

Breves apuntes sobre la tutela *ope legis*



Fecha de recepción _[12.12.2011]

Fecha de aceptación _[21.12.2011]

& **Resumen/Abstract:** *El sistema legal de protección al menor de edad actualmente en vigor regula la tutela ope legis, aquella que por ministerio de la ley asumirá automáticamente la entidad pública competente tras la declaración de desamparo del menor. En el presente artículo se pretende perfilar el régimen jurídico de esta institución como medida de protección a los menores en situación de conflicto social o familiar, siendo considerada por la doctrina mayoritaria como una tutela especial dada su propia idiosincrasia, pues, a pesar de las similitudes formales que presenta con el organismo tutelar regulado en los artículos 222-285 del Código Civil (C.C.), requiere una regulación específica.&*

& **Palabras clave:** menor de edad, protección, desamparo, tutela, acogimiento.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española (en adelante C.e.) de 1978, en el capítulo III del título I, donde se regulan los principios rectores de la política social y económica, recoge 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 concretamente en su artículo 39.

Se exige proteger al menor de edad desde una perspectiva jurídica, económica y social con independencia de su filiación y del estado civil de sus progenitores. Es, por tanto, un principio constitucional la protección de un sector de la sociedad especialmente vulnerable, como es el de los menores, y se pretende la superación de aquellas situaciones que supongan un perjuicio para su integridad física, psicológica o moral.

Las transformaciones sociales y culturales producidas en las últimas décadas han provocado un cambio significativo en la concepción del *status* jurídico de los menores, que han pasado de ser considerados como sujetos incapaces a su reconocimiento como auténticos titulares de derechos y con una progresiva capacidad para ejercerlos.

La promulgación sistemática de nuevas normas legales en el ordenamiento jurídico español es reflejo de esta realidad. Esta legislación precisa ha introducido importantes modificaciones en el sistema protector del menor de edad, a la vez que ha creado novedosas figuras. Entre ellas, cabe destacar la situación de desamparo, que permite la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente en supuestos de desprotección grave del menor, así como la guarda de los menores, ejerciéndose ambas mediante el acogimiento familiar o residencial.

Es indudable la trascendencia que la aprobación de la diversa normativa ha producido en esta materia y que pretende no sólo actuar frente a las situaciones de abandono del menor, sino también procurar su integración en un entorno idóneo que permita su necesario desarrollo evolutivo.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En el ordenamiento jurídico estatal dos son las normas fundamentales aprobadas en materia de protección de menores. Se promulgó, en primer lugar, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción¹, que produjo una significativa renovación del régimen protector del menor de edad imperante hasta ese momento. Con posterioridad, la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil², vigente en la actualidad, apuntaló este cambio normativo, subsanando ciertas deficiencias de la norma anterior.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, incorpora novedades significativas en relación con la adopción y otras formas de protección de menores. En orden a estas últimas, es necesario señalar la introducción de figuras jurídicas protectoras de nueva creación. Otras ya existían en el ámbito legislativo, pero son reformadas por la norma jurídica citada con distinto grado de profundidad. Sustituyó el concepto de abandono por el de desamparo, dotó de contenido jurídico a la tutela *ex lege*³, así como a la guarda administrativa, y concedió al acogimiento rango legal suficiente para ser incorporado en el Código Civil (en adelante C.C.).

Con posterioridad, se promulgó la actualmente en vigor Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Es de advertir que sigue el camino iniciado por la Ley 21/1987, pero, con un intento por parte del legislador de subsanar las deficiencias de aquélla y mejorar la técnica jurídica empleada. Como novedad, cabe destacar la introducción del concepto de riesgo. En referencia al concepto de desamparo, la mencionada Ley Orgánica 1/1996 mantiene la misma definición que su predecesora, pero se regula el procedimiento para su declaración. Introduce, también, modificaciones en el régimen de la tutela *ex lege* y de la guarda. En relación con el acogimiento, esta ley orgánica dispone su doble tipología: acogimiento familiar y residencial.

El 7 de julio de 2011 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, que modifica de forma sustancial la normativa que regula el sistema jurídico de protección al menor, sin que hasta este momento se hayan iniciado los trámites parlamentarios para su aprobación. No obstante, parece conveniente resaltar brevemente sus puntos más significativos.

Como se recoge en la exposición de motivos del citado anteproyecto, los importantes cambios sociales producidos desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, exigen una mejora de los instrumentos de protección jurídica a la infancia. La presente Ley de Actualización pretende introducir las modificaciones necesarias para permitir el perfeccionamiento de las instituciones protectoras de los menores de edad, así como conseguir la unificación del sistema de protección al menor en el territorio estatal, postulándose como el marco de referencia jurídico de las legislaciones de las distintas Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.).

El anteproyecto consta de tres artículos que modifican las principales leyes que regulan las figuras para la protección de menores. El primer artículo modifica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en el segundo se recogen las modificaciones que afectan al Código Civil y en el tercero las correspondientes a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Son numerosas y novedosas las modificaciones que introduce este texto legal en la legislación de la protección del menor; al objeto del presente estudio, únicamente se hará mención a las que afectan a la tutela administrativa. En primer lugar, se dispone que cuando la entidad pública asuma la guarda o tutela de un menor, elaborará un plan individual de atención y se establecerán los objetivos y la previsión de las medidas de protección a adoptar respecto a ese menor. En el supuesto de que sea posible el retorno a la familia de origen, el órgano competente desarrollará un programa de reintegración familiar. Por otro lado, se establece que la guarda o tutela se ejercerán mediante la acogida familiar y sólo cuando no sea posible, o no conveniente para el menor, se formalizará el acogimiento residencial. Se incide de forma expresa sobre esta cuestión, al disponer que se priorizará de forma especial el acogimiento familiar para menores de seis años frente al residencial y, además, los menores de tres no ingresarán en centros de protección salvo que se acredite la imposibilidad de adoptar otra medida, porque se considera que estos niños necesitan un ambiente familiar para el adecuado desarrollo de su personalidad. Para paliar los efectos de los acogimientos residenciales prolongados o bien como ayuda o respiro temporal a la familia de acogida, la entidad pública podrá autorizar a los menores que estén en acogida familiar o residencial salidas de fines de semana o vacaciones con familias alternativas o instituciones adecuadas.

3. CONCEPTO DE DESAMPARO

Dispone el artículo 172.1 C.C. que, cuando el menor sea declarado en desamparo, corresponde a la entidad pública competente su tutela y la adopción de las medidas protectoras necesarias para su guarda. Se considera situación de desamparo *“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.

De la definición otorgada por el Código Civil se infiere la necesaria relación causal entre el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de la guarda de los menores y la privación de la asistencia moral o material sufrida por el menor para proceder a declarar su desamparo.

