

SENTENCIA /22

=====

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D.

MAGISTRADOS:

D.

=====

En la Ciudad de a 20 de diciembre de 2022.

La **Sección Primera de esta Audiencia Provincial**, ha visto y oído en grado de apelación, **Rollo nº /22**, los autos sobre oposición a la resolución administrativa que acuerda iniciar procedimiento de guarda con fines de adopción y de Extinción de Acogimiento Familiar Temporal, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº de , seguidos con el nº /21, entre partes, de una como apelante representada por la Procuradora y dirigida por la Letrada D^a. y de otra como demandada apelada la CONSEJERIA DE IGUALDAD Y POLITICAS SOCIALES DE LA JUNTA DE

D. ; habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la Sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº de , se dictó Sentencia con fecha 1 de febrero de 2022, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

“Que desestimo la demanda de oposición formulada por D^a.

, representada por la Procuradora

y defendida por la Letrada

contra la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de
, representada y defendida por el Sr. Letrado



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	1/16

en relación a la resolución de fecha 12 de febrero de 2021 de guarda con fines de adopción y de extinción del acogimiento temporal. Todo ello sin imposición de costas.”.

TERCERO.- Contra la referida Sentencia y por la representación procesal de la demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde se formó el rollo correspondiente y seguido el recurso por sus trámites, se señaló para Votación y Fallo el día 20 de diciembre de 2022, solicitando la parte apelante la estimación de la demanda; por el Ministerio Fiscal y la entidad pública, se interesó la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de la presente apelación se concreta en la decisión de la Delegación Territorial de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, documentada en resolución de fecha 12 de febrero de 2021, por la que se acuerda la guarda con fines de adopción y resolución de extinción de acogimiento temporal del menor , nacido el día de de 2020.

Frente a la misma se alza la recurrente, madre biológica del menor, alegando, esencialmente, error la valoración de la prueba practicada y en la conclusión alcanzada sobre la existencia de una situación de desamparo de su hijo, con infracción de los arts. 172 y ss. del CC y art. 780 de la LEC, oponiéndose frontalmente a la guarda con fines de adopción, reclamando en definitiva la entrega de su hijo. La entidad demandada apelada y el Ministerio Fiscal, en trámite de oposición al recurso, solicitaron la confirmación de la sentencia apelada.

Centrada la materia que debemos examinar, alega la recurrente como motivo de impugnación, el error en que incurre la resolución apelada.

En cuanto a la valoración de la prueba debemos, en primer término, recordar que, como esta Sala tiene sentado reiteradamente, el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial “*ad quem*” para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de derecho o de hecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un “*novum iudicium*” (SSTC 194/1990, 152/1998, 21/2003), por lo que el Tribunal de apelación puede, así, valorar las



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación			
			2/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

pruebas practicadas en primera instancia y revisar la ponderación que haya efectuado el Juez “a quo”, pues en esto consiste, precisamente, una de las finalidades inherentes al recurso de apelación. La doctrina del Tribunal Supremo (SS. 10/nov/2004 6/jul/2006, con remisión a la STC 3/1996), establece los límites de las facultades del Tribunal de apelación pues no debe olvidarse que si bien la apelación, dada su condición de recurso ordinario, otorga al Tribunal “ad quem” la más amplia competencia para revisar lo actuado por el juzgador de instancia tanto en lo que afecta a los hechos y a la valoración de la prueba, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas, oportunamente deducidas por las partes y para comprobar si las normas sustantivas o procesales han sido aplicadas correctamente, sin que ello suponga como recoge la Exposición de Motivos de la LEC que en la apelación puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso. A la luz de lo expuesto, es llano que este Tribunal no está sujeto a la valoración de la prueba a la que ha llegado la Juez “a quo”.

SEGUNDO.- Son datos relevantes para resolver la cuestión que se plantea en esta alzada los siguientes.

Con fecha 24 de marzo de 2020 se remitió comunicación al Servicio de Protección de Menores (SPM) de por parte Centro de Servicios Sociales Comunitarios, dando cuenta de una posible situación de desamparo de un menor y la necesidad de una actuación urgente ante la desprotección del mismo. La notificación recibida dio lugar a la inmediata actuación del SPM recabando toda la información posible tanto de la Diputación de , área del Centro de Servicios Sociales Comunitarios como de la Policía Local de que se persono en el domicilio donde residía la madre, con, al parecer, una amiga y su hijo, el mismo día 24 sobre las 21:55 horas, obrando en los autos el informe de 26 de marzo del resultado de su actuación.

