

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 60/2012 de 17 febrero

[RJ2012\3924](#)



**GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES:** Situación de desamparo: acogimiento familiar provisional preadoptivo: procedencia: rechazo de la madre biológica de cualquier ayuda oficial padeciendo un trastorno delirante, careciendo de recursos económicos y de residencia digna: interés del menor.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Casación 1242/2010

**Ponente:** Excma. Sra. Encarnación Roca Trías

Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero. El TS **declara no haber lugar** al recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el 06-05-2010 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, con imposición de costas a la recurrente

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, por **Dª Consuelo**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco García-Romeu García contra la [Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 6 de mayo de 2010 \(PROV 2010, 314641\)](#), en el rollo de rollo de apelación nº 217/2009, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, en los autos nº 320/2008. Ante esta Sala comparecen la Letrada de la GENERALIDAD-CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL, en nombre y representación de la CONSELLERÍA BIENESTAR SOCIAL, en concepto de recurrido. La Procuradora Dña. LORETO OUTERIÑO, en nombre y representación de Dña. Consuelo en calidad de recurrente; asimismo comparece el Ministerio Fiscal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### PRIMERO

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, interpuso Dª Consuelo, demanda de oposición a la resolución administrativa de **acogimiento** provisional preadoptivo dictada por la Dirección Territorial de Alicante de la Consellería de Bienestar Social Sección de Familias y Adopciones en el expediente NUM000, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se dicte sentencia que deje sin efecto dicha resolución y acuerde la permanencia de la menor Genoveva en **acogimiento residencial** o subsidiariamente en **acogimiento familiar** simple, estableciendo en cualquier caso un régimen de comunicación, visita y estancia de la menor con la demandante lo más amplio posible, que incluya todos los períodos de descanso escolar".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando el Ministerio Fiscal, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se tenga por contestada la demanda, y, tras los trámites legales previstos, se dicte sentencia de conformidad con el resultado de la prueba practicada".

La Letrada de la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, presentó escrito,

alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...se tenga por contestada la demanda, y se dicte Resolución en la que se desestime la pretensión de la parte actora y se confirme la resolución administrativa impugnada".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se convocó a las partes a juicio verbal, ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y admitidas y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante dictó Sentencia, con fecha 17 de noviembre de 2008 y con la siguiente parte dispositiva: "**FALLO: Que ESTIMANDO la demanda formulada por el Procurador Sr. GARCÍA ROMEY GARCÍA, en nombre y representación de DÑA. Consuelo contra CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL debo:**

1.- Acordar dejar sin efecto la resolución administrativa de **acogimiento familiar** provisional preadoptivo de la menor Genoveva , debiendo pasar la misma a **acogimiento residencial o acogimiento familiar simple**, estableciéndose a favor de la madre un régimen de visitas frecuente con la menor y un adecuado plan de intervención, para conseguir el retorno de la niña con su madre biológica, apercibiendo a la misma que en caso de incumplimiento de dicho plan de intervención podrá motivar el cambio de situación de protección de la menor.

2.- No procede expresa condena en costas a ninguna de las partes".

#### SEGUNDO

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la Letrada de la Generalitat Valenciana, en representación de la Consellería de Bienestar Social. Sustanciada la apelación, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó [Sentencia, con fecha 6 de mayo de 2010 \(PROV 2010, 314641\)](#) , con el siguiente fallo: "**ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Consellería del Bienestar Social contra la sentencia dictada con fecha 17 de noviembre de 2008 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Alicante resolución que revocamos y dejamos sin efecto, desestimando en consecuencia la demanda promovida por Dª Consuelo , y absolviendo de sus pedimentos a la recurrente, condenando a la actora al pago de las costas causadas en primera instancia y sin dictar especial pronunciamiento en lo que afecta a las costas procesales de esta segunda instancia**".

#### TERCERO

Anunciado recurso de casación por Dª Consuelo , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. Francisco García-Romeu García, lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Por vulneración del art. 172-4 , 160-1º y 161 del [Código Civil \( LEG 1889, 27 \)](#) .

Por resolución de 28 de junio de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

#### CUARTO

Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Letrada de la GENERALIDAD-CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL, en nombre y representación de la CONSELLERÍA BIENESTAR SOCIAL, en concepto de recurrido. La Procuradora Dña. LORETO OUTERIÑO, en nombre y representación de Dña. Consuelo en calidad de recurrente; asimismo comparece el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por [auto de fecha 11 de enero de 2011 \(PROV 2011, 28801\)](#) y evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal, presentó escrito, impugnando el recurso de casación interpuesto y solicitando la confirmación de la Sentencia.

