

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 444/2015 de 14 julio

[RJ2015\3279](#)

H ★★★★★

GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES: CESACIÓN: DESESTIMACIÓN: ACOGIMIENTO PRE ADOPTIVO POR TERCERAS PERSONAS: no cabe modificarlo por un acogimiento a favor de los abuelos porque implicaría un peligro para su desarrollo físico y afectivo y riesgo de desubicación de su actual entorno socio familiar, educativo e incluso sanitario, en el que se encuentran integrados de forma positiva desde hace bastante tiempo: situación que sigue desarrollándose con un resultado beneficioso para los niños, que están superando las carencias sufridas a consecuencia de la desatención a la que se vieron expuestos durante la convivencia con sus progenitores, y que dio lugar a la declaración de desamparo.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 2398/2013

Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana

El TS casa la sentencia de la Audiencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la [sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón \(PROV 2013, 350400\)](#) , como consecuencia de autos de juicio verbal de oposición a medida de protección de menores nº 827/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por el Ministerio Fiscal y por la Dirección Territorial de Castellón de la Consejería de Bienestar Social de la Comunidad de Valencia, siendo partes recurridas don Bartolomé , representado por la Procuradora del turno de justicia gratuita, doña María Luisa Martínez Parra, don Lorenzo y doña Delfina , representados por la Procuradora doña Pilar Rico Cadenas. El procurador don Félix Guadalupe Martín, intervino en esta Sala en la representación de los padres de acogida, al amparo del artículo 13 apartado 1º de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Procurador Sr Medina Aina, en la representación que tiene acreditada de don Bartolomé , presentó demanda de oposición a las resoluciones de fecha 11 de junio de 2012 y 7 de septiembre de 2012, de la Dirección Territorial de Castellón de la Conselleria de Bienestar Social en los expedientes de protección nº NUM000 , NUM001 y NUM002 , relativos a los menores Enriqueta , Serafin y Abel .

El Procurador Sr. Medina Aina, en la representación que tiene acreditada de don Lorenzo y doña Delfina , presentó demanda de oposición a las resoluciones de fecha 7 de septiembre de 2012. de la Dirección Territorial de Castellón de la Consellería de Bienestar Social en los expedientes de protección nº NUM000 , NUM001 y NUM002 , relativos a los menores Enriqueta , Serafin y Abel .

Acumuladas ambas demandas, se recabó de la Consellería de Bienestar Social los expedientes administrativos NUM000 , NUM001 y NUM003 y, una vez recibidos, se concedió a la parte actora un plazo de 20 días para presentar en forma las demandas conforme a lo prevenido en el [artículo 780.4](#)

de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , presentándose dichas demandas en tiempo y forma, en las que se solicitaba que se dejara sin efecto las citadas resoluciones.

Admitidas a trámite las demandas, se emplazó a los demandados. La Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana compareció representada por la Letrada Sra Mira de Orduña Gil, contestando a la demanda en el sentido de alegar la excepción de falta de legitimación activa de don Bartolomé para impugnar la resolución de 11 de junio de 2012 por la que se declaró en situación legal de **desamparo** a la menor Enriqueta , al tiempo que se oponía en cuanto al fondo a las demandas, solicitando su desestimación, para que se declarasen ajustadas a Derecho las resoluciones impugnadas.

El Ministerio Fiscal contestó mediante escrito en el que solicitaba que se dictase sentencia por la que se desestimaran las demandas.

Se convocó a las partes a juicio verbal, que tuvo lugar el día 26 de febrero de 2013, con el resultado que obra en autos.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón, dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue

FALLO:Que debo desestimar y desestimo las demandas formuladas por el Procurador Sr. Medina Aina, en nombre y representación de Bartolomé , doña Pilar , don Lorenzo y doña Delfina , contra la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana y el Ministerio Fiscal, declarando ajustadas a derecho las resoluciones de la Dirección Territorial Bienestar Social de Castellón de fechas 11 de junio de 2012 y 7 de septiembre de 2012, dictadas en los expedientes de protección nº NUM000 , NUM001 y NUM002 , relativa a los menores Enriqueta , Serafin y Abel .