Con fecha 26 de marzo el equipo de SPM emite un informe proponiendo las medidas que garantizan la protección del menor, ante, lo que valoran como una situación de riesgo. En fecha 31 de marzo de 2020 se inició Procedimiento de desamparo y se declaró provisionalmente, constituyéndose acogimiento familiar de urgencia. El SPM mantuvo el día 6 de abril de 2020 conversación telefónica con la madre, D^a. , quien les manifestó su intención de trasladarse a donde las posibilidades laborales son mayores, igualmente manifestó por escrito que rechaza el documento firmado el día 1 de abril, por cuanto lo rubrico sin leerlo, es francesa y estaba en español, que no tiene ningún problema mental, que quiere a su hijo y es su voluntad tenerlo con ella, recuperarlo lo antes posible, acompaño certificado expedido por D. , su médico tratante (sic) desde 2014, manifiesta que nunca ha notado ningún trastorno o enfermedad psiquiátrica en la Sra. .

Debido al estado de alarma no se pudieron realizar las visitas



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	3/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

programadas de la Sra. son su hijo, la primera se realizó el 24 de junio de 2020, se programaron varias visitas más a las que no acudió la Sra. , avisando siempre con antelación de la imposibilidad. El SPM mantiene contacto permanente con la recurrente, manifiesta que reside en , explicando que está intentado buscar un domicilio estable, un trabajo, refiere escasez de recursos y que depende de un subsidio por desempleo que cobra de Francia. Con fecha 3 de agosto de 2020 se acuerdo de ampliación del plazo de resolución del procedimiento de desamparo.

El 26 de agosto de 2020, ante la falta de respuesta de la madre que no aporta un domicilio, tampoco información para iniciar una intervención en su zona de residencia, mediante una entidad colaboradora se comunica con ella y realiza una última visita el 3 de septiembre de 2020. El 30 de septiembre se procede al cambio de modalidad de acogimiento de urgente a temporal con los mismos acogedores que ostentaban la guarda.

Con fecha 19 de octubre de cita a la madre en el SPM, manifestando la Sra. que reside en , que sigue buscando un domicilio estable, que no puede dar una dirección se lo impide su casero, sigue buscando empleo, expresa sus dificultades que encuentra por el idioma y su carácter tímido, reitera su desacuerdo con los acuerdos de desamparo, sin ingresos tiene dificultades para visitar a su hijo, le comunican que ante esta situación el equipo está valorando la ratificación del desamparo, la suspensión de contactos con su hijo, y un alternativa familiar más estable mediante la guarda con fines de adopción, en la referida entrevista manifestó que no estaba de acuerdo, quería recuperar a su hijo, que está buscando empleo y dio la dirección de los Servicios Sociales de para recibir la documentación, se le dio un plazo de 10 días para alegaciones.

El 5 de noviembre de 2020 se hace una valoración de desprotección grave, proponiendo ratificar la medida de desamparo del menor e iniciar el procedimiento de guarda con fines de adopción, se suspende el régimen de contactos establecido con su progenitora. Finalmente. Con fecha 12 de febrero de 2021 se acuerda constituir la guarda con fines de adopción y extinguir el acogimiento temporal, resolución que es recurrida ante el Juzgado de 1ª Instancia, que desestima la oposición a la medida, resolución que es objeto de la presente apelación.

TERCERO.- Sobre esta materia conviene destacar que debe primar el interés del menor sobre la posible reinserción en la familia biológica, así nuestro Alto Tribunal ha sentado un cuerpo de doctrina sobre el interés del menor. La declaración administrativa de desamparo de un menor se rige por los arts. 172 y ss. del CC en su redacción dada por la Ley 26/2015 de 28 de Julio de modificación del sistema de Protección de la infancia y adolescencia.

La STS de 2-12-2015 nº 687/15: *“La sentencia de 20 de julio de 2015, Rc.*



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación			
		Página	4/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

1791/2014 , declara que: "La Constitución Española de 1978, 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, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil 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, 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). 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, 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. 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



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación			
		Página	5/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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).".

También la STS de 17-3-2016 nº 170/16, que el interés del menor se configura 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. 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.

