Roj: SAP O 683/2016 - ECLI:ES:APO:2016:683
Id Cendoj: 33044370042016100084
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 4
Nº de Recurso: 390/2015
Nº de Resolución: 88/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA PAZ FERNANDEZ-RIVERA GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00088/2016

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 390/2015

NÚMERO 88

En OVIEDO, a diez de Marzo de dos mil dieciséis **,** la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Don Eduardo García Valtueña y Dª. María Paz Fernández Rivera González, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **390/2015** en autos de NECESIDAD DE ASENTIMIENTO EN LA ADOPCIÓN Nº 387/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Oviedo, promovido por Dª. Tamara , demandante en primera instancia contra **PRINCIPADO DE ASTURIAS** , demandado en primera instancia, con la intervención del **MINISTERIO FISCAL** , y siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. María Paz Fernández Rivera González.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha dos de Julio de dos mil quince , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la oposición presentada por DOÑA Tamara contra la Consejería de Bienestar Social y Vivienda y frente al Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro no ser preceptivo el asentimiento del demandante en la adopción del menor Jesús María , por hallarse la actora incursa en causa de privación de la patria potestad.

No procede hacer especial imposición en materia de costas.".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, en donde una vez comparecidas se tramitó la alzada, y previos los demás trámites legales se señaló para la celebración de la vista el día tres de Noviembre de dos mil quince, habiendo tenido lugar tal acto con la asistencia de los Letrados de las partes comparecidas, habiéndose practicado la prueba declarada pertinente con el resultado que obra en el soporte de grabación de sonido e imagen correspondiente.-

TERCERO.- Que por Auto de la Sala de cuatro de Noviembre de dos mil quince se acordó suspender el término para dictar Sentencia a fin de proceder a la práctica de las siguientes diligencias:

1º) Solicitar de la Consejería de Bienes Social que remitan a esta Sala, a la mayor brevedad, cuantos informes dispongan relativos a Tamara y al menor Jesús María , emitidos a partir de la fecha de nacimiento de este último, 4 de junio de 2012.

2º) Recabar informe del equipo psico-social adscrito a los Juzgados de Gijón, en los términos indicados en el fundamento cuarto de esta resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO.- Que recibidos los informes solicitados se señaló para la vista el día quince de Febrero de dos mil dieciséis, y celebrada la misma con asistencia de las partes, se acordó por providencia de la misma fecha oír a las partes, y a la familia acogedora, por término de cinco días acerca de la posibilidad de modificar en este trámite la custodia del menor, Jesús María , todo ello de acuerdo con el artículo 158 del CC .

QUINTO.- Cumplimentado el traslado conferido y hechas las alegaciones por las partes, pasaron las actuaciones a la Sala a fin de dictar la resolución pertinente con fecha veinticinco de Febrero de dos mil dieciséis.

SEXTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La Sentencia de dos de Julio de dos mil quince desestimando la oposición presentada por Doña Tamara contra la Consejería de Bienestar Social y Vivienda y frente al Ministerio Fiscal declaró no ser preceptivo el asentimiento de la demandante en la adopción del menor Jesús María , por hallarse la actora incursa en causa de privación de la patria potestad.

Frente a dicha resolución se alza la referida Dª. Tamara quien tras alegar infracción de los artículos 172.4 y 177.2 del Código Civil en relación con el art. 39 de la C.E . al considerar que no estaba incursa en supuesto de privación sino de suspensión, a la vista de las circunstancias concurrentes en las que se desarrolló el embarazo (menor tutelado por la Consejería), y posterior nacimiento del hijo de la recurrente, la casi nula comunicación y visitas entre ambos y su manifiesta oposición a la constitución del acogimiento preadoptivo.

Insiste en negar el asentimiento previo a la adopción solicitando como prueba se emita informe por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado sobre las actitudes y aptitudes de la recurrente así como el entorno materno (abuela y tía materna del menor).