La Letrada de la Consellería de Bienestar Social, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

#### QUINTO

Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiséis de enero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

#### Resumen de los hechos probados

1º D<sup>a</sup> Consuelo , nigeriana de origen, tuvo una hija en España el 12 noviembre 2006. El 5 junio 2007, después de una serie de problemas de la madre, se declaró la situación de desamparo de la niña, acordándose la tutela automática. A partir de 2007, no se autorizaron las visitas de la madre.

2º La madre D<sup>a</sup> Consuelo , fue ingresada en la unidad de psiquiatría del Hospital clínico de Alicante, después de diversos episodios de violencia en la calle y en el propio centro de acogida de su hija.

3º En los documentos administrativos del expediente de tutela de la administración y en los informes de los servicios psico- sociales, que fueron acordados por el Tribunal de instancia, se constata que en 2009, la madre padece un "trastorno delirante persistente sin especificación", con nula conciencia de su enfermedad y sin seguir el tratamiento prescrito. En el informe de los servicios psico-sociales se concluye que "no se observan circunstancias personales y socio-laborales estables que nos lleven a la consideración de haberse producido cambios que reflejen la estabilidad de su situación desde la declaración de desamparo de la menor y por tanto supongan elementos de oposición al acogimiento familiar provisional de la menor". La madre carece de recursos económicos y de una residencia digna; había rechazado ayudas oficiales, el ingreso en un piso tutelado y no tiene trabajo.

4º El 12 febrero 2008, la administración tutelar decidió que era procedente cesar el **acogimiento residencial** de la niña Genoveva y acordar el **acogimiento familiar** provisional con carácter preadoptivo.

5º D<sup>a</sup> Consuelo formula una demanda en oposición a la resolución administrativa de **acogimiento familiar** provisional preadoptivo contra Generalitat Valenciana, Conselleria de Bienestar social en la que pidió que se dejara sin efecto la resolución sobre el **acogimiento** preadoptivo y se acordara la permanencia de la menor en **acogimiento residencial** o subsidiariamente, en **acogimiento familiar** simple, con un régimen de visitas, comunicación y estancia de la menor con la madre lo más amplio posible. La Generalitat contestó la demanda pidiendo su desestimación.

6º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Alicante, de 17 noviembre 2008 , estimó la demanda. Dijo que al parecer había quedado subsanada la situación que produjo la medida de tutela automática y que por ello se entendía que debía dejarse sin efecto "[...] el **acogimiento preadoptivo acordado, dado que el mismo solo se puede acordar en supuestos de imposibilidad de retorno de la menor con la familia biológica, lo que no ha quedado suficientemente acreditado en este caso**" , de modo que debía establecerse un **acogimiento residencial** simple, con un régimen de visitas frecuente con la menor y un adecuado plan de intervención para conseguir el retorno de la niña con la madre biológica.

7º La Generalitat Valenciana, Conselleria de Bienestar social, apeló la sentencia. Se admitió la práctica de la prueba en esta instancia, aportándose una serie de documentos y celebrándose la oportuna vista. La [SAP, sección 6ª, de Valencia, de 6 mayo 2010 \(PROV 2010, 314641\)](#) estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de 1ª instancia y desestimó la demanda. Valoró toda la prueba practicada a la vista de la [STS 565/2009, de 31 julio \( RJ 2009, 4581 \)](#) . Se dijo que: **a)** el régimen de visitas establecido, aunque fue inicialmente observado por la madre, "*fue de forma reiterada incumplido dando lugar a determinados incidentes*"; **b)** se constataba la producción de determinados sucesos, el no seguimiento por la madre de las ayudas y planes ofrecidos, la no constancia de que se hubiese producido una mejoría de la madre y de que se hubiese estabilizado su situación **residencial** y económica, ni que se hubiese mejorado su padecimiento psíquico; **c)** no se estima acreditado que se hubieran modificado, corregido ni menos eliminado "*las circunstancias que determinaron objetivamente que la Administración demandada dictase las sucesivas resoluciones que declararon el desamparo de la menor, y más tarde el **acogimiento familiar** provisional, aunque preadoptivo*" , es decir, que haya desaparecido el riesgo en que se hallaba la menor, puesto que "a

pesar de lo alegado por la demandante, se estima que no ha evolucionado favorablemente ni en forma suficiente, ni su padecimiento psíquico, ni medios de vida, lo que si así hubiese acaecido, podría haber permitido y aconsejado reintegrar a la menor a su medio **familiar** de origen".

8º. Dª Consuelo presenta recurso de casación, de acuerdo con el art. 477.2 , 3º [LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , por presentar el asunto interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las AAPP. Fue admitido por [ATS de 11 enero 2011 \(PROV 2011, 28801\)](#) .