En relación con el primer presupuesto, hay que señalar que la normativa vigente no especifica cuáles son esos deberes legales de protección cuyo no cumplimiento puede ser causante de una declaración de desamparo, considerando la doctrina mayoritaria que son los relativos al contenido personal de la patria potestad o tutela⁴, es decir, cuando se incumplen los deberes de velar, tener en su compañía, alimentar, educar y procurar una formación integral al menor. Este planteamiento es compartido por la jurisprudencia, como se pone de manifiesto en distintas resoluciones emitidas por los órganos judiciales; así, la SAP Granada de 24 de marzo de 2004⁵ declara que *“(...) la experiencia nos enseña que las situaciones determinantes del desamparo son aquellas en que se ha comprobado que los niños carecían de los cuidados, materiales y afectivos, necesarios, siendo indicios de esa falta de atención, entre otros, la falta de higiene de los propios niños o del hogar familiar, la falta de asistencia regular al colegio, la mendicidad, el dejar solos a los niños en la vivienda y, desde luego, la existencia de malos tratos”*⁶.

Pero, como se dijo, se exige que la declaración de desamparo responda a una situación de hecho, es decir, aquella en la que el menor se encuentre desasistido moral o materialmente, no siendo procedente, por tanto, si alguna persona se ocupa de estos deberes aunque sus progenitores incumplan sus obligaciones o lo hagan defectuosamente⁷.

No obstante, esta circunstancia ha sido criticada por algunos autores porque entienden que en aquellos casos en los que los padres o tutores entreguen al menor a terceros (guarda de hecho), desatendiéndose completamente de ellos, la entidad pública no puede declararlos en desamparo. Las opiniones doctrinales son opuestas, considerando algunas que sí sería procedente la declaración de desamparo⁸, mientras que otro sector considera que en esta situación la Administración sólo puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o del juez competente los hechos, debiendo adoptar éstos las medidas necesarias⁹, sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 228 y 303 C.C.

Por su parte, también el sector judicial determina la necesidad de que existan estas dos notas para declarar en desamparo a un menor; *“(...) una de ellas se caracteriza por la existencia de un resultado, la falta de asistencia moral o material del menor, de manera que puede afirmarse que no está debidamente atendido en sus necesidades mínimas en esos órdenes conforme a niveles común y socialmente exigibles. Otra es causal, que consiste en que esa situación sea consecuencia del incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes de protección, regulados en los artículos 154 y 269 del Código Civil, y que comprenden esencialmente los deberes de alimentar al menor, velar por él, tenerlo en su*

compañía, educarlo, procurarle una formación integral. Cuando se da un incumplimiento o un inadecuado cumplimiento de estos deberes, voluntario o no, o incluso meramente negligente, provocando aquel resultado, esto es, que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, puede afirmarse que se da la situación de desamparo, estando entonces la entidad pública encargada de la protección de los menores no sólo autorizada, sino legalmente obligada, a declararlo así asumiendo la tutela automática del menor en aras a su debida protección”¹⁰.

Por último, el Tribunal Constitucional¹¹ señala que la declaración de desamparo ha de estimarse siempre de forma restrictiva, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores, pues, aunque es primordial y preferente el interés del menor, también lo son el derecho de los progenitores a tener consigo a su hijo, así como el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen.

4. CONCEPTO Y MODO DE EJERCICIO DE LA TUTELA *EX LEGE*

La tutela *ex lege* es una medida de protección al menor de edad en conflicto familiar y social introducida, como se dijo, por la Ley 21/1987, de 21 de noviembre, y regulada en la actualidad por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que ha modificado, entre otros, los artículos 172 C.C. y ss. Como se señaló, su formalización se produce de forma automática cuando el menor es declarado en desamparo, suspendiéndose las funciones inherentes a la patria potestad o tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial realizados por los padres y tutores siempre que sean beneficiosos para el menor, artículo 172 párrafo 3º C.C.

En relación con su ejercicio, dispone el artículo 173.3 C.C. que *“la guarda asumida [por la entidad pública] a solicitud de los padres o como función de la tutela por ministerio de la Ley se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”*.

El precepto legal es expreso cuando determina que únicamente se delega el ejercicio de la tutela *ex lege*, manteniendo el órgano público la titularidad de la misma.

En referencia a las modalidades del acogimiento, hay que señalar que el acogimiento familiar supone la integración del menor en un núcleo familiar distinto al formado por sus progenitores y la formalización del acogimiento residencial determina el ingreso del menor en un centro asistencial.

5. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA *OPE LEGIS*

La entidad pública competente deberá asumir la tutela de un menor cuando constate que se encuentra en situación de desamparo. La información sobre este hecho puede ser suministrada por los ciudadanos, cualquier organismo o institución pública o privada o bien de oficio por el propio órgano competente en el ejercicio de sus funciones¹², según se estipula en el artículo 13 LO 1/1996. En el momento en que tenga conocimiento de este hecho, deberá prestar inmediata atención al menor, como dispone el artículo 14 de la citada ley.

El procedimiento que debe instar el ente público para la constitución de la tutela *ex lege* se regula en el artículo 172.1.p.2º C.C. Declarado el desamparo del menor y asumida la tutela *ope legis*, el órgano administrativo deberá comunicar al fiscal y a los padres, tutores o guardadores, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, la resolución adoptada. Cuando

sea posible se informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a dicha actuación administrativa así como de sus efectos.

El apartado 6º del citado precepto dispone que las resoluciones que declaren el desamparo y la consiguiente asunción de la tutela *ex lege* por la entidad pública podrán ser recurridas ante la jurisdicción civil en el plazo y las condiciones establecidas en la LEC, sin necesidad de reclamación administrativa previa. En concreto, el artículo 780.1 LEC, modificado por la DF 2ª de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional¹³ establece que el plazo para recurrir la declaración de desamparo será de 3 meses. La oposición debe basarse en que la misma es infundada por no ser ciertos los hechos que provocaron su declaración. La legitimidad para tal acción, *stricto sensu*, parece limitarse a los padres y tutores, debido a que la misma produce la suspensión de la patria potestad o tutela. No obstante, defiende la Fiscalía General del Estado la legitimación de esta acción en un sentido amplio, concediéndola a todos aquellos que tienen un derecho o interés legítimo: padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, guardadores, fiscal...¹⁴.

Por otro lado, se recoge en el apartado 7º artículo 172 C.C. la acción de revocación sobre la declaración de desamparo por superación de las causas que lo justificaron. *“En el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.”*

Es preciso señalar que a través de esta acción no cabe cuestionar las circunstancias que dieron lugar al desamparo, sino que las mismas han sido superadas y los progenitores pueden desarrollar adecuadamente el ejercicio de los deberes de protección derivados de la patria potestad. La legitimidad para realizar esta acción es concedida únicamente a los padres no privados de la patria potestad, no pudiendo ser ejercitada por otros familiares¹⁵.

Parece que el legislador pretende otorgar a los progenitores una oportunidad para demostrar que han superado las causas que originaron el desamparo y que se encuentran en condiciones para asumir, de nuevo, la patria potestad. El plazo para su ejercicio es de dos años. En consonancia con esta premisa, entendemos que la entidad pública no debiera instar en este intervalo la formalización de ninguna medida definitiva (adopción o acogimiento familiar preadoptivo), pues, legalmente, no se considera irreversible el reagrupamiento familiar.