Por la representación del Principado de Asturias, Entidad Pública competente en materia de Protección de Menores, se interesó la confirmación de la resolución recurrida. Alega que la apelante sí se encontraba en causa de privación de patria potestad no por ser una niña tutelada, sino por la dejación de las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, a pesar de los apoyos que recibió.

Insiste en que las resoluciones dictadas en aras de proteger al menor han sido todas y cada una de ellas ratificadas judicialmente en el caso en que fueron impugnadas (St. de 4 de octubre de 2013 y St. de 2 de julio de 2015).

El Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la sentencia al considerar que la demandante se hallaba incursa en causa de privación de la patria potestad debido al incumplimiento grave de sus funciones parentales, por su edad, la falta de apoyo familiar externo y las fugas de los centros de protección donde debía residir.

La Sala admitió la prueba interesada por Dª. Tamara , por Auto de 13 de Octubre de 2015.

Con fecha 19 de Octubre de 2015 se remitieron al tribunal los estudios periciales emitidos a instancia del Juzgado Nº 7 en los autos 282/2015 a fin de determinar la idoneidad de la medida con respecto al menor Jesús María .

La trabajadora social considera las medidas adecuadas, no encontrando a Tamara capacitada para desarrollar el rol parental y atender las necesidades de su hija.

Concluye asimismo que la abuela materna no es una figura adecuada para ejercer su crianza.

La Psicóloga Maite considera que la abuela materna no presenta condiciones psicológicas incapacitantes para la crianza de un niño y lo mismo concluye respecto a la recurrente Tamara de quien dice ha alcanzado mayor estabilidad tras un período de conductas disruptivas.

Tras la correspondiente vista, habida cuenta la contradicción de las pericias, más evidente en el acto del plenario, este tribunal a medio de Auto de 4 de noviembre de 2015 acordó suspender el término para dictar sentencia solicitando de la Consejería de Bienestar Social la totalidad de los informes relativos a Tamara y a Jesús María así como recabar informe del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Gijón a fin de que se pronuncie acerca de la idoneidad de Tamara para desempeñar el rol parental respecto de Jesús María a la vista de los datos obrantes en autos, de los informes que remita la Consejería así como de la totalidad de las circunstancias concurrentes en el entorno de Tamara y el prioritario y máximo interés del menor.

Los peritos del equipo psicosocial de Gijón, son contestes a la hora de concluir que Tamara no presenta alteraciones en su estructura de personalidad y cuenta con la ayuda de su entorno familiar considerando

que debe ser ella, como madre biológica capacitada quien debe encargarse de la custodia de su hijo en detrimento de las medidas adoptadas por la Consejería tras la vista celebrada a fin de que se sometiera a las correspondientes aclaraciones por las partes.

Por Providencia de 15 de Febrero de 2016 se dio traslado a las partes a fin de que alegaran lo que a su derecho conviniera en relación con una modificación de custodia incluyendo a la familia acogedora.

SEGUNDO.- Así centrados en esta alzada los términos del debate ha de tenerse presente la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo 565/2009 de 31 de julio que garantiza los propios intereses de la familia biológica en expedientes como el que es objeto de conocimiento en este procedimiento. En concreto dicha resolución del alto tribunal señala literalmente que: « *El artículo 172.4 CC , establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse a favor de los menores desamparados, que "se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia".*

El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC 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 . »

« *Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el preso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella ("cuando no sea contrario a su interés")* » .

« *Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor* » .

« *...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 plazo 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* » .

Si bien la sentencia reseñada se refiere al retorno del menor desamparado a la familia biológica, resulta perfectamente aplicable en supuestos de necesidad de asentimiento para la adopción de los declarados en su momento en desamparo (sentencias de la Sección Primera de esta Audiencia de 9 de marzo de 2015 y 29 de enero de 2014).

Así pues, como señala la antedicha resolución de 2009 se sienta como 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* ».