Es ilustrativa la STS de 31-7-2009 nº 565/09, sobre la necesidad de tener en cuenta las circunstancias posteriores a la declaración de desamparo y la evolución positiva de los padres biológicos: *"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 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."*, para sentar la siguiente doctrina: *"En conclusión, esta Sala sienta la doctrina de que 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*



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	6/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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.”.

CUARTO.- La demanda se formula frente a la resolución definitiva de fecha 12 de febrero de 2021 que acuerda constituir la guarda con fines de adopción del menor , que ratifica la resolución provisional de guarda con fines de adopción de fecha 15-1-2021, que a su vez da respuesta al acuerdo de inicio del procedimiento de guarda con fines de adopción de fecha 25-11-2020.

La demanda es desestimada en la sentencia combatida que, en esencia, se fundamenta en lo siguiente: “De este modo, con los hechos que hemos declarado probados y siendo así que, a pesar de constatar una evolución favorable en la madre biológica, no se ha acreditado fehacientemente que exista una evolución lo significativamente favorable como para asumir la guarda y custodia del menor , y lo más importante, que ello sea positivo para el mismo. En efecto, ha quedado probado que el menor está con la familia de guarda con fines de adopción, con una evolución favorable, no se mantienen las referencias parentales del menor con la madre biológica, dado que desde el nacimiento se produjo la situación de desamparo.”, es decir, la prueba practicada, si bien pone de manifiesto una evolución favorable de la madre biológica, no acredita que sea suficiente para asumir la guarda de su hijo.

En el escrito de la recurrente se alega como motivos de impugnación, vulneración y menoscabo del prioritario interés del menor, que la actuación de la administración, ilícita e injustificada, ha producido autentica indefensión tanto al menor como a la madre con vulneración del art. 24 de la CE, siendo la medida adoptada de retirada del menor desproporcionada y perjudicial. Afirma que la intervención de los servicios sociales carece de justificación, la Sra. no quería ni quiere renunciar a su hijo ni entregarlo en adopción, los traslados de la madre están plenamente justificados obedeciendo a necesidades laborales y con la plena intención de ofrecer un mejor futuro a su hijo. Los datos que se ofrecen como argumento del desamparo del menor no se ajustan a la realidad, la Sra. nunca ha estado conforme con la retirada de su hijo y el acogimiento temporal familiar se acuerda con la negativa de la madre, no se acredita que esta se encuentre en una situación de riesgo, tampoco que ocultara su residencia, la Sra. no padece enfermedad mental, ni consume alcohol o drogas. La comunicación con el SPM se hizo más dificultosa por la barrera del



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación			
		Página	7/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Idioma, los hechos se desarrollan en plena pandemia con las dificultades que tal situación planteo en orden a la posibilidad de viajar o comunicar físicamente, concluyendo que la Sra. es una persona apta y capaz para sumir la guarda y custodia de su hijo. En definitiva, se cuestiona la valoración de la prueba por parte del órgano de instancia, claramente errónea, interesando dejar sin efecto la resolución de 12 de febrero de 2021 de guarda con fines de adopción, la extinción del acogimiento temporal y archivo de cualquier expediente administrativo abierto referente a la Sra. y su hijo, acordando la restitución del menor a su madre D^a.

La Sala considera que en un primer momento la intervención del Servicio de Protección de Menores (SPM) de , alertado por el Centro de Servicios Sociales Comunitarios , que recibió la denuncia inicial el 24 de marzo de 2020 por parte de , amiga de la Sra. y el informe de la Policía Local de , está justificada y formalmente legitimada, encontrándose amparada por una posible situación de riesgo y desprotección del menor. Es por lo que acordar el acogimiento familiar de urgencia y posteriormente, el 31 de marzo, iniciar el procedimiento de desamparo provisional del menor no puede tacharse de arbitrario o injustificado.

Dicho esto, toda la actuación posterior de la administración tutelar de menores no es precisamente un ejemplo de eficacia y garantía, tanto de los derechos del menor como de la madre. No hay que olvidar que el acogimiento familiar temporal, de carácter transitorio, puede tener una duración máxima de 2 años, y aun se puede prorrogar si lo requiere el interés superior del menor art. 173 bis del Código Civil, en el asunto que nos ocupa en 7 meses -5-11-2020-, se decidió la guarda con fines de adopción.