Todo ello sin realizar expresa imposición de costas a ningún litigante.

SEGUNDO

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de doña Pilar , don Bartolomé , doña Delfina y don Lorenzo . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, dictó [sentencia con fecha 31 de Julio de 2013 \(PROV 2013, 350400\)](#) , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO:Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Pablo Medina Aina, en nombre y representación de doña Pilar y D. Bartolomé contra la Sentencia número 164/2013 de fecha 5 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Castellón , en autos de demanda de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores tramitado bajo el número 827/2012, que la confirmamos en cuanto al recurso presentado, y sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas.

Y debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Pablo Medina Ama en representación de doña Delfina y don Lorenzo contra la Sentencia número 164/2013 de fecha 5 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Castellón , en autos do demanda de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores tramitado bajo el número 827/2012, que la estimamos, en cuanto se acuerda que el acogimiento de los menores de edad, Enriqueta , Serafin y Abel , por parte de doña. Delfina y don Lorenzo , siempre que se acepten las condiciones que se impongan por la Conselleria, y en la forma establecida ordinariamente, y en los fundamentos de la presente resolución, y sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas.

TERCERO

Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** el Ministerio Fiscal con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Al amparo del ordinal 4º del art

469.1 [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por considerar que la correcta valoración probatoria mostraría la indoneidad de los abuelos para asumir el acogimiento de los menores.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** fundado en un **ÚNICO: MOTIVO.-** Infracción del [art. 172 CC \(LEG 1889, 27\)](#) , en relación con el [art. 2 LO 1/1996 \(RCL 1996, 145\)](#) de protección de menores, sobre la prevalencia del interés del menor y limitado a la estimación de la solicitud de acogimiento familiar por parte de los abuelos paternos, con apoyo de la doctrina de esta Sala en relación con el interés del menor.

Por la Dirección Territorial de Castellón de la Consellería de Bienestar Social de Valencia se interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** fundado en un **ÚNICO: MOTIVO.-** Se interpone al amparo del ordinal 4 del [art. 469.1 LEC](#) , con vulneración del art. 24 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , por infracción de los [arts. 348 y 376 LEC](#) en cuanto a la valoración de la prueba practicada, por considerar que de la prueba practicada resultaría acreditado que resulta gravemente perjudicial para el interés de los menores su permanencia con la familia de origen, descartando expresamente la medida de acogimiento familiar con los abuelos paternos.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** fundado en un **MOTIVO:ÚNICO.-** Infracción del [art. 2 LO 1/1996](#) , así como de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en relación a la supremacía del interés del menor. Considera la entidad recurrente que el retorno del menor con la familia biológica solo puede decretarse en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de **desamparo** de menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentran, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido en la familia de acogimiento, su integración en ella, si obtiene de esa familia los medios necesarios para el desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. Por todo ello, sostiene que el interés de los menores no pasa por permanecer hasta su mayoría de edad bajo la tutela de la administración pasando de acogimiento en acogimiento ante la incapacidad de los abuelos por razón de su diferencia generacional para dar respuesta adecuada a las necesidades de los menores, y por su imposibilidad de garantizar la intromisión de sus progenitores.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por [auto de fecha 18 de febrero de 2015 \(PROV 2015, 68046\)](#) , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- El procurador don Félix Guadalupe Martín, en nombre y representación de los padres de acogida de los menores, presentó sendos escritos interesando se les tuviese por comparecidos, como parte legítima y directamente interesados en el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1º de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

Por [auto de 4 de noviembre de 2014 \(PROV 2015, 20249\)](#) , aclarado por el de 29 de abril de 2015, se accedió a la solicitud de intervención procesal, omitiendo en lo sucesivo incluir los datos personales de los padres de acogida preadoptivos.