No obstante, y como señala la Circular¹⁶, este no debe ser un principio absoluto, pues en aquellos supuestos en que se constate la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos –entre otros, por enfermedades graves y crónicas, problemas de drogadicción...– no se debiera esperar el transcurso de los dos años para instar la constitución de la adopción o, en su caso, el acogimiento familiar preadoptivo.

En relación con si la revocación ha de presentarse primero ante la entidad pública o puede realizarse directamente ante el órgano judicial, parece que ambas opciones son posibles. Así, planteada en la vía administrativa, la resolución emitida puede ser recurrida judicialmente o bien cabe su pretensión directa ante la autoridad judicial, dado que el artículo 780.1 LEC dispone que no es necesaria la reclamación administrativa previa en materia de protección a menores.

6. NATURALEZA JURÍDICA

Como se dijo, el artículo 172.1 C.C. estipula que, tras la declaración de desamparo del menor, corresponde a la entidad pública su tutela, debiendo adoptar las medidas protectoras para su guarda. Por otro lado, el artículo 222.4º C.C. dispone que quedarán sujetos a tutela aquellos menores que se hallaren en situación de desamparo, aclarando el artículo 239 C.C. que la tutela de los menores desamparados corresponde a la entidad referida en el artículo 172 C.C.

La primera consideración que hay que realizar es que el primero de los artículos citados se encuadra en el capítulo dedicado a la adopción y otras formas de protección de menores, en tanto los dos últimos están emplazados en sede de tutela. Esta circunstancia, así como la insuficiente regulación de esta tutela administrativa, han provocado numerosas dudas sobre su naturaleza jurídica.

Al respecto existen diversas tesis¹⁷, que pueden sintetizarse en tres posturas:

- Tiene la misma naturaleza y contenido que la tutela ordinaria regulada en los artículos 222-285 C.C.
- No se considera una tutela como la regulada en el capítulo II del título X del libro primero del Código Civil, sino una figura híbrida con la misma denominación utilizada por el legislador para la protección de menores.
- Es una verdadera tutela aunque de naturaleza especial.

Esta última consideración parece ser la aceptada unánimemente por la doctrina¹⁸, al afirmar que se trata de una tutela especial pero a la que, con ciertas excepciones, se aplica el articulado que el Código Civil dedica a la tutela ordinaria¹⁹. Trataremos de realizar una aproximación a esta interpretación exponiendo las características de ambas:

Compatibilidad de la titularidad de la tutela *ex lege* con la patria potestad o tutela ordinaria, pero no con su ejercicio. Como dispone el artículo 172.1 p.3 C.C. *“la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él”*.

Esta disposición fue introducida por la LO 1/1996, de 15 de enero, superando la incertidumbre creada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que no establecía de forma expresa a quién correspondía el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia del menor declarado en desamparo²⁰.

Además, es una tutela automática²¹ y administrativa²², en el sentido de que se atribuye a la entidad pública por disposición de la ley, sin que sea preceptiva la intervención judicial²³. La declaración de desamparo es apreciada exclusivamente por el órgano público competente, produciéndose, en la generalidad de los supuestos, con carácter de urgencia para evitar mayores perjuicios al menor. No obstante, dispone el Código Civil la obligación del ente público de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal esta situación y notificarlo en forma legal a los padres, tutores o guardadores en un plazo de quince días.

Por el contrario, el nombramiento del tutor lo realiza un juez y presupone que el menor sea huérfano o sus padres hayan sido privados de la patria potestad; es decir, la titularidad de la tutela ordinaria y la patria potestad son mutuamente excluyentes.

La tutela *ex lege* es una medida de protección articulada únicamente para los menores que se encuentran en situación de desamparo. Además, su carácter es provisional o temporal²⁴,

porque se mantiene durante el tiempo que perduran las causas que lo motivan. No es, por tanto, un mecanismo de protección definitiva, sino que es un paso previo a otras situaciones jurídicas de mayor estabilidad: la reunificación familiar si se supera la situación de desprotección, o la integración en una familia distinta a la biológica, con carácter provisional (acogimiento) o definitivo (adopción)²⁵. En sentido inverso, la tutela ordinaria se instituye como una institución jurídica de protección de la persona del menor o incapacitado y de sus bienes de forma estable, bien hasta la mayoría de edad del tutelado o bien en caso de dictarse resolución judicial de finalización de la incapacitación o modificación, siendo sustituida la tutela por la curatela.

Se considera la tutela administrativa una medida subsidiaria²⁶ respecto a la ordinaria, pues, aunque el párrafo 1º artículo 239 C.C. determina que *“la tutela de los menores desamparados corresponde por la Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172”*, en el 2º punto del citado precepto se dispone que *“se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste”*, de lo que se deduce que, si el menor no se encuentra bajo la patria potestad, se intentará promover en primer lugar la institución tutelar.

Con independencia de su desarrollo posterior, hay que apuntar que el ejercicio de ambas tutelas difiere de forma determinante, por cuanto en la tutela automática se delega en las personas seleccionadas por la entidad pública como acogedores o bien en el director del centro asistencial donde el menor sea internado, en tanto la tutela ordinaria debe ser ejercida de forma directa por la persona física o jurídica que asuma dicha función.

En otro sentido, y en relación con el régimen tutelar instaurado en el Código Civil, la doctrina ha determinado los artículos de la misma que pueden ser aplicados a la citada medida de protección.

En primer lugar, cabe decir que los requisitos exigidos para ser tutor recogidos en los artículos 241-245 C.C. no parecen ser aplicables a la entidad pública, con la excepción quizá del ap. 4º art. 244 C.C.²⁷, por cuanto son presupuestos a aplicar a las personas físicas. En referencia a si cabe la remoción de la tutela automática por las causas establecidas en los artículos 247-250 C.C., existen posturas doctrinales que defienden que en el supuesto de inadecuado ejercicio por parte del órgano público de sus funciones tutelares, no cabría su remoción aunque sí se podría exigir responsabilidad a la Administración²⁸; otro sector doctrinal, sin embargo, considera que, si la entidad pública incurre en causa de inhabilidad o incumple sus deberes, podría ser removida de su cargo²⁹, planteamiento que nos parece más acertado.

No cabe la posibilidad de que el órgano público alegue las excusas recogidas en los artículos 251 a 258 C.C., que eximen del desempeño del organismo tutelar por cuanto tiene obligación de asumir la tutela del menor cuando se encuentre en situación de desamparo³⁰. Tampoco se podrá exigir la constitución de fianza conforme a lo contemplado en los artículos 260 y 261 C.C.³¹, pero sí quedará obligada a realizar inventario de los bienes y derechos del menor como disponen los artículos 263-266 C.C., sin que, acaso, le sea aplicable el plazo recogido en el artículo 262 C.C.³².

Por otro lado y relativo a la posible retribución que el órgano competente pudiera percibir por el desarrollo de la función tutelar que los artículos 273, 274 y 275 C.C. reconocen al tutor ordinario, cierta doctrina³³ no lo considera descartable si las normas jurídico-administrativas

que regulan el carácter gratuito o retribuido de las prestaciones asistenciales así lo disponen, aunque no parece muy ajustada a derecho esta posibilidad por ser el Estado el garantista de la protección de menores a través de sus organismos correspondientes.

