiento, Obdulio como a su hermano Jose Carlos, con quien convive y es el único vínculo con su familia natural que le queda en el centro de acogimiento de Baeza donde se encuentran ambos hermanos, devolviendo al menor Obdulio al centro de acogida y restableciendo el contacto de dicho menor con su madre y abuela, y subsidiariamente:

1.- Se imponga a la administración la obligación de buscar una familia de acogida que reciba a los dos hermanos para que no pierdan el vínculo entre ellos, y en caso de no ser viable esta opción, subsidiariamente,

2.- Se imponga a la administración la obligación de establecer con la familia de acogimiento los

mecanismos necesarios para que ambos hermanos, Obdulio Jose Carlos puedan desarrollar entre ellos unos contactos personales normalizados y de forma frecuente para mantener el vínculo familiar que les une.»

2. - Admitida a trámite la demanda se emplazó al Ministerio Fiscal y a la Junta de Andalucía para contestar.

3.- El letrado de la Junta de Andalucía solicitó al Juzgado:

«...se desestime la demanda interpuesta e imponga en consecuencia las costas procesales a la parte actora.»

4.- El Ministerio Fiscal interesó que la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social aportase el expediente administrativo completo, de conformidad con el [art. 780.3](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

5.- El Juzgado dictó sentencia el 10 de noviembre de 2011 con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo desestimar y desestimo la demanda de oposición contra la resolución de la Delegación de Igualdad y Bienestar Social interpuesta en nombre y representación de doña Sagrario , contra el Ministerio Fiscal y Junta de Andalucía, y debiendo mantener la resolución administrativa de fecha de 22 de diciembre de 2009, respecto a los menores Jose Carlos y Obdulio , sobre la resolución de desamparo de dichos menores, así como de prórroga del **acogimiento residencial** adoptado en relación a los mismos. Sin imposición de costas a ninguna de las partes.»

SEGUNDO

Tramitación en segunda instancia.

1.- La representación procesal de doña Sagrario , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su conocimiento a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, que dictó [sentencia el 15 de noviembre de 21013 SIC \(PROV 2014, 13255\)](#) , cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número seis de Jaén, con fecha 17 de abril de 2013 , en Autos de Juicio de Oposición de Medidas de Protección de Menores, seguidos en dicho Juzgado con el número 1111/12, debemos de confirmar y confirmamos la referida sentencia, sin hacer especial mención de las costas causadas en esta alzada.»

TERCERO

Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La representación de doña Sagrario interpuso recurso de casación contra la anterior resolución con base en un único motivo, por infracción del [artículo 172.4 CC \(LEG 1889, 27\)](#) , del [artículo 9 del Decreto 282/02 de 12 de noviembre \(LAN 2002, 524\)](#) de Acogimiento Familiar y Adopción de la Junta de Andalucía .

2.- La Sala dictó Auto el 5 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Sagrario contra la [sentencia dictada, en fecha 15 de noviembre de 2013 \(PROV 2014, 13255\)](#) , por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 249/2013 dimanante de los autos de juicio de oposición de medidas administrativas en materia de menores nº 1111/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jaén.»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal interesó la estimación parcial del motivo.

4.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 2 de marzo de 2016, en que tuvo lugar.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO****Resumen de Antecedentes.**

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

1.- Por la representación procesal de doña Sagrario se interpuso con fecha 14 de diciembre de 2012 demanda de oposición a medidas de protección de menores y propuesta de constitución de **acogimiento familiar** preadoptivo contenidas en la resolución administrativa dictada por el Servicio de Protección de Menores de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Jaén, procedimiento 373-2011-00000094-3, por el que se declaraba la constitución del **acogimiento familiar** preadoptivo del menor Obdulio . Se alegaba que la decisión es injusta pues supone la separación del menor de su hermano Jose Carlos , también menor, con el que convive actualmente en un centro tutelado de Baeza; señalaba que la separación de los hermanos está proscrita del ordenamiento salvo muy contadas excepciones, además de que la medida supone la separación de los lazos afectivos con la madre biológica y la abuela del menor. Consideraba, en definitiva, que la decisión administrativa perjudica al hermano mayor Jose Carlos que quedaría solo en el centro **residencial** además de al pequeño Obdulio al romper todos los lazos que le vinculan con su familia biológica.

2.- Tanto el Letrado de la Junta de Andalucía como el Ministerio Fiscal contestaron oponiéndose a la demanda y solicitando la confirmación de la resolución administrativa.

3.- La sentencia de primera instancia de fecha 17 de abril de 2013 desestimó íntegramente la demanda, basándose, sobre todo, en los fuertes vínculos creados entre el menor Obdulio y la familia de acogida, la falta de recursos y habilidades de la familia biológica, siendo lo más recomendable el mantenimiento de la medida y la ruptura de lazos con la familia biológica (incluido el contacto con el hermano) ya que no es probable ni previsible la reinserción de Obdulio en la misma.

4.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte actora dictándose [sentencia de segunda instancia por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, de fecha 15 de noviembre de 2013 \(PROV 2014, 13255\)](#) , la cual desestimó el recurso de apelación formalizado por la demandante confirmando la sentencia de la instancia en todos sus puntos.