QUINTO.- El análisis detallado del expediente y de las resoluciones que se adoptaron obrantes en el mismo, arrojan luz sobre la fragilidad de sus argumentos conforme avanza la instrucción. Afirmación que descansa sobre la actividad probatoria desplegada, solo contamos con la documental, véase el expediente administrativo, y la declaración en la vista de la Sra.

Así, cobra especial importancia el expediente y por ende su tramitación, este contiene la manifestación referencial, ni siquiera se le toma manifestación en el expediente, de la supuesta amiga de la Sra. , con la que se traslada de a . Esta mujer, que llamo a los Servicios Sociales según el expediente, es la que mantiene inicialmente que la Sra. tiene problemas mentales, que no sabe cuidar al bebe, que tiene agorafobia, que no cuenta con apoyo familiar, y también recibe a la Policía Local, que le otorgan un especial valor a sus manifestaciones en la noche del 24 de marzo, así se recoge lo siguiente en la actuación del SPM: *"En el informe policial se indica que en la visita realizada en la noche del 24 de marzo, la información es principalmente proporcionada por , que presenta un discurso fluido y sensato, sin que se le apreciaran signos de confusión o alteración por efectos de alcohol, drogas*



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	8/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

o fármacos. Transmite básicamente la misma información que aportó a los Servicios Sociales Comunitarios: manifiesta su malestar y enojo con el comportamiento de , que no se ocupa de su hijo y que ha llegado a manifestar “que lo iba a matar”. También informa de su estado de salud y de aislamiento y que aún en esas circunstancias es ella la que tiene que hacerse cargo de los cuidados del niño e incluso dormir con él para protegerlo. Por su parte, la madre del menor se muestra más reservada, tímida y reacia a colaborar. Presenta mal aspecto (ojos enrojecidos, ojeras, decaimiento general, erupciones cutáneas en la cara), muestra apatía e incomodidad ante la presencia de la Policía. Tras la intervención policial, se aprecia deseo de apaciguar la tensión y, tras la solicitud de un compromiso expreso y convincente sobre la seguridad y bienestar del menor, responde “con cierta convicción y decisión que el niño estará bien, que dormirá con ella pese a que no debiera hacerlo, siendo consciente del peligro de contagio si finalmente resultara positivo por coronavirus.”.

Sin embargo, lo cierto es que nunca declaro en el expediente, todo son referencias, en el juicio no compareció como testigo no fue propuesta, tampoco los Policías Locales. Por el contrario, reseña el expediente los siguientes datos relativos a la : “Respecto a , informan que tiene antecedentes en Servicios Sociales Comunitarios del año 2012, donde se informó al Servicio de Protección de Menores de una situación de grave riesgo a nivel prenatal ya que se encontraba embarazada y sufría una patología dual (enfermedad mental y consumo de drogas). Se le tramitó PNC por tener grado de discapacidad del 65% por trastorno mental y cuando se le estaba gestionando la Dependencia se marchó a (), lugar donde se derivó el caso a los servicios sociales. tiene su familia y un hijo, con espectro aurista, en dicha Comunidad Autónoma.” (sic). Esta información, que debió alertar al SPM, solo hace que restar credibilidad o fiabilidad al testimonio referenciado de frente a las manifestaciones de la Sra. , que expreso su voluntad en el expediente, clara y precisa, de oposición a que dieran en acogimiento a su hijo, su única petición a los servicios sociales era de ayuda temporal mientras encontraba trabajo, voluntad que reitero con rotundidad en la vista celebrada en la instancia. Añadir que, con posterioridad, escribo una carta (documento 47 del expediente) explicando la situación real en la que se encontraba antes y después del parto, retractándose de sus anteriores manifestaciones y negando lo que se recoge en el expediente del SPM.

Continuando con el expediente, con solo estos mimbres, lo apuntado anteriormente, la información suministrada por y el informe de la Policía Local, en fecha 31-3-2020, se inicia el Procedimiento de Desamparo. La Sra. expresa su intención de ir a donde cuenta con mejores posibilidades laborales y buscar un domicilio, desconocemos porque esta, en principio razonable decisión, se le cuestiona. Posteriormente, el 6 de abril 2020, la Sra. contacta con el SPM, concretamente con la mediadora