Junto a ello, y a propósito del interés del menor, debe señalarse que dicho concepto ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, no aplicable por su fecha al supuesto contemplado, pero sí extrapolable como canon hermenéutico (como así lo ha reseñado en Tribunal Supremo en recientes resoluciones) y con ese sentido y precisión señala en su artículo 2 que :"...Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará

el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor." ".... Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés del menor sobre las de la familia".

TERCERO.- De acuerdo con la doctrina anteriormente reseñada han de valorarse las circunstancias que permitan afirmar la idoneidad de la apelante para asumir el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad del menor Jesús María y ponderar, junto a ello el supremo interés del menor siendo éste el que se buscaría siempre y por encima de la reinserción familiar.

Para una mayor comprensión han de reseñarse los siguientes datos que resultan necesarios para la resolución de este concreto supuesto y que se extraen del expediente remitido a esta Sala:

1º) La recurrente Dª Tamara , nacida el NUM000 -97 resultó tutelada por el Principado desde el 20 de octubre de 2008, fecha en que fue declarada en situación de desamparo.

2º) Dª Tamara , a los 15 años, durante dicha tutela, da a luz el NUM001 -2012 a Jesús María .

En dicha fecha se acuerda la necesidad de paralización del alta médica del recién nacido, una vez que nazca en tanto en cuanto se culmina la urgente valoración de la procedencia o no de adoptar otras medidas de protección en relación a dicho "nasciturus" (folios 63 a 66 del Rollo).

3º) El 21 de junio de 2012 se declara la situación de desamparo de Jesús María asumiendo la Administración su tutela y su guarda (folio 184 del Rollo). Desde el nacimiento de Jesús María y tras la declaración de desamparo, dicho menor permaneció en el centro materno infantil, área del menor, mientras que Dª Tamara lo hacía en el centro infantil-juvenil «Los Pilares de Oviedo». Consta un intento o solicitud de la recurrente de reunirse con su hijo en un solo centro.

4º) Notificada la situación de desamparo de Jesús María y la asunción de tutela y guarda por la Consejería, a Dª. Tamara , en escrito de 2 de julio de 2012, casi un mes después del nacimiento de Jesús María , Dª. Tamara solicita un aumento de visitas a su hijo, así como ayuda de un psicólogo justificando su comportamiento producto de la notificación de la tutela de su hijo, proponiéndole el programa de mediación ADHOC.(folio 192 del rollo).

La psicóloga de la Sección de Centros de Menores emite informe el 2 de julio de 2012 concluyendo que en ese momento «tal y como se encuentra Tamara , sería difícil defender la idea de que tiene posibilidades de cuidar con acierto y continuidad de su hijo. Su falta de consciencia respecto a las necesidades de éste sería lo más destacable, pero a esto habría que añadir sus dificultades emocionales, que en sí mismas no serían motivo de crítica para tal tarea de cuidado, pero sí lo es su falta de aceptación de ayuda, unida a su falta real de apoyos familiares.

Todo ello sin perjuicio de que la situación pueda modificarse en el futuro». (Folios 128 a 191 del Rollo).

La Jefa de Sección de Centros de menores resuelve mantener la relación madre/hijo como estaba desarrollándose al entender que resulta favorable para la recuperación personal de Tamara .

El 3 de Julio de 2012 se resuelve instar por la letrada del menor el ejercicio de la propuesta de nombramiento de defensor judicial (Folio 198 del Rollo)

Por Auto de fecha 2 de octubre de 2012 se le nombra Defensor Judicial a los efectos de formular oposición a la medida de protección de menores en relación con su hijo Jesús María (Folios 201 a 203 del Rollo).

5º) En el mismo mes del nacimiento de Jesús María , concretamente el 22 de junio de 2012 la abuela de Jesús María , Dª Amalia , solicitó ante la trabajadora social de la zona el acogimiento de su nieto, así como la reunificación de su hija Tamara .

Dicha solicitud se valora negativamente y no es admitida a y trámite por Resolución de 10 de julio de 2012, al encontrarse Dª Amalia suspendida de la Patria Potestad de su hija Tamara , menor de edad, que no fue impugnada por aquella.