Por último, hay que señalar que sí se aplicarán las prohibiciones contempladas en el artículo 221 C.C. dado su carácter genérico; además, cuando finalice la tutela automática, el ente público deberá rendir cuentas de su actuación ante la autoridad judicial, en el plazo y la forma estipuladas en los artículos 279 a 285 C.C.

7. EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y DEBERES DURANTE LA TUTELA *EX LEGE*

La asunción por parte de la entidad pública de la tutela *ex lege* del menor supone que le sean atribuidas las facultades y obligaciones derivadas de su guarda. A pesar de la suspensión de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela ordinaria que la declaración de desamparo provoca, no todos los derechos y obligaciones de los progenitores o tutores respecto de sus hijos o pupilos se extinguen. Además y dado que, como se dijo, el ejercicio de la tutela, que no su titularidad, se delega en los acogedores familiares o en el director del centro donde se interne al menor, se hace necesario determinar quién ejercitará los distintos derechos y deberes dimanantes de esta figura, así como su modo de ejecución.

7.1 Deberes.

Distinguiremos entre los relativos al contenido personal, de gestión patrimonial y representación del menor.

7.1.1. Obligaciones derivadas de la esfera personal del menor.

De forma axiomática, cabe señalar que son las dispuestas en los artículos 154.1, 173.1 y 269.1 C.C.: velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, funciones que son encomendadas a los progenitores, acogedores y tutores, exceptuando en este último caso el deber de convivencia.

7.1.1.1. Deber de velar por el menor.

Esta función de velar por el menor de edad es asignada, como se sabe, a los padres y tutores en distintos artículos del Código Civil. Concretamente, el artículo 154 C.C., que regula el ejercicio de la patria potestad, incluye, como aspecto fundamental de la misma, la obligación que tienen los progenitores de velar por sus hijos. Es tan primordial este deber que sigue vigente a pesar de que los padres no ostenten la patria potestad o incluso en el supuesto de que queden excluidos de ella –artículos 110 y 111 C.C., respectivamente–. El artículo 269 C.C. exige asimismo que el tutor, en el ejercicio de la tutela, vele por su pupilo. La formalización del acogimiento familiar como modo de ejercicio de la guarda del menor presupone que los acogedores quedan obligados a amparar y cuidar al menor.

De lo expuesto se considera que, mientras el menor se encuentra acogido familiarmente, una pluralidad de agentes asume la obligación de velar por él. Inevitablemente, en este contexto pueden surgir conflictos, basados en la dificultad de conciliar los distintos deberes de vigilancia. Esta situación se resuelve por el reparto de funciones que la doctrina ha asignado a cada uno de los intervinientes. En primer lugar, la entidad pública, como órgano supervisor, ejercerá esta función vigilando el correcto funcionamiento del concreto acogimiento familiar. En otro plano, los progenitores, que no quedan eximidos de este deber en ningún caso –excepto si el menor es adoptado–, podrán ejercitar su facultad sometiendo

a control a aquellos que tienen competencia sobre su hijo³⁴, pudiendo también participar en las decisiones que le afecten, así como denunciar fallos o deficiencias en el ejercicio de la medida protectora. Será preciso asimismo, que se interesen por él, preguntando por su salud, su estado anímico y físico, rendimiento escolar...³⁵. La tarea de los acogedores se circunscribe al cuidado y protección diaria que deben otorgar al menor, pues el cumplimiento de sus funciones debe asimilarse formalmente al ejercicio de las relaciones paterno-filiales.

A modo de conclusión, se estima que los acogedores realizarán una vigilancia inmediata sobre el menor –bajo la supervisión de la entidad pública como responsable última–, caracterizándose como mediata la realizada por parte de sus padres o tutores³⁶.

En el supuesto de que el menor sea ingresado en un centro, será el director del mismo el responsable de este deber que ejercerá a través de los profesionales que estén al cuidado directo de ese menor. Respecto a la obligación que en este caso tienen los padres o tutores y la entidad pública, nos remitimos a lo expuesto en las líneas anteriores.

7.1.1.2. Deber de compañía.

El artículo 154 C.C. dispone la obligación de los progenitores de tener a sus hijos en su compañía, pero este deber de convivencia no se exige en sede de tutela, aunque el artículo 234 C.C. dispone que será beneficioso para el tutelado la integración en la familia del tutor. Por otro lado, los artículos 110 y 111 C.C. eximen a los padres de esta obligación cuando no ostenten la patria potestad o hayan sido excluidos de ella.

Por tanto, la asunción de la tutela automática por parte de la entidad pública supone la suspensión de esta obligación para los progenitores. Si se formaliza la medida del acogimiento familiar, el menor deberá convivir con sus acogedores para la consecución del objetivo de plena integración en el seno de la familia que lo acoge³⁷. Por otro lado, el ingreso en un centro institucional desvirtúa en cierto sentido el contenido de este deber, al menos en el sentido de convivencia familiar, por cuanto el modo de funcionamiento de los mismos es en régimen de internado.

7.1.1.3. Educarlo y proporcionarle una formación integral.

El derecho que a la educación tienen todos los españoles menores de edad se recoge en el artículo 27 CE. En equivalencia, es considerado por el Código Civil como una obligación de los padres hacia sus hijos, artículo 154.1º, y del tutor en referencia a su pupilo, artículo 269.2º. Cuando el menor se encuentra en una situación de acogimiento familiar o residencial se plantea, de nuevo, a quién corresponde el ejercicio del citado deber.

La convivencia obligatoria entre los acogedores y los acogidos que impone la normativa vigente en tanto dure la medida de acogimiento, comentada en el apartado anterior, implica que sobre aquéllos recaiga, en principio, el deber de educar al menor. Sin embargo, la doctrina que ha analizado esta cuestión señala que no son descartables los posibles pactos que se puedan establecer con los progenitores o tutores. En relación a esta materia, consideramos conveniente realizar las siguientes matizaciones. Compartimos el argumento jurídico expuesto por cierta doctrina³⁸ que afirma que la posibilidad de que los padres o tutores participen en la toma de decisiones o realicen indicaciones sobre el modelo educacional que deseen para sus hijos dependerá de la finalidad con la que se formalice el acogimiento familiar. Es decir, si se considera factible el retorno del menor a su núcleo de origen, parece adecuado incluir a los padres en el desarrollo del acogimiento y, siendo la educación uno de los pilares más importantes en la vida de un niño, sus opiniones y recomendaciones adquieren una trascendental importancia. En este contexto, entendemos

necesario que la educación del menor durante el acogimiento familiar no debe ser muy distinta a la recibida en su entorno, buscando el máximo consenso entre los progenitores y acogedores³⁹. Por el contrario, en el supuesto de que la reinserción del menor en su núcleo familiar de origen haya sido descartada, en puridad parece aconsejable que los acogedores eduquen al menor según sus criterios, con la anuencia de la entidad pública.