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación			
			9/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Intercultural, se muestra en desacuerdo con los argumentos de desamparo, afirma no tiene problemas psicológicos, no fuma, ni bebe, ni consume drogas, aporta informe de su médico en Francia que niega cualquier trastorno mental. Pese a ello, el expediente continuo, visitando a su hijo el día 24-6-2020, programándose varias vistas más, que no se pudieron cumplir. Desde ese momento el contacto telefónico entre la mediadora y la madre fue permanente, se le indica que acuda a los servicios sociales de su zona, igualmente desconocemos porque el SPM de no trata de contactar con los servicios de o para obtener información que dicen se les niega por la madre. La Sra. vuelve a explicar las dificultades para encontrar trabajo y que solo cobra el desempleo. El 3-8-2020 se amplía el plazo del Procedimiento de desamparo, la familia seleccionada fue declarada idónea mediante resolución administrativa de 14-8-2020, antes de resolver el expediente. Con fecha 26 de agosto de 2020, se ponen en contacto con la madre y se programa una visita para el 3-9-2020, esta sería la última vez que vio a su hijo, se han producido en total 3 visitas.

Con fecha 19 de octubre de 2020 se cita a la madre, con la intención de suspender del régimen de relaciones familiares (art. 161 del CC). Contesta la Sra. que reside en , sigue en la búsqueda de un domicilio y trabajo estable, y que quiere tener a su hijo, que estos problemas laborales han impedido un contacto más frecuente con su hijo. El menor lleva más de 6 meses en acogimiento, modificado de urgente a temporal con la misma familia, en esa situación la administración acuerda la ratificación del desamparo, la suspensión de contactos de la Sra. con su hijo y una alternativa familiar más estable. La madre, en la comparecencia efectuada el 19-10-2020 contesta por escrito: *"No estoy de acuerdo, quiero recuperar a mi hijo . Estoy buscando trabajo todos los días. Vivo en un apartamento, pero el dueño no quiere que ponga la dirección de su casa para recibir cartas. Por tanto, cedí la de los Servicios Sociales de mi pueblo para recibir los documentos. Haré todo lo posible para encontrar un trabajo. Amo a mi hijo y quiero recuperarlo."* Con fecha 5 de noviembre de 2020 se emite informe propuesta, fijando una valoración global del nivel de gravedad como desprotección grave, que se aprueba el 11-11-2020, en resolución de 25-11-2020 se acuerda: *"Iniciar el procedimiento para la constitución de la Guarda con fines de Adopción con respecto al/a los menor/es nacido/a en () el día de de 2020."* En fecha 12 de febrero de 2021 recae resolución definitiva de constituir la guarda con fines de adopción.

SEXTO.- Sentado lo anterior, se celebró la vista en la que la Sra. niega que tuviera una relación con , que nunca intento dar en adopción al menor (minuto 24), expreso su dificultad para entenderse con el personal del SPM por el idioma, solo pidió que recogieran a su hijo mientras se recuperaba (minuto 25), lo que percibía era una prestación por desempleo de Francia no una pensión por enfermedad. Nunca ha sufrido agarofobia o depresión, (minuto 26), lo que ocurrió el día 24-3-2020 fue una discusión con , sin que ella



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación			
		Página	10/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

expresara dudas sobre la crianza del bebe. A ella le quitaron su hijo, fue contra su voluntad, solo necesitaba ayuda en su recuperación, se marchó a para buscar trabajo, esto es lo que le exigían en los Servicios Sociales para darle a su hijo, siendo allí más fácil la búsqueda, estar más cerca de su casa y conoce más gente que la pudiera ayudar. En cuanto a las visitas, en un principio le dijeron que lo visitara un día a la semana, pero luego le dijeron que una vez al mes.

A mayor abundamiento, en el procedimiento se aportó documental que fue admitida, así contrato laboral indefinido de la Sra. desde el pasado 23 de mayo de 2022 percibe unos emolumentos de 1.232,98 euros, contrato de alquiler de fecha 1 de junio de 2022 de una vivienda sita en la C/

de , allí se ha empadronado, donde tiene una habitación acondicionada para su hijo. Igualmente se aportó junto al recurso analíticas de la Sra. que descartan el consumo de drogas, documentos 36 y 34, cartas de su familia, su tío y hermana , que rechazan la supuesta falta de apoyo familiar. Por el contrario, no consta en el expediente de guarda ni un solo dato sobre una posible enfermedad mental, o que produjera daños al menor, demostrativo de una conducta de desatención o negligencia en el cuidado del bebe en las dos semanas posteriores al nacimiento. Además, no debemos olvidar, y parece que lo hace el instructor del expediente, la situación de pandemia por el Covid, declarándose el 14 de marzo de 2020 el Estado de Alarma, y que todas las fases de la desescalada se prolongaron hasta el 9 de mayo de 2021, no siendo un proceso homogéneo en todo el territorio nacional. Estas circunstancias, excepcionales, motivaron enormes dificultades para el transporte, aun dentro de la misma provincia y con mayor razón en una distancia de más de 900 km. Igualmente, la búsqueda de trabajo, con empresas cerrando y con ERES en trámite, no hacia fácil el encontrar un empleo.