6º) Durante el primer mes de vida de Jesús María , la madre tiene autorizada una visita semanal de una hora de duración, los lunes, y la abuela los jueves, acudiendo Tamara los día 14 y 25 de junio y el 2 de julio.

7º) En los informes de seguimiento durante los primeros siete meses de vida de Jesús María , Dª Tamara acude a las visitas los lunes por la tarde, que termina modificando a los viernes.

En dicho informe que data de fecha 29 de enero de 2013, se constata que: «con el niño se muestra cariñosa, lo coge en brazos, juega con él y después lo suele dormir. Aunque fue ayudada y ganó en autonomía a la hora de cogerlo, de preguntar por el niño..., se observa falta de habilidades y de interés real para asumir responsabilidades de madre, así como ausencia de vínculos afectivos con su hijo.

Se observa en ella un deseo infantil del niño con ausencia de madurez para asumirlo y criarlo. Su conducta es la de una niña que juega con un bebé al que arrulla en sus brazos» (Folios 84 y ss. del Rollo).

8º) En el Acta de reunión del 10 de Enero de 2013 se acuerda por el Educador, directora del Centro "Los Pilares", la coordinadora de la Unidad del menor del Centro Materno infantil, la jefa de Sección, la psicóloga y los trabajadores sociales, tras valorar el informe de la psicóloga de la Sección de Menores y el de seguimiento durante los primeros 7 meses de vida de Jesús María , el inicio de Acogimiento Preadoptivo de dicho menor reduciendo las visitas de Tamara a su hijo a una visita al mes, suspendiéndose las de la abuela y tía materna (Folios 224 y 225 del Rollo).

Según el informe de seguimiento, Dª. Tamara cumple con esa reducción de visitas a una mensual excepto la del mes de mayo, «se pone contenta al verlo y lo elogia cariñosamente... y a su vez continúa mostrando ausencia de habilidades e interés real para asumirlo» (Folio 107 del Rollo).

9º) El 31 de enero de 2013, se propone por la Sección de Centros de Menores, el inicio de un expediente de acogimiento preadoptivo y modificación del derecho de relación familiar del menor, dictándose Resolución 5 de febrero de 2013 (Folios 93 a 99 del Rollo).

Tamara manifiesta disconformidad con el inicio de acogimiento preadoptivo y considera que podría asumir a su hijo con el apoyo de su madre Dª. Amalia . A su vez, había solicitado el traslado al centro materno infantil que se denegó en abril de 2013 (Folio 230).

La Jefa de la Sección de Centros de Menores, remite contestación a la disconformidad de Tamara señalando literalmente que: « *Asimismo se te habló de que existe un conflicto de intereses en esta administración pública que no pueda defender el derecho legítimo de Jesús María a tener unos padres y no crecer en un centro y, tu derecho como madre a tener relación, aunque sola, sin apoyos que te permitan convivir con familiares y, en un centro de protección, motivos por los que no tienes capacidad para asumir su crianza. Es por este motivo por el que se te ha nombrado una defensora legal, en concreto, la letrada Dña. María Beatriz Fernández-Pello Montes, para que ejerzas tu derecho a valorar qué hacer y, si lo deseas recurrir la Resolución de 5 de Febrero de 2013 de Inicio de Acogimiento Preadoptivo en Familia Ajena (cuya copia se adjunta).*

También cabe la posibilidad, aunque no estés conforme con el acogimiento preadoptivo de tu hijo, de que no recurras al entender que lo mejor para tu bebé es tener unos padres que le puedan dar todo lo que tu querrías pero no estás en condiciones de darle y, que te despidas llegado el caso de Jesús María »Folio 231 del rollo).

10º) El Informe del Equipo de Adopción Nacional de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, con fecha 25 de noviembre de 2013 propone que el menor sea acogido por una familia ajena e idónea mediante un acogimiento familiar provisional previo, con suspensión de la relación familiar (Folios 133 a 143 del Rollo).