En otro sentido, en los supuestos de internamiento residencial del menor, la educación que reciba será la consensuada entre el órgano público y la propia institución, siendo deseable la participación de los padres si las circunstancias lo permiten. Asimismo, los menores acogidos residencialmente serán objeto de un tratamiento educativo individualizado que tendrá en cuenta su situación personal y sociofamiliar. En cualquier caso, se pretende la integración del menor en el entorno social y la accesibilidad a los sistemas ordinarios educativos, por lo que se promoverá su escolarización en el centro correspondiente.

En otro orden, el término educar ha de interpretarse en una acepción amplia; con esta expresión la doctrina pretende significar que se deben ofrecer al menor todos los recursos para su completa formación con el fin de alcanzar una vida independiente en la sociedad⁴⁰. En cualquier caso, los valores transmitidos tienen que ser conformes a los principios constitucionales y basados en el respeto a los derechos y libertades fundamentales que proclama nuestra Constitución⁴¹.

7.1.1.4. Deber de alimentos.

Los progenitores, basándose en lo dispuesto en el artículo 154 C.C. y en tanto ejerzan la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, imperativamente quedan obligados a prestarles alimentos. La trascendencia de esta obligación es tal que incluso la exclusión o no ostentación de la patria potestad no exime a los padres de su deber de alimentar y velar por sus hijos, artículos 110 y 111 C.C. Estos preceptos del Código Civil están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 39.3 CE, que atribuye a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En referencia al tutor, el artículo 269.1º C.C. dispone que procure alimentos a su tutelado. La doctrina ha incidido especialmente en la diferencia entre la obligación de prestar y procurar alimentos. Sistemáticamente, se entiende que el tutor –en cumplimiento de su obligación de procurar alimentos a su pupilo– no debe cargar con los gastos derivados de alimentarlo contra su propio patrimonio, sino con cargo al del tutelado, en caso de existir, o bien contra el de terceros obligados –personas a las que legalmente se exige la prestación de alimentos y, en último término, a la institución pública–. Por el contrario, la acción de prestar alimentos consistiría en satisfacerlos por cuenta del patrimonio del obligado⁴².

Dado que, como se sabe, el modo de ejercicio de la tutela *ex lege* del menor se realiza mediante el acogimiento familiar y el residencial, es preciso analizar quién queda obligado a alimentar al menor en cada supuesto.

Cuando el menor se encuentra en situación de acogimiento familiar, el artículo 173.1 C.C. impone al acogedor la obligación de alimentar al menor acogido. Como se señaló, los padres, aun en el supuesto de suspensión o privación de la patria potestad, mantienen intactas sus obligaciones alimenticias a favor de sus hijos, como se dispone en los artículos 110 y 111 C.C. En referencia al tutor o resto de parientes obligados, la inexistencia de precepto legal alguno que profile sus deberes cuando se insta una medida protectora de esta

índole ha determinado que ciertos autores defiendan el criterio jurídico de concederles un papel secundario y subsidiario en el deber de conceder alimentos al menor acogido⁴³.

En virtud de lo manifestado, parece que los acogedores y los padres se perfilan, imperativamente, como alimentantes del menor. La entidad pública, como responsable en última instancia del acogido, también mantiene ciertas obligaciones en este sentido. La presencia de esta pluralidad de obligados ha provocado la elaboración de distintos postulados doctrinales que intentan clarificar quién y cómo se ejercerá este deber de alimentos, y que a continuación se expone brevemente.

Un sector de la doctrina considera que esta obligación será asumida de forma conjunta por los progenitores y los acogedores, aunque siguiendo un orden de prelación. En una primera aproximación, son distintos los autores que defienden que si los padres tienen suficientes recursos económicos, o el menor es titular de un patrimonio, los gastos derivados de alimentarlo serán con cargo a cualquiera de ellos. Únicamente en el supuesto de que se demuestre su insolvencia, el mantenimiento del menor será sufragado por los acogedores⁴⁴. Sin embargo, contra esta tesis doctrinal, cabe señalar su casi nula aplicación práctica, por cuanto son escasas las ocasiones en las que los padres poseen medios económicos suficientes para atender a sus hijos en situación de acogimiento⁴⁵, porque en general, las familias de origen de los acogidos constituyen las capas marginales de la sociedad.

En un sentido inverso, otra doctrina defiende que son los acogedores quienes han de alimentar efectivamente al menor con su propio peculio⁴⁶. Sin embargo, este hecho no es óbice para que posteriormente puedan ejercer un derecho de reembolso contra el resto de los obligados. Cuando el menor esté sometido a tutela *ex lege*⁴⁷, quedarán obligados a suministrarle alimentos los acogedores y los padres. La entidad pública, por su condición de tutora, sólo deberá procurar alimentos al tutelado, en consonancia con el artículo 269.1º C.C. En este supuesto, deberá reclamar a las personas legalmente obligadas a su prestación. En caso de obtenerlos, los acogedores podrán exigirle el reembolso de los gastos realizados. Pero si las acciones de la entidad pública no tienen éxito, será ella misma la que deba soportar estos gastos⁴⁸.

Con independencia de lo expuesto, conviene realizar la siguiente matización. La formalización del documento de acogimiento familiar impone que se determinen los derechos y deberes de las partes y, en particular, los relativos a la asunción de los gastos de manutención, educación y asistencia sanitaria. La interpretación doctrinal de esta premisa incide en la posibilidad de que las partes puedan celebrar acuerdos sobre el reparto del coste económico de estas partidas, con la única exigencia de que sean plasmados en el citado documento⁴⁹. En virtud de este argumento jurídico, cabe afirmar que los sujetos intervinientes –padres, tutores, acogedores o entidad pública– podrán pactar quién asumirá estos importes, conforme a la libertad contractual que proclama el artículo 1255 C.C., siempre que los compromisos “no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

En cualquier caso, no dudamos que los acogedores han de alimentar de forma efectiva al menor. El legislador estatal es suficientemente explícito en este punto al “imponerles” esta obligación en el artículo 173.1 C.C. En función de la propia finalidad del acogimiento familiar⁵⁰, así como a la decisión de los acogedores al respecto, podrán ser resarcidos mediante la compensación económica o bien renunciar a ella por un oficio de piedad o por causa humanitaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 1894 C.C.⁵¹.

En el supuesto de que el menor ingrese en un centro asistencial, las obligaciones derivadas de su guarda, que incluyen el deber de alimentos, serán asumidas por el director del citado centro, sin obviar la responsabilidad que la entidad pública mantiene sobre el menor por su condición de tutora legal. Al respecto, lo establecido en las líneas anteriores es plenamente aplicable. Dado que la titularidad de la institución de acogida puede ser pública o privada, la asunción de los gastos será en el primer supuesto asumida por la Administración y en el segundo por la propia entidad, sin perjuicio de las eventuales subvenciones que pudiera percibir.