5.- El Tribunal de apelación se suma a la valoración que la sentencia de primera instancia ha hecho de la prueba practicada y concluye que:

(i) Existe falta de cuidados, atención y cariño hacia los menores, según los informes sociales que obran en el expediente administrativo.

(ii) Tales informes contienen datos que muestran que la madre biológica tiene escasos recursos y habilidades para atender adecuadamente a los menores.

(iii) La Administración intentó que los dos hermanos, Obdulio de cinco años y Jose Carlos de doce, fueran acogidos por la misma familia, habiendo encontrado una que estaba interesada en el acogimiento de Obdulio , y en aras del interés del menor se acordó la constitución de acogimiento familiar preadoptivo de éste con dicha familia.

(iv) Los últimos informes aportados sobre la evolución y situación actual del menor ponen de manifiesto que se encuentra integrado en la vida de los acogedores, haciendo recomendable que continúe en tal proceso de integración.

6.- A continuación añade el Tribunal citando legislación nacional, convenios internacionales, y jurisprudencia a partir de los hechos acreditados, que cuando se trata de ponderar el interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica, se advierte la jerarquía que ha de tener aquél interés. De ello colige que la sentencia de primera instancia no ha infringido la normativa del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) ni la doctrina jurisprudencial que la aplica.

7.- Contra la citada sentencia, resolutoria del recurso de apelación, interpuso recurso de casación la parte actora que articula en un motivo en el que se invoca la infracción del [art. 172.4 CC](#) , del [art. 9](#)

del [Decreto 282/02 de 12 de noviembre \(LAN 2002, 524\)](#) de Acogimiento Familiar y Adopción de la Junta de Andalucía y art. 9 de la [Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 \(RCL 1990, 2712\)](#) . En esencia, el recurso combate la decisión administrativa de establecer el acogimiento preadoptivo de uno solo de los menores, no habiendo agotado todas las posibilidades de encontrar una familia que acogiese a los dos hermanos, Obdulio y Jose Carlos , así como la ruptura total de los lazos entre ambos hermanos, entendiéndose que, al menos, debería de obligarse a facilitar la relación entre hermanos separados en los procesos de acogimiento o adopción.

8.- La Sala dictó [Auto el 5 de octubre de 2015 \(RJ 2015, 4563\)](#) admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por la parte recurrida.

9.- El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del recurso de casación, pero en aplicación del vigente [artículo 178.4](#) CC en relación con el [artículo 176 bis, punto 2](#) , CC , entiende conveniente que se favorezca la relación entre ambos hermanos con la supervisión y vigilancia de la Entidad Pública.

Recurso de Casación.

SEGUNDO

Decisión de la Sala.

1.- No combatiendo la parte recurrente el supuesto fáctico que se enjuicia resulta forzado el interés casacional alegado, pues la sentencia recurrida no se aparta del interés superior del menor como primordial en su toma de decisiones.

2.- La [sentencia de 20 de julio de 2015, Rc. 1791/2014 \(RJ 2015, 2786\)](#) , declara que: "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 ésta, 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 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 ella se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquél se encuentre en esa situación. Con esta Ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la [Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero \(RCL 1996, 145\)](#) , Ley de Protección Jurídica del Menor.

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 \(RCL 1990, 2712\)](#) .

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 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 \(RJ 2009, 4581\)](#) .

Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el 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...».

Hasta tal punto se contempla ese interés que la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas que les afecten se fijen en interés de ellos, incluso con independencia de lo pedido por las partes en litigio ([STC 10 diciembre 1984 \(RTC 1984, 120\)](#)).

3. Cabe citar 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 \(RJ 2012, 3924\)](#)); 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 \(RJ 2009, 4581\)](#)).»

4. 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 \(RCL 2015, 1136\)](#) , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la [Ley 26/2015, de 28 de julio \(RCL 2015, 1181 y 1896\)](#) con idéntica finalidad.

5. 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.»

6.- A la hora de llevar a cabo tal ponderación resultan relevantes los informes sobre el seguimiento y evolución del menor, de los que se infiere el beneficio que supone para Obdulio el acogimiento preadoptivo que se impugna. Qué duda cabe que sería aún más beneficioso para su interés por aproximación a su familia biológica, que el acogimiento fuese conjunto con su hermano, y así lo pretendió la Entidad Pública aunque con resultado infructuoso. La petición que hace el Ministerio Fiscal sobre la conveniencia de la relación entre ambos hermanos resulta, en principio, razonable, pero al no haber sido objeto de debate con la singularidad necesaria, esta Sala no debe decidir sobre tal extremo, sino que habrá de plantearse por quienes se encuentran legitimados para ello ex novo.

El motivo se desestima.

TERCERO

Conforme a los [artículos 394.1 y 398.1 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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

FALLAMOS

1

Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Sagrario representada por el procurador don Miguel Lozano Sánchez, contra la [sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el rollo de apelación 249/2013 \(PROV 2014, 13255\)](#), dimanante de los autos de juicio de oposición de medidas administrativas en materia de menores número 1111/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Jaén.

2

Confirmar la sentencia recurrida declarando su firmeza.

3

Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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.-Fernando Pantaleon Prieto .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.