Paralelamente, los informes evacuados por el Educador en diciembre de 2013 y mayo de 2014 aportan una dinámica positiva, enturbiada por la difícil situación que atraviesa en relación con el paso al régimen preadoptivo de su hijo. Informa del buen comportamiento para con sus educadores y el cumplimiento de las normas (Folios 302 a 308 del Rollo).

Junto a ello, el equipo educativo de la Unidad de Socialización de Paredes de la Fundación Cruz de los Ángeles, emite informe en fecha 22 de junio de 2015 describiendo la mejora en la adquisición de habilidades propios de la vida adulta, mostrándose predispuesta a colaborar en las tareas de mantenimiento de la Unidad. Asimismo se mostró interesada en su formación académica. Se resalta la asunción de responsabilidades por Dª. Tamara (Folios 147 a 149 del Rollo).

11º) El procedimiento 301/2013 sustanciado ante el Juzgado Nº 7 de Oviedo, oponiéndose Tamara a través de su defensora judicial, a las medidas adoptadas por la Consejería en relación con Jesús María se resolvió por sentencia de 4-X-2013 confirmando las medidas de protección, asumiendo los argumentos del equipo psicosocial y de las educadores y psicólogas al considerar que Tamara carecía de la madurez y tenía un importante desajuste familiar.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

12º) Existe un procedimiento judicial sobre acogimiento familiar preadoptivo (Acogimiento 1.071/2013) siendo autorizado por el Juzgado Nº 7.

13º) Consta otro procedimiento, el número 282/15, de oposición a las medidas de adopción instado por la abuela materna, Dª. Amalia , (resolución de 19 de enero de 2015 por lo que se insta propuesta de adopción de su nieto) fue resuelto por St. 14-X-2015 , pendiente de recurso en esta Sala.

CUARTO.- A la vista de la doctrina antes expuesta y los hechos referenciados tres son las cuestiones que deben ser abordadas por esta sala, a saber si está doña Tamara incursa en causa de privación de patria potestad en relación con la necesidad de asentimiento; si doña Tamara está capacitada para asumir la custodia de su hijo Jesús María y lo mas importante, el interés del menor, principio que debe ponderarse por encima de todas las circunstancias. No debe ser objeto de este proceso la conducta de doña Amalia en un pasado reciente en el que han insistido especialmente la Administración.

Doña Tamara no está incursa en causa de privación de patria potestad y por tanto está en condiciones de pronunciarse sobre la situación preadoptiva de su hijo Jesús María .

De autos se colige que la recurrente, nacida el 4 de abril de 1997, estando tutelada por la Consejería de Bienestar Social -al hallarse en situación de desamparo desde el mes de octubre de 2008- se quedó embarazada a la edad de 14 años dando a luz el 4 de junio de 2012 a Jesús María .

La Administración desde el mismo día del parto, decidió separar a la madre, aquí apelante, del recién nacido, sin que conste se barajaran otras opciones, que, como puso de manifiesto el psicólogo adscrito a los juzgados de Gijón en su informe posibilitaran o propiciaran la relación madre/hijo, aclarando en el acto de la vista que "la institución proporcione, si tú no sabes, si eres menor de edad, cómo afrontar una maternidad".

En la situación objeto de enjuiciamiento, esa labor preventiva ("enséñame a ser madre" en palabras del psicólogo) no se desplegó en ningún momento, y en ese contexto se decide, durante un periodo de 7 meses que el contacto entre doña Tamara y Jesús María se circunscriba a una visita semanal de una hora.

En dicha época ciertamente constan incidencias protagonizadas por doña Tamara que se reflejan en el expediente remitido a esta sala, y que sirven de base a la Administración para negar las correctas actitudes y aptitudes de dicha recurrente para ejercer su condición de madre.

Debe realizarse una precisión que no se debe olvidar y puso de manifiesto el psicólogo Sr Abelardo , y es que sobre dicha falta de actitudes y aptitudes, teniendo en cuenta la edad de Tamara , 15 años en conjunción con la ya referida falta de labor preventiva de la Administración, resulta lógica (la ausencia de actitud y aptitud) en atención a las especiales circunstancias, pero no son base objetiva suficiente para denegar o frustrar la relación madre/hijo.