7.1.2. Obligaciones derivadas de la esfera patrimonial y de representación del menor.

Omite la legislación actual cualquier referencia sobre a quién se confiará la representación legal del menor y la administración de sus bienes cuando se encuentre en una situación de acogimiento. La única mención que al respecto hace el artículo 172.1 p.2º C.C. es que, tras la asunción de la tutela *ope legis* por la entidad pública y suspensión de los progenitores y tutores en sus funciones, sólo los actos de contenido patrimonial realizados por éstos y que se reputen beneficiosos para el menor serán considerados válidos. Este hecho, unido a la ausencia de capacidad plena de obrar de los menores de edad, obliga a que sean otros los sujetos que asuman la representación personal y, en su caso, la gestión del patrimonio del acogido. Será competente el órgano público cuando ostente la tutela legal sobre el menor⁵²; no obstante, la doctrina acepta de forma unánime que ciertas facultades han de ser traspasadas a los acogedores para hacer practicable el acogimiento, fundamentalmente las referidas a su representación (decisiones de ámbito escolar, consentimientos en cuestiones médicas de urgencia o poco relevantes...)⁵³.

Respecto a los deberes de administración del patrimonio, será preceptivo para la entidad pública hacer inventario de esos bienes –art. 262 C.C.–, depositar aquellos que a juicio de la autoridad judicial no deban quedar en su poder –art. 265 C.C.–, ejercer su administración con la diligencia de un buen padre de familia –art. 279 C.C.–, pedir autorización judicial para poder realizar ciertos actos –artículos 271.2,3 y 4, 272 y 273 C.C.– y, por supuesto, rendir cuenta general de su gestión al cesar en el desempeño de su cargo –artículos 279-285 C.C.–, todo ello sin perjuicio de la validez de la actuación de los padres o tutores en representación del menor en el orden patrimonial realizados y que sean beneficiosos para él⁵⁴.

Por otro lado, el órgano público competente asumirá funciones de representación legal del menor, salvo en los actos que él pueda realizar por sí mismo. En concreto, serán aquellos relativos a los derechos de personalidad, como otorgar testamento si es mayor de catorce años –art. 663 C.C.–, salvo el ológrafo –668 C.C.–; adquirir la posesión –art. 443 C.C.–; aceptar donaciones, excepto las onerosas o condicionales –artículos 625 y 626 *a contrario sensu*–; contraer matrimonio a partir de catorce años con dispensa –art. 48 C.C.⁵⁵.

7.2. Derechos.

Por último, haremos una breve referencia a los derechos que las partes intervinientes mantienen sobre el menor.

2.1. Derecho de visita.

En relación con los progenitores, subsiste el derecho de visita y de comunicación entre el menor y sus familiares, en tanto aquél se encuentre bajo la tutela de la Administración pública, salvo en el caso de ser adoptado o cuando así se acuerde por resolución judicial.

La regulación del derecho de relación entre padres e hijos se recoge en los artículos 160 y 161 C.C. El primero de ellos fue modificado inicialmente por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. La promulgación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos⁵⁶, introdujo, como importante novedad, el derecho al establecimiento de relaciones entre los menores y sus abuelos, parientes y allegados, configurando su redacción actual, así como la del artículo 161. La Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁵⁷ ha sustituido el término de padres –ante la posibilidad de adopción por parejas homosexuales– por el de progenitores.

En definitiva, el artículo 160 C.C. dispone que los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad sobre sus hijos, tienen derecho a relacionarse con ellos, excepto si son adoptados –consecuencia lógica por cuanto el artículo 178 C.C. establece la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior– o en los supuestos en que el juez así lo determine conforme al interés del menor.

Por lo que respecta a las relaciones personales entre el menor y sus familiares, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, introdujo cambios significativos en la regulación de este derecho. La consideración sobre la importancia de la figura de los abuelos en el proceso evolutivo de los menores y las dificultades que se producían para su comunicación cuando alguno de los progenitores se oponía a ella propiciaron la necesidad de modificar los preceptos vigentes, dotando a este derecho de una mayor protección legal, así como de un reconocimiento específico⁵⁸.

El ejercicio del derecho de visita cuando se ha formalizado el acogimiento familiar del menor presenta unas características definidas. Su configuración inicial queda reflejada en el artículo 161 C.C., en el que se establece el derecho que asiste a los progenitores, abuelos y demás parientes a establecer relaciones con el menor acogido.

El régimen de visitas en la situación de acogimiento se deberá plasmar en el oportuno documento de formalización, como recoge el artículo 173.3.a) C.C. Este derecho se mantendrá siempre que sea beneficioso para el menor en aplicación del principio legal de primacía del interés superior de éste. *A contrario sensu*, cuando la aplicación del referido derecho suponga algún perjuicio para él que perturbe su óptimo desarrollo, la entidad pública deberá restringir las relaciones con la familia de origen e incluso proceder a su suspensión⁵⁹. En caso de oposición los familiares, en defensa de sus intereses, podrán recurrir a los tribunales, que acordarán lo adecuado para el interés del menor⁶⁰. En consecuencia, y de acuerdo con los textos legales, el régimen de visitas será pactado en el documento de acogimiento familiar o, en caso contrario, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el juez, en atención a las circunstancias e interés del menor⁶¹.

La insuficiente regulación legal del acogimiento residencial provoca que durante el ingreso del menor en un centro no se determine cómo se ejercerá el derecho de relación de éste con su familia. La entidad pública, tras el estudio de las condiciones familiares y personales del menor, y en anuencia con el director del centro, determinará el régimen de visitas adecuado a sus circunstancias o, al igual que en la acogida familiar, podrá ser determinado judicialmente.

2.2. Otros derechos.

En relación con los derechos de los acogedores familiares, cabe señalar que podrán ser beneficiarios de las deducciones fiscales pertinentes reguladas por el ordenamiento jurídico. Tienen la posibilidad, además, de disfrutar de períodos de baja por acogimiento de menores asimilables a las bajas por maternidad o adopción⁶², así como a cualquier tipo de ayuda que pueda ser concedida por los diferentes organismos⁶³, contando, asimismo, con el apoyo y asistencia de la entidad pública en todo momento.

Respecto a los centros asistenciales, si la titularidad es pública, su presupuesto será asumido por la Administración; en el supuesto de ser una entidad privada colaboradora, recibirá las pertinentes subvenciones por cada menor internado.

Por otro lado y dada la coincidencia sustancial de las funciones desarrolladas por los acogedores con la patria potestad o tutela, parece razonable admitir que las potestades que el ordenamiento jurídico regula para el ejercicio de ambas se apliquen igualmente a la doble modalidad del acogimiento. Entienden numerosos autores que el normal desarrollo de la medida de acogimiento sería impracticable sin cierto grado de obediencia y respeto del acogido hacia los acogedores familiares o los funcionarios o empleados del centro en que sea internado⁶⁴. Asimismo, estas personas podrán recabar el auxilio de la autoridad para el desarrollo de sus funciones⁶⁵. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, a través de su DF1ª modificó, entre otros, el artículo 154 C.C., suprimiendo la facultad de los progenitores para, en el ejercicio de su potestad, corregir razonable y moderadamente a sus hijos.

