

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 537/2015 de 28 septiembre

[RJ2015\4217](#)

H ★★★★★

**GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES: CESACIÓN: IMPROCEDENCIA:** reintegración de la menor con la madre biológica a partir de un cambio de circunstancias que no puede calificarse de objetivo pues no se da en la persona de la progenitora, sino que se fundamenta en la convivencia de ésta con otra persona: informes periciales que acreditan que continúa careciendo de habilidades como madre: el interés de la menor debe ser considerado desde la perspectiva de su adaptación favorable a su actual situación de acogimiento familiar.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Casación 2174/2013

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

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Consejería de la Junta de Andalucía.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la [sentencia \(PROV 2012, 244622\)](#) dictada en grado de Apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 1647/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Granada, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, representada ante esta Sala por el letrado de la Junta de Andalucía. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### PRIMERO

La procuradora doña Belén Sonía Sánchez Pozo, en nombre y representación de doña Rafaela , presentó escrito con fecha 11 de octubre de 2010, para oponerse a la resolución administrativa de fecha 7 de julio de 2010 dictada por la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía sobre Declaración de **Desamparo** de su hija menor Filomena y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que revoque la resolución administrativa de **desamparoy** acogimiento residencial de fecha 7 de julio de 2010 y se acuerde restituir a la menor con su madre.

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.- El Letrado de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime la pretensión del actor respecto del procedimiento 1647/10, de oposición al Acogimiento Residencial de Rafaela .

3.- 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 16 de Granada, dictó sentencia con fecha uno de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*FALLO: Que desestimando la demanda de oposición formulada por la representación procesal de DOÑA Rafaela contra la resolución administrativa de **desamparo** y acogimiento residencial acordada por la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social en Granada de la Junta de Andalucía de fechas 7 de julio de 2010, acuerdo no haber lugar a dejar sin efecto la referida resolución administrativa, ni a acordar reintegrar a la menor Filomena con su madre por haber desaparecido los motivos que motivaron dicha resolución, lo que no ha sido apreciado.*

## SEGUNDO

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Rafaela . La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, dictó [sentencia con fecha 11 de Mayo de 2012 \(PROV 2012, 244622\)](#) , cuya parte dispositiva es como sigue:

*FALLO: Estimando el recurso de apelación formulado por la representación de doña Rafaela , se revoca la sentencia apelada y, en su lugar, estimando la demanda de oposición, se revoca la resolución de **desamparo** y acogimiento residencial de 7 de julio de 2010, con la consiguiente restitución de la menor a la madre y restablecimiento en el ejercicio de la patria potestad, sin pronunciamiento sobre costas.*

## TERCERO

Contra la expresada [sentencia \(PROV 2012, 244622\)](#) interpuso **recurso de casación** la representación de la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social en Granada de la Junta de Andalucía con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Al amparo del [artículo 477.1. LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , fundándose en el infracción del [art. 172 CC \(LEG 1889, 27\)](#) que, tras definir la situación de **desamparo** , establece en su apartado. **SEGUNDO.-** Infracción de la doctrina jurisprudencia del TS. Al amparo del [artículo 477.2. 3º LEC](#) que establece que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por [auto de fecha 13 de mayo de 2015 \(PROV 2015, 135361\)](#) , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de septiembre de 2015, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

Dª Rafaela interpuso con fecha 7 de enero de 2011 demanda de oposición a medidas de protección de menores y propuesta de constitución de acogimiento residencial 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 Granada, por el que se declaraba a la menor Rafaela en **desamparo** y asumía su tutela. Se alegaba que, tras la condena de la pareja de Dª Rafaela por malos tratos y el temor de esta de permanecer en el domicilio en que cohabitaban, la niña fue ingresada en el centro de protección "Ntra. Sra. del Pilar" y la madre en una casa de acogida dependiente del Instituto Andaluz de la Mujer; que según los informes obrantes en las actuaciones, la madre presenta una evolución lenta, aunque positiva, por lo que muestra interés y está motivada en rehacer su vida e iniciar un nuevo proyecto de la misma junto a su hija, por lo que su interés principal es recuperar la guarda o tutela de la niña.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, con el argumento de que Dª Rafaela carece de habilidades como madre y que, si bien, su situación ha mejorado tras la convivencia con su nueva pareja, dicha mejora no es suficiente para acordar el retorno de la menor con ella; por tanto, teniendo en cuenta el superior interés de la menor, considera que ha de quedar bajo la tutela de la Administración hasta que la madre adquiera las habilidades necesarias.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte actora dictándose [sentencia \(PROV 2012, 244622\)](#) por la Audiencia Provincial de Granada, la cual estimó el recurso de apelación y revocó la resolución de la instancia con el resultado de dejar sin efecto la resolución administrativa de **desamparo** y acogimiento residencial de 7 de julio de 2010. Se afirma en la [sentencia \(PROV 2012, 244622\)](#) que se ha producido un cambio de circunstancias en la madre biológica derivada de la convivencia con su nueva pareja, no siendo suficiente motivo para mantener la tutela administrativa de la menor el hecho de que D<sup>a</sup> Rafaela no continuase colaborando con el equipo técnico para adquirir habilidades como madre pues la Audiencia estima que esas habilidades se adquieren con la práctica diaria en el cuidado de un hijo.