SEPTIMO.- Para resolver el presente recurso se hace absolutamente necesario señalar que, el interés superior del menor, constituye el principio base de todo el derecho relativo a los mismos, y que se ha conformado como uno de los principios esenciales del derecho moderno de la persona y de la familia.

La presente controversia implica un problema humano de un profundo contenido ético, en el que los intereses en conflicto se concretan en el derecho de la madre biológica de recuperar a su hijo, del que fue privado en un proceso sospechosamente inquisitorial que violenta lo dispuesto STC 187/1996, de 25 de noviembre: *“dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado”*, y el interés del menor que con dos años y nueve meses de vida puede haber creado lazos de afectividad con su familia de acogida, por lo que



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación			
		Página	11/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

ante tan delicada cuestión, se hace necesario analizar las concretas circunstancias que concurren en el presente caso a fin de intentar alcanzar la resolución más equitativa y justa, procurando siempre que la resolución a la que se llegue sea lo más acertada al beneficio e interés supremo del menor (art. 39 de la CE).

El art. 172.3 del CC: *“La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.”*, art. 172 Ter.2: *“Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia..”*. El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en nuestro ordenamiento como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

La STS de 31-7-2009, sienta la siguiente doctrina: *“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 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.”*. La reciente STS de 2-11-2022 nº 720/22, sobre los principios de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, se resumen en la primacía del interés del menor, la preferencia de las actuaciones de prevención, el mantenimiento del menor en su familia de origen y la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.

Atendiendo al caso concreto que nos ocupa, debemos comenzar afirmando que el motivo del desamparo acordado en su momento no quedo acreditado, no se vislumbra la supuesta peligrosidad de la madre para con el menor. En puridad, lo unicamente confirmado es la lucha decidida de la madre biologica por recuperar a su hijo, en unas circunstancias muy complicadas por la pandemia, sin trabajo y domicilio, que solo solicitaba -clamaba- tiempo para resolver la coyuntura que se le presento, petición que no fue atendida por el SPM pese a que es una posibilidad recogida en el ordenamiento, art. 173 bis 2 a) del Código Civil: *“Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter*



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación	https://		
		Página	12/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.”, nada impedía mantener el acogimiento temporal.

El corolario del informe de 26 de marzo de 2020, que detecta la tipologías e indicadores de riesgo con desprotección del menor es que no se concretan, se trata de valoraciones subjetivas con escaso o nulo apoyo en hechos objetivos, no hay lesiones, ni asistencia médica sobre el menor, ni actuación de terceros que soporten tales conclusiones o las ratifiquen, solo se asientan en las manifestaciones de una persona que luego se desdice. A partir de esa actuación, el 31 de marzo de 2020, lo único constatable y que fundamenta íntegramente las distintas resoluciones de amparo, primero urgente, luego permanente, para terminar en la resolución con fines de adopción, es la falta de comunicación con la madre biológica, lo que no se ajusta a la realidad ya que contacto si existe, unido a la ausencia de un empleo estable y la de un domicilio fijo, obviando la compleja situación que existía en España en plena pandemia y estado de alarma. Frente a esto la madre, reitera con profusión, que necesito o necesitaba ayuda para poder encontrar un trabajo y un domicilio, que tenía recursos escasos, cobraba el desempleo, y lucho denodadamente por paliar esas carencias, pero que quiere a su hijo, tenía ayuda familiar, y ha conseguido domicilio y trabajo, la documental aportada lo corrobora, lo cierto es que no se patentiza ni antes ni después una situación de desamparo justificativa de la retirada del menor, o por lo menos mantenerla después de los primeros meses, existiendo otras formas de paliar las posibles carencias detectadas.