8. EXTINCIÓN DE LA TUTELA EX LEGE

El Código Civil no determina los supuestos en los que finalizará la tutela automática. Parece que la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de la situación de desamparo sería una causa de revocación de la tutela *ex lege*, dado que, en estos casos, se estima que los padres están en condiciones de recuperar la patria potestad de la que fueron privados o suspendidos⁶⁶. De forma genérica, hay que señalar que la institución tutelar se extinguirá cuando se considere que el mantenimiento de la citada medida no es conveniente para el interés del menor.

Asimismo, se entiende que serán aplicables las causas extintivas establecidas en los artículos 276 y 277 C.C. referidas a la tutela ordinaria⁶⁷, que son, entre otras, el cumplimiento de la mayoría de edad del tutelado, la concesión del beneficio de la mayor edad, su adopción...

Notas

- 1 BOE de 17 de noviembre de 1987, n.º 275.
- 2 BOE de 17 de enero de 1996, n.º 15.
- 3 Tutela que asume la Administración por ministerio de la ley, es decir, no es necesaria resolución judicial para su constitución, y se concede de forma automática cuando el menor es declarado en desamparo.
- 4 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs: 169. LLEBARIA SAMPER, S. 1990. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Barcelona: Bosch: 49.
- 5 Ponente JIMÉNEZ BURKHARDT, JUR. 2004, marg. 128284. Se expresan en el mismo sentido, entre otras, SAP de Pontevedra, de 27 de octubre de 2005, ponente DE MARTÍN VELÁZQUEZ, JUR., 2006, marg. 25040, SAP de Barcelona de 22 de noviembre de 2005, ponente BLASA NOBLEJAS NEGRILLO, JUR. 2006, marg. 48965, SAP de Valencia de 7 de junio de 2004, ponente DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA, AC. 2004, marg. 2236.
- 6 En el ámbito legislativo, entre otras, la Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia, DOG de 13 julio 2011, n.º 134, regula en su art. 52 las situaciones de desamparo.
- 7 VALLADARES RASCÓN, E. 1990. "La tutela de menores en relación al concepto legal de desamparo", en *Centenario del Código Civil II*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2045-2049; DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999. "Tutela, curatela y guarda de menores", en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*. Universidad de Burgos: 104; VARGAS CABRERA, B. 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87", *ADC*, 1: 631-632.
- 8 RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1988. "La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores", *AC*, 1: 63.
- 9 PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. 1989. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas: 86 y 87; IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 175 y ss. DE PABLO CONTRERAS, P. 1993. "Comentario al art. 172 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos: 40 y ss. DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999, *ob. cit.*: 104.
- 10 SAP de Cantabria de 4 de febrero de 2003, ponente DE LA HOZ DE LA ESCALERA, AC, 2003, marg. 1345.
- 11 STC de 26 de septiembre de 1990, ponente LEGUINA VILLA, R.T.C. 1990, marg. 143. STC de 18 de octubre de 1993, ponente CRUZ VILLALÓN, R.T.C. 1993, marg. 298.
- 12 DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999, *ob. cit.*: 112.
- 13 BOE de 29 de diciembre de 2007, n.º 312.
- 14 Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado (*JUR* 2009/24418), p. 3.
- 15 Circular 1/2008, de la Fiscalía General del Estado..., p. 4.
- 16 Circular 1/2008, de la Fiscalía General del Estado..., p. 5.
- 17 HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995. "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)", *AC*, 1: 39.
- 18 Así lo reconocen, entre otros, HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, *ob. cit.*: 39. PILLADO MONTERO, A. 1987. "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción". *R.D.P.*: 447.
- 19 VARGAS CABRERA, B. 1994. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares: 113-119; FELIU REY, M. I. 1989. *Comentarios a la ley de adopción*. Madrid: Tecnos: 25 y ss.; VALLADARES RASCÓN, E. 1990. *ob. cit.*: 52.; LINACERO DE LA FUENTE, M. 2001. *Protección jurídica del menor*. Madrid: Montecorvo: 232-242; FERRER VANRELL, M. P. 1993. "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda", *ADC*: 177.
- 20 En ausencia de criterio legal, la doctrina científica sostenía posturas contradictorias sobre esta cuestión. Un importante sector doctrinal abogaba por la incompatibilidad de ambas. Así, ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J. 1987. "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", *RDP*: 757 y ss., determinaba que la asunción de la tutela por parte de la entidad pública, "presupone o bien la inexistencia de relación de patria potestad o bien, de existir ésta, su enervación siempre judicial". Sostenían el mismo argumento, entre otros, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: 65; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 34 y ss.; VARGAS CABRERA, B. 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987", *ADC* 1: 652.
Por otro lado, otros autores defendían la coexistencia de ambas: FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 179. DE PABLO CONTRERAS, P. 1993, *ob. cit.*: 37.
- 21 Entre otros, FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 177.
- 22 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 177.
- 23 DE PABLO CONTRERAS, P. 1993, *ob. cit.*: 36 y ss.; VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 656.
- 24 RODRÍGUEZ SOL, L. 1993. "La protección y acogimiento de menores en el Derecho español", *La Ley*, 1: 1103.
- 25 Como señala HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, *ob. cit.*: 36 y ss.
- 26 HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, *ob. cit.*: 40. En el mismo sentido, PILLADO MONTERO, A. 1987, *ob. cit.*: 447 cuando afirma que "antes de atribuir *ope legis* esa tutela concreta a favor de una entidad pública habrá que determinar si las demás posibilidades legales para tutelar a ese menor (artículos 228 y 235 y concordantes del C.C.) están cegadas".
- 27 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.