Recorre en casación el Letrado de la Junta de Andalucía, al amparo del ordinal 3º del [art. 477.2](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000 alegando la oposición a la jurisprudencia de esta Sala. Se ha adherido al recurso el Ministerio Fiscal.

## SEGUNDO

El escrito de interposición del recurso se articula en dos motivos, aunque pueden ser resumidos en uno, en el que se invoca la infracción del [art. 172.4 CC \(LEG 1889, 27\)](#) y la oposición a la doctrina contenida en las [sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 2005 \(RJ 2005, 4139\)](#), de [31 de julio de 2009 \(RJ 2009, 4581\)](#) y de [13 de junio de 2011 \(RJ 2011, 4526\)](#), conforme a la cual, considera la recurrente, es necesario para acordar la vuelta de los menores con sus padres biológicos, que el cambio de circunstancias que permita dicha vuelta no constituya una mera posibilidad, sino que sea objetivo, suficiente y que evite el riesgo de un nuevo **desamparo**, compensando el interés de la menor en que se mantenga el acogimiento. Sin embargo, entiende que la [sentencia \(PROV 2012, 244622\)](#) se aparta de dicha doctrina, en cuanto prevé que es posible el retorno de la menor al hogar materno fundándose en una simple posibilidad de que la reinserción sea factible y exitosa y sin abordar si esa mejora compensa el interés de la menor en la continuidad del acogimiento.

El recurso se estima.

Es doctrina de esta Sala, expresada en la sentencia de 31 de julio de 2009, que: A) *Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de **desamparo** por la Administración interpuesta al amparo del [artículo 172.6 CC](#), contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.*

B) *Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el **desamparo**, 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 encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".*

La [sentencia \(PROV 2012, 244622\)](#) recurrida se aparta de esta doctrina. La doctrina exige, de un lado, que el cambio de circunstancias permita la reintegración familiar y, de otro, que este cambio sea real para eliminar el riesgo de **desamparo**, siempre en interés de la menor, y es evidente que este interés se relativiza desde el momento en que el cambio se establece en base a un argumento meramente especulativo, como algo que se puede producir en relación al cambio de las condiciones objetivas, pero que no se ha producido hasta la fecha, " *aunque cabe la posibilidad de que, en el futuro, esas expectativas, que hoy aconsejan la revocación de la resolución de **desamparo**, se frustren*" permitiendo reconducir la situación " *con la seguridad, esta vez, de la incapacidad de D<sup>a</sup> Rafaela de asumir con responsabilidad los deberes inherentes a la patria potestad*". Ello supone una reintegración de la menor con la madre biológica a partir de un cambio de circunstancias que no

puede calificarse de objetivo pues no se da en la persona de la progenitora, sino que se fundamenta en la convivencia de esta con otra persona. Lo cierto es que los informes periciales acreditan que la madre continúa careciendo de habilidades como madre, que podía haber adquirido de no haber abandonado la casa de acogida, y que se ignora por completo la influencia que la nueva pareja pueda tener en el cuidado de la niña. El interés de la menor debe ser considerado no solo desde ésta perspectiva sino también de las derivadas de su adaptación favorable a su actual situación de acogimiento familiar, como se dice en el informe del Ministerio Fiscal.

### TERCERO

En consonancia, procede la estimación del recurso de casación formulado por el Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación que ostenta, y, en funciones de instancia, ratificar la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 16 (familia) de Granada de fecha 1 de junio de 2011 ; todo ello sin expresa declaración de las costas causadas en ambas instancias, dada la naturaleza del procedimiento, ni de las de este recurso.

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

### FALLAMOS

1

Estimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía en la representación que ostenta contra la [sentencia de 11 de mayo de 2012 \(PROV 2012, 244622\)](#) , dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada en el rollo de apelación n.º749/2001

.

2

Casamos la expresada [sentencia \(PROV 2012, 244622\)](#) , que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3

En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Dª Rafaela , y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Granada, con fecha 1 de junio de 2011 , en el procedimiento núm. 1647/2011.

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 Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. 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.