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Pilar Rico Cadenas, en nombre y representación de don Lorenzo y doña Delfina , y la procurador doña María Luisa Martínez Parra, en nombre y representación de doña Pilar y don Bartolomé , presentaron escritos de impugnación al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día siete de Julio de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO

Los recursos que formulan el Ministerio Fiscal y la Dirección Territorial de Castellón de la Consellería de Bienestar Social traen causa de un procedimiento de oposición a medidas de protección de menores, iniciado en virtud de oposición a la resolución de **desamparo** acordada por la Dirección Territorial de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, en resoluciones de fechas 11

de junio y 7 de septiembre de 2012, por el que se denegaba el régimen de visitas de los padres y abuelos paternos con sus hijos y nietos; oposición planteada por don Bartolomé y doña Pilar, padres de los menores Serafin y Abel, y madre ella de la menor Enriqueta. En el procedimiento se personaron los abuelos paternos, don Lorenzo y doña Delfina, oponiéndose a la resolución de 7 de septiembre de 2012 por la cual se les denegaba el acogimiento familiar de los tres niños.

Una vez declarado el **desamparo**, los menores se encontraban en un centro de acogida, estableciéndose posteriormente un acogimiento familiar preadoptivo.

La sentencia del Juzgado desestimó las pretensiones tanto de los padres como de los abuelos. Formulado recurso de apelación por todos ellos, la sentencia de la Audiencia Provincial ratificó, de un lado, la situación legal de **desamparo**, y admitió, de otro, la oposición de los abuelos, dejando sin efecto el pronunciamiento preadoptivo, estableciendo al tiempo un acogimiento en familia extensa con los abuelos paternos; pronunciamiento que es el que se recurre a través de un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación de los cuales únicamente va analizarse el segundo por razones obvias, dado que sin alterar los hechos de la sentencia, lo que se pretende a través de la impugnación de la valoración probatoria es una calificación jurídica distinta de los mismos, como es la valoración del interés de los menores en mantenerlos en la familia de acogida con la que existen vínculos efectivos, y no con los abuelos, ya que estos no prestan ninguna garantía de estabilidad y no están en condiciones de eliminar los riesgos que han llevado a la situación de **desamparo**, además de que son personas de avanzada edad y de que hay una amplia diferencia generacional con sus nietos.

SEGUNDO

Ambos se estiman.

La sentencia considera que existen motivos en contra de acordar este acogimiento de los abuelos, como son "*son la diferencia de edad existente entre los abuelos y los nietos, la interferencia que pueda realizar D. Bartolomé en el desarrollo del acogimiento, y el hecho de estar ante nada más y nada menos que tres menores, con la carga de trabajo objetiva que ello representa para los abuelos al tratarse de personas mayores*". Sin embargo, considera que no está acreditado que los abuelos "*no pudieran realizar dicha función acogedora, con la patria potestad ejercitada por la Consellería y el control correspondiente, de una forma correcta. Por parte de la psicóloga del Centro de Acogida Penyeta Roja, se le preguntó si se había valorado la posibilidad de ir los menores con los abuelos, a lo que se vino a contestar que fueron ellos, los que manifestaron no poderse hacer cargo de los mismos, por lo que propuso un acogimiento pre adoptivo, y para el supuesto que manifestaran su disponibilidad, debería hacerse una evaluación de ello. Si bien D. Gumersindo igual informó de forma negativa a dicho acogimiento*".

Sigue diciendo la sentencia que Sala "*considera que existen posibles razones teóricas para negar dicho acogimiento, pero también debe darse la posibilidad de la permanencia de los menores con la familia extensa, y no realizar los trámites correspondientes para acordar adopciones, con la ruptura total que ello representa*" y que "*la diferencia de edad puede llegar a ser un problema, pero estamos ante una mera hipótesis. La disposición de los abuelos hacia los nietos, y la ayuda prestada al hijo ha sido la tónica general y dicho extremo debe ser valorado. Ciertamente y lógicamente, se tiene que tomar en consideración el bien de los niños, pero tampoco se puede privar a los abuelos directamente de la posibilidad de estar con los nietos...Los menores merecen estar con su familia, y también permanecer unidos -extremo que actualmente no se está produciendo puesto que se han propuesto dos familias acogedoras-, lo que redundará en su propio beneficio. Los abuelos, se han preocupado de los nietos, los han tenido bajo su cuidado -en concreto a Serafin a Enriqueta-, y no existe dato alguno que nos haga pensar, desde el punto de vista de la actual asunción de esta responsabilidad, que no la podrán desarrollar eficazmente*".