En todas las incidencias siempre se observa el comportamiento de una adolescente que pide disculpas y ayuda, petición que podía haber sido atendida por los organismos competentes, a través de otros mecanismos menos drásticos, conducentes a la reunificación física y emocional madre/hijo.

Junto a ello tampoco debe perderse de vista que en el informe que se hace sobre este primer periodo de siete meses se describe a una niña de 15 años que no muestra rechazo hacia su hijo, aunque sí inexperiencia.

Pero es que además, en este contexto, consta la intervención de doña Tamara al recurrir la decisión de la Consejería en el mes de julio de 2012, cuando Jesús María contaba apenas un mes de vida solicitando un aumento de visitas, ayuda de un psicólogo y la mediación "ADHOC".

Lo sorprendente es que, ante esa actitud de Tamara , el 10 de enero de 2013 se resuelve iniciar la situación de acogimiento preadoptivo de Jesús María que conlleva la drástica reducción de las visitas de la madre una vez al mes, suspendiendo las de la abuela y tía materna.

En esta nueva situación doña Tamara sigue asistiendo a las visitas (una al mes) salvo la del mes de mayo y se describe su actitud como la de alguien que "sí tiene más autonomía", pero se refiere una actitud distante y desinteresada. Ello, no se concilia muy bien con la solicitud de Tamara de una cita con " Florian ", trabajador social de los Sección de Centros de Menores, a propósito de la preadopción de Jesús María , y su disconformidad, manifestada el 11 de marzo de 2013 que obtiene respuesta el 12 de marzo de 2013 en los términos que se recogen en el fundamento de derecho anterior y obra al folio 231 del rollo.

En esta dinámica, se suceden las actuaciones de la recurrente en aras de mantener la relación con su hijo (defensor judicial, recursos y solicitudes...) y las de la Administración que se dirigen a proseguir con la ruptura de la relación madre/hijo en beneficio de la figura de la adopción.

De lo anteriormente expuesto no se puede deducir sin más que Tamara esté incursa en causa de privación de patria potestad para obviar el requisito de necesidad de asentimiento. Doña Tamara , como se ha visto, durante el periodo en que estuvo bajo la tutela de la Consejería por su propio desamparo, desarrolló, dentro de sus posibilidades (menor de 15 años institucionalizada y embarazada) lo que consideró que podía hacer para no perder a su hijo, siendo efectivamente sorprendente que a pesar de haber solicitado ayuda, asumido culpas por conductas disruptivas, no se le hubieren procurado los medios para alcanzar esas actitudes y aptitudes que insistentemente dice la Administración que le faltan, para posteriormente tras su éxito o fracaso haber tomado una decisión.

No cabe de más recordar, a la vista de lo actuado, el apartado 6 del artículo 19 bis que introduce el apartado 13 del artículo primero de la Ley de 26/2015 de 29 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que si bien no es de aplicación, hace una referencia expresa a las menores y las jóvenes sujetas a medidas de protección que estén embarazadas, que prescribe recibirán el asesoramiento y el apoyo adecuados a su situación. En el plan individual de protección se contemplará esta circunstancia, así como la protección del recién nacido.

Hasta ese momento, durante la minoría de edad resulta al menos dudoso si cabria considerar que estaba incursa o no en causa de privación de Patria Potestad, precisamente en atención a su menor edad y en este caso concreto, institucionalizada.

En el contexto de la mayoría de edad de Tamara (4 de abril de 2015) se ha de examinar por este tribunal si concurre causa de privación par lo cual se ha de recaba el contenido de las periciales practicadas, las dos los psicólogos y de los trabajadores sociales. Tres de ellos so contestes al afirmar que Dª Tamara tras realizarle las pertinentes pruebas objetivas no presenta ninguna deficiencia para el ejercicio de una maternidad responsable y así lo ratificó en el plenario el perito el perito Sr. Abelardo , y que su situación ha alcanzado mayor estabilidad tras un periodo de conductas disruptivas precisamente coincidentes con su etapa de de adolescente institucionalizada y embarazada. Incluso se señala por la otra psicóloga que, no excluyéndose la existencia de ciertos conflictos psicológicos, se reitera que los mismos no son incapacitantes (Folio 39 de los autos).