Figura el informe del Ministerio Fiscal, que impugna el recurso.

Figura asimismo el escrito de oposición de la parte recurrida.

## SEGUNDO

. **Motivo único** . Infracción de los [arts. 172.4 , 160.1 y 161 CC \( LEG 1889, 27 \)](#) , porque la sala no se ha cuestionado ni la orden de desamparo ni la resolución de 10 octubre 2007, que ratificó la declaración, ni la de 12 febrero 2008, que era la impugnada directamente, por la que se decidió cesar el **acogimiento residencial** y pasar al **familiar** de carácter provisional y preadoptivo. La protección de la menor podría llevarse a cabo mediante el **acogimiento residencial** o **familiar** no preadoptivo, que puede ser simple o permanente, porque el preadoptivo va a romper los lazos con la familia biológica. Además, no se ha aplicado un adecuado plan de intervención de los servicios sociales para facilitar el retorno de la hija. Se citan como jurisprudencia contradictoria las sentencias de la sección 2ª de la AP de Castellón, de 4 octubre 2006 y de la misma sección y audiencia, de [25 noviembre 2008 \(PROV 2009, 132853\)](#) y las [SSAP de la AP de Sevilla, sección 2ª de 28 julio 2008 \(PROV 2009, 14944\)](#) y [13 febrero 2009 \(PROV 2009, 251362\)](#) . Las dos primeras consideran que se debe primar la posibilidad de reintegrar los menores a la familia de origen. La sentencia recurrida no ha valorado si la entidad pública ha cumplido la obligación de procurar el retorno del menor a la familia de origen a través del adecuado plan, que no se ha llevado a cabo, descartándose así la vuelta de la menor a su familia, con lo que no se protege el interés de la menor de forma adecuada.

El motivo no se estima .

## TERCERO

Los problemas de protección del menor en relación con la familia de origen han sido ya resueltos por esta Sala, en la [STS 565/2009, de 31 julio \( RJ 2009, 4581 \)](#) , que contiene la doctrina que debe aplicarse. La sentencia sienta doctrina en relación a dos puntos: respecto a si el juez debe tener en cuenta las circunstancias del momento de la declaración de desamparo o las del momento en que debe decidir, la sentencia dice que *"En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del [Art. 172.6 CC \( LEG 1889, 27 \)](#) , 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"*. Sin embargo, esta doctrina no debe aplicarse aquí, porque el problema del caso se centra en la determinación del interés del menor.

En el segundo punto, es decir, cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos, la citada sentencia sentó la siguiente doctrina: *"[...] 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 recurrente olvida la doctrina de esta sentencia y pide que se unifique la de las Audiencias

Provinciales, que cita, por lo que no concurre el interés casacional que alega. La doctrina reproducida debe aplicarse al presente recurso de casación, ya que,

1º A pesar de lo afirmado en el recurso, ha quedado probado que la administración tutelar ha tomado las medidas correspondientes para procurar la integración de la madre recurrente y que ésta ha rechazado cualquier tipo de plan que se ha puesto a su disposición.

2º Tal como se afirma en la doctrina sentada en la [sentencia 565/2009 \(RJ 2009, 4581\)](#) , seguida por las [SSTS 397/2011, de 13 junio \( RJ 2011, 4526 \)](#) y [84/2011, de 21 febrero \(RJ 2011, 2362\)](#) , el interés del menor es preferente en estos casos.

3º No puede considerarse que la administración tutelar haya actuado de una forma extralimitada, ya que ha puesto todos los medios al alcance de la recurrente para procurar la reunificación de la familia, tal como aparece en la abundante prueba practicada. Los medios aplicados no han dado el resultado apetecido, por lo que la protección de la menor requiere que se mantenga la medida acordada.

#### CUARTO

La desestimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Consuelo contra la [sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, de 6 mayo 2010 \(PROV 2010, 314641\)](#) determina la de su recurso de casación.

De acuerdo con lo establecido en el [art. 398.2 LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , corresponde imponer las costas de la casación a la recurrente, aunque con aplicación del art. 36.2 de la [Ley 1/1996, de 10 enero \(RCL 1996, 89\)](#) , de Asistencia jurídica gratuita, en virtud de lo dispuesto en el [art. 394.3 LEC](#) .

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

#### FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Consuelo contra la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, de 6 de mayo de 2010 \(PROV 2010, 314641\)](#) , dictada en el rollo de apelación nº 217/2009 .

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Se imponen a la parte recurrente, las costas de este recurso.

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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .- Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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.