D. Bartolomé -y doña Pilar- añade, "*no vive con sus padres -ya que en este supuesto la resolución debería ser distinta, como ya se acordó en el auto que se ha señalado anterior- y dicho extremo debe también ser vigilado, puesto que en este supuesto nos podríamos encontrar con un fraude en su actuación, puesto que bajo dichas circunstancias, el acogimiento no sería en ningún momento otorgado ni sería beneficioso para los hijos. Los menores quedan bajo la tutela de la*

Generalidad, y en acogimiento de los abuelos, por lo que los padres ni tienen la patria potestad, ni ejercitan ningún derecho sobre los hijos, y cualquier ingerencia, produciría, la revisión de esta decisión".

Estas conclusiones no se admiten.

La jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo (SSTS 21 de diciembre de 2001 , [12 de julio de 2004 \(RJ 2004, 4371\)](#) , [23 de mayo de 2005 \(RJ 2005, 4139\)](#)). El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso ([STS 13 de febrero 2015 \(RJ 2015, 681\)](#)). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor.

Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida.

En el caso se han desatendido todos los informes que se han emitido al respecto sobre las carencias, situación, edad de los abuelos y capacidad para el correcto desempeño de las labores de crianza, en un ambiente hostil en razón a la influencia del padre de los niños y a la imposibilidad de poner freno al conflicto con el mismo. Estamos ante unos niños a los que se les impone una nueva relación familiar con los abuelos paternos (el retorno con sus padres se considera inviable), con evidente peligro para su desarrollo físico y afectivo y riesgo de desubicación de su actual entorno socio familiar, educativo e incluso sanitario, en el que se encuentran integrados de forma positiva desde hace bastante tiempo en situación de acogimiento familiar preadoptivo; situación que se ha desarrollado y sigue desarrollándose con un resultado beneficioso para los niños, que están superando las carencias sufridas a consecuencia de la desatención a la que se vieron expuestos durante la convivencia con sus progenitores, y que dio lugar a la declaración de **desamparo**.

Y es que ningún dato permite afirmar que el cambio del régimen de acogida impuesto en la sentencia sea beneficioso para los niños. No se ha tenido en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en las familias de acogida, su integración en un entorno satisfactorio, en el que se han desarrollado vínculos afectivos entre todos ellos y se han puesto a su disposición los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, como tampoco se ha tenido en cuenta si se mantienen o no de forma efectiva las referencias parentales con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico, a través de los abuelos, comporta riesgos relevantes de tipo psíquico o físicos. La medida ha sido resuelta de una forma insegura para el futuro, no simplemente inmediato, de los menores y ello no es lo más beneficioso para el interés de los niños.

TERCERO

La estimación del recurso de casación supone asumir la instancia. Como consecuencia, se casa y anula la sentencia recurrida en lo que se refiere al pronunciamiento de la misma sobre acogimiento de los menores, acordando, conforme se interesa en los recursos, reponer íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Castellón; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas por los recursos y en las dos instancias.

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

FALLAMOS

1º

Sin entrar a resolver sobre el recurso de extraordinario por infracción procesal, debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación formulados por el Ministerio Fiscal y la Dirección Territorial de Castellón de la Conselleria de Bienestar Social, contra la [sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón en fecha de 31 de julio de 2013 \(PROV 2013, 350400\)](#) .

2º

Con desestimación del recurso de apelación formulado por el Procurador don Pablo Medina Aina, en la representación que acredita, mantenemos en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Castellón en fecha de 5 de marzo de 2013 .

3º

- No se hace especial declaración en cuanto a las costas de los recursos. Tampoco de las causadas en ninguna de las instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.