Expuesto lo anterior, probada la ausencia de elementos de juicio razonables para privar a una madre de su hijo, en este punto la única circunstancia que se debe tener en cuenta para salvaguardar el interés del menor, es el perjuicio que le puede ocasionar el privarlo de la familia de acogida en la que se le supone integrado para reintegrarlo a su madre biológica. Sopesando 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.

La cuestión a debatir es si por el tiempo transcurrido, la integración en la familia de acogida, con la que evidentemente se han formado lazos de afectividad que no pueden ser obviados, debe prevalecer sobre el derecho a reintegrarlo con su madre biológica, de la cual no se duda, o no contamos con datos para inferir que no pueda ofrecer a su hijo las atenciones físicas, psíquicas, emocionales y educativas que requiere para desarrollarse como persona de una forma adecuada. Se incorporo a la causa informe de fecha 2 de diciembre del año en curso, en el que después de resumir de nuevo la actuación



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	13/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

del órgano administrativo se determinan unas conclusiones en el siguiente sentido: *“En la actualidad, aunque se dieran las condiciones necesarias para responsabilizarse del cuidado del menor, la madre no podría reparar el daño emocional que supondría para el mismo la separación de las personas a las que éste reconoce y siente como figuras parentales. No se trataría de recuperar un vínculo, puesto que éste no ha existido, al faltar la madre a los contactos en el período más vulnerable de la vida del bebé, es decir, desde su nacimiento. Para que un menor crezca y se desarrolle de forma equilibrada, necesita no sólo cuidados adecuados y nutrición emocional, sino que se le garantice la continuidad de los mismos por parte de sus figuras de referencia. Esta seguridad va a tener una influencia directa en el desarrollo cognitivo y emocional del niño. La ruptura de esta situación de seguridad provocaría un grave daño en su desarrollo emocional y comprometería seriamente el curso de su desarrollo cognitivo, social y adaptativo en general.”*, no dudamos de la probidad del órgano de protección, pero el argumentario se resume en un posible e hipotético perjuicio por romper la situación actual con la familia preadoptiva, a la vez que trata de justificar una actuación. En tal sentido entendemos de vital importancia la edad del menor, 2 años y 9 meses, que permite aventurar que el reintegrarlo con su madre biológica no supondrá para el mismo un daño irreparable, el escaso tiempo transcurrido, pese a las razones burocráticas, desde que se acordó la iniciación del expediente y la voluntad tenaz y decidida de la madre de recuperar a su hijo, son circunstancias que debemos tener presentes, y contribuyen a paliar los posibles inconvenientes que pudieran surgir. El contacto materno con su carga afectividad emocional, la ayuda eficaz de la administración dirigida a normalizar las relaciones madre e hijo y no al contrario, son apoyos de suficiente entidad para vencer las dificultades que necesariamente se presentaran. La consideración de que el interés del menor se protege manteniendo la situación de facto creada sin motivo real no es aceptable, la recuperación por parte de la madre del tiempo perdido también es un importante acicate, estos estímulos también son válidos para proteger y satisfacer con holgura el interés del menor. Por lo tanto, no encontramos óbices de entidad suficiente para no reintegrar al menor con su madre biológica.

Procede por ello dejar sin efecto la constitución de guarda con fines de adopción y reconocer a favor de la madre el ejercicio de sus competencias parentales, sin perjuicio de que por los Servicios Sociales de aquí coordinándose con los de _____, lugar de residencia de la madre y futura del hijo, se adopten las medidas oportunas para que el cambio y regreso sea lo menos traumático posible, estableciendo medidas de seguimiento si fuere necesario. El recurso debe ser acogido.

OCTAVO.- Por cuanto se ha argumentado, el recurso debe prosperar sin que, dada la especial naturaleza de esta clase de procedimientos, se haga expresa imposición de las costas causadas en la presente alzada.



Código Seguro De Verificación:			23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	14/16

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que con **ESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada en fecha 1 de marzo de 2022, por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº de , en autos sobre oposición a resolución administrativa de guarda con fines de adopción y de extinción de acogimiento familiar temporal de los que deriva la presente alzada, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** en el sentido de dejar sin efecto la resolución de constituir la guarda con fines de adopción del menor , y que, con las debidas garantías para el menor, sea reintegrado a su madre en la forma dicha en el fundamento séptimo, sin hacer pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos –si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	15/16



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la LO 1/2009 de 3 de noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección de la Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.



Código Seguro De Verificación:		Fecha	23/12/2022
Firmado Por			
Url De Verificación		Página	16/16