En esa coyuntura también tres de los cuatro peritos optan por considerar que el menor debe reintegrarse a su núcleo familiar primario.

La disyuntiva en la que se encuentra el tribunal es la de ponderar lo anteriormente expuesto, esto es la reinserción a la familia biológica con el interés superior, es decir lo más beneficioso para el menor. El artículo 19 bis de la Ley Orgánica 26/2015 de 29 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia , que ya se ha reseñado no resulta aplicable por su fecha al supuesto contemplado, pero si extrapolable como canon hermenéutico señala que: "Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma".

Se alega el riesgo del retorno como pilar fundamental para no otorgar el menor a su madre. A propósito de ello, el perito Sr. Abelardo manifestó que si se desarrollase como tiene que desarrollarse, ello no implicaría ningún riesgo para Jesús María . Aludió dicho técnico en el plenario a multitud de supuestos de los menores de tres años devueltos a su familia de origen, de niños que se quedan al cuidado de canguros o conocen a familiares consanguíneos por primera vez y van adaptándose. Insistió en que Jesús María con un pensamiento no abstracto sino unidireccional propio de su edad, tiene un principio de realidad que se puede ir trabajando hasta la aproximación al seno materno, con las habilidades que ha de desarrollar la madre y que tres de los cuatro peritos reconocen que Dª Tamara detenta.

En definitiva el interés del menor se satisface con la decisión de que se reintegre teniendo en cuenta el Principio de restitución a la familia biológica con el resultado de las pruebas psicológicas y el resto de documentación sobre la capacidad de Tamara para desarrollar su labor como madre. Y fue precisamente atendiendo a ese interés este tribunal dio traslado a las partes de conformidad con el artículo 158 del Código civil en relación con el artículo 172.3 del mismo cuerpo legal , de cuyo tenor se desprende « *.3 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 », por lo que procede acordar el retorno del menor.

En este trance considera esta Sala que la entrega ha de hacerse junto con un seguimiento y apoyo por parte de la entidad pública que actuará bajo la supervisión del psicólogo Sr. Abelardo , a quien se notificará asimismo esta resolución, quienes informarán mensualmente al Juzgado a fin de que pueda adoptar las decisiones que correspondan en cada momento en beneficio del menor.

No considera este Tribunal, por ser contrario a que sea beneficioso para el menor, la entrega progresiva que propone la recurrente en su escrito de alegaciones, habida cuenta lo vertido por el perito en el acto de la vista a propósito de la entrega y la necesidad de no prolongar las situaciones de ruptura.

Dicha entrega se llevará a efecto de forma inmediata sin que la posible interposición de recursos suspenda la eficacia de esta medida.

QUINTO.- La estimación del recurso conlleva la no imposición de las costas en esta alzada (artículo 394 en relación con el art. 398 ambos de la LEC).

En atención a lo anteriormente expuesto la sección cuarta de la Audiencia Provincial dicta el siguiente:

FALLO

Se estima el recurso de apelación formulado por Dª Tamara contra la sentencia de fecha 2 de julio de 2015 dictada por el Juzgado de primera Instancia Nº 7 de Oviedo en el juicio de necesidad de asentimiento en la adopción 387/2015 , resolución que se revoca en el sentido siguiente:

1) Se estima que Doña Tamara no se encuentra incursa en ninguna causa de privación de Patria Potestad, siendo necesario su asentimiento en la adopción de su hijo Jesús María .

2) Se deja sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo del menor Jesús María , con inmediata entrega de dicho menor a su madre Dª Tamara .

3) Se acuerda del seguimiento acordado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