- 28 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328.
- 29 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.
- 30 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328.
- 31 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 177.
- 32 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 180.
- 33 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.
- 34 DÍEZ GARCÍA, H. 2004. *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: 99. Sigue sus postulados, GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008. "Comentario a los artículos 5-26 de la LDCG.", en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, coordinado por REBOLLEDO VARELA, A. L. Navarra: ed. Aranzadi: 133.
- 35 LLEBARRIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 201.
- 36 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 641. RUIZ-RICO, RUIZ, J. M. 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)", AC, 1: 151, utiliza un símil para este desdoble; el mecanismo de velar por el menor entre acogedores y padres se asemejaría al caso de los progenitores divorciados, en el que el menor convive con uno de ellos pero el otro no pierde su facultad de velar por él, ni las demás obligaciones inherentes a la patria potestad.
- 37 Entre acogido y acogedor/es se debe establecer una relación personal de forma continuada, "que presupone la comunidad de vivienda", FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 73. También FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000. "Visión general del acogimiento familiar", AC, 5: 1692.
- 38 Entre otros, VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 154 y 155.
- 39 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 208. GARCÍA CANTERO, G. 1992. "Notas sobre el acogimiento familiar", AC, 21: 314, también considera conveniente el acuerdo con los padres sobre la educación a recibir por sus hijos en acogimiento para evitar la "discontinuidad en la educación antes recibida", no supeditando únicamente esta premisa cuando se pretenda la reunificación familiar. Entiende asimismo, FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75, que "la educación que el acogedor está obligado a dar al acogido ha de seguir las orientaciones y criterios que establezcan los padres".
- 40 FELIU REY, M. I.: 1989. *ob. cit.*: p. 73; HERAS FERNÁNDEZ, M. M. 2002. *El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios)*. Madrid: Montecorvo: 239; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000, *ob. cit.*: 1693; MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991. *El acogimiento de menores*. Barcelona: ed. Bosch: 166; LLEBARRIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 222.
- 41 HERAS HERNÁNDEZ, M. M.: 2002, *ob. cit.*: 239.
- 42 GÓMEZ LAPLAZA, M. C. 1986. "Comentarios a los artículos 259 a 270 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982 y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983*, coordinado por AMORÓS GUARDIOLA, M., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. Madrid: Tecnos: 510; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. 1989. *Derecho de familia*. Madrid: ed. Universidad de Madrid, Sección Publicaciones: 819. En líneas generales, estas teorías son reseñadas y adscritas por los autores LLEBARRIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 215-216; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152; RUIZ RICO-RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: 154.
- Sin embargo, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. 1989. *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*. Madrid: Civitas: 114, entiende que el tutor queda obligado a alimentar al menor contra su propio patrimonio.
- 43 En este sentido, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 125. VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152 y 153. En un plano opuesto se sitúa, PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989, *ob. cit.*: 98, pues entiende que lo dispuesto en el art. 173.1 del C.C. no hace desaparecer las obligaciones alimenticias que el ordenamiento jurídico impone a otros sujetos, vía artículos 154, 269 y 142 C.C., sino que la interpretación de los artículos mencionados deber realizarse de forma conjunta.
- 44 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1987. "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *Revista Jurídica de Catalunya 2*, vol. 86: 330; HERAS HERNÁNDEZ, M. M. 2002, *ob. cit.*: 265. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000, *ob. cit.*: 1690. VATTIER LAGARRIGUE, C. J. 1999. "Contribución al estudio del acogimiento", en *Instituciones protectoras del menor...*, *ob. cit.*: 159.
- 45 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 104; PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios*. Valladolid: Lex nova: 367.
- 46 Afirma, de forma categórica, la obligación que tienen los acogedores de alimentar al menor, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 121-133. *Vid.*, asimismo, DÍEZ GARCÍA, H. 2004. "La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar", en el *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia: 1249. También MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 164-166; FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 210. GARCÍA CANTERO, G. 1992, *ob. cit.*: 314. No obstante, VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152, matiza que el acogedor está directamente obligado a las prestaciones alimenticias con su propio patrimonio, pero que, junto a éste, concurren en este deber alimenticio los padres, aun privados de la patria potestad.
- 47 DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 124-127.
- 48 DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 126 y 127.
- 49 LINACERO DE LA FUENTE, M. 2001, *ob. cit.*: 295.
- 50 Las distintas modalidades de acogimiento familiar han sido configuradas en función de la finalidad a conseguir mediante la medida de protección: principalmente, la inserción en su familia de origen o, por el contrario, la adopción de otras medidas de protección más estables.
- 51 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 104; VATTIER LAGARRIGUE, C. J. 1999, *ob. cit.*: 158. GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 134 y 135.

- 52 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 92. En el mismo sentido, GÓNZALEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 132.
- 53 VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 163 y LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 222, estiman que son de aplicación las normas relativas a las guardas de hecho, reguladas en los artículos 303 y ss. En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1989. *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: ed. Comares: 247. MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 168. FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 207.
- 54 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328 y ss.
- 55 CARRANCHO HERRERA, M. T. 1999. "La patria potestad. Contenido básico de la institución", en *Instituciones protectoras del menor...*, *ob. cit.*: 69 y 70.
- 56 BOE de 22 de noviembre de 2003, n.º 280.
- 57 Como se recoge en la propia exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.
- 58 En relación con esta temática, vid., RIVERO FERNÁNDEZ, F. 1997. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- 59 En el AAP de Castellón de 22 de noviembre de 2007, ponente ALTARES MEDINA, P. J., JUR. 2008, marg. 119119, la abuela de una menor declarada en desamparo recurre la decisión del Juzgado de Primera Instancia que denegaba el régimen de visitas demandado por ella. Considera el Tribunal que, dada la imposibilidad de encontrar en la familia extensa de la menor el núcleo familiar adecuado en que la menor pueda integrarse debidamente, "las visitas no tienen ya sentido, y podrían redundar en perjuicio de la niña". En el mismo sentido, vid., AAP de Islas Baleares de 29 de octubre de 2007, ponente AGUILÓ MONJO, M. A., JUR. 2008, marg. 84677, SAP de Huesca de 16 de noviembre de 1993, ponente SERENA PUIG, S., AC. 1993, marg. 2241, AAP de Guadalajara de 21 de noviembre de 2003, ponente MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, M.A., JUR. 2003, marg. 24034, SAP de Granada de 23 de febrero de 2005, ponente GALLOR ERENA, A., JUR. 2005, marg. 138731, AAP de Lugo de 7 de abril de 1998, ponente NEIRA MEDÍN, A., AC. 1998, marg. 4714; AAP de Málaga de 16 de marzo de 1999, ponente TORRES CUÉLLAR, M. J., AC. 1999, marg. 4996.
- 60 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 385.
- 61 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOE de 6 de noviembre de 1999, n.º 266, modifica el art. 45.1d del RD/L1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE de 29 de marzo de 1995, n.º 75, determinando que se procederá a la suspensión del contrato de trabajo por "maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años".
- 62 En particular, las CC.AA. otorgan prestaciones económicas a las personas que adopten o acojan a menores.
- 63 En este sentido, vid., DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 138; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 155; FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 226; VALLADARES RASCÓN, E. 1988. "Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción", R. P. J. 9: 37; ARCE Y FLÓREZ, J. 1987, *ob. cit.*: 703; RUIZ RICO-RUIZ, J. M. 1989, *ob. cit.*: 246; RODRÍGUEZ SOL, L. 1993, *ob. cit.*: 1114; IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 384; HERAS HERNÁNDEZ, M. M. 2002, *ob. cit.*: 241; MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 172; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. 1989, *ob. cit.*: 144; GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 131 y 132.
- 64 Cfr., DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 135; PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998, *ob. cit.*: 293; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 228; FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 155; FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 209; RUIZ RICO-RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: p 157.
- 65 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 324 y ss.
- 66 VARGAS CABRERA, B., 1991, *ob. cit.*: 666.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J. 1987. "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", *RDP*: 743-784.
- CARRANCHO HERRERA, M. T. 1999. "La patria potestad. Contenido básico de la institución", *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*. Universidad de Burgos: 19-74.
- DE PABLO CONTRERAS, P. 1993. "Comentario al artículo 172 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos.
- DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999. "Tutela, curatela y guarda de menores", en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos: 79-126.
- DÍEZ GARCÍA, H.
- 2004. "La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia: 1254-1260.
 - 2004. *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.
- 1987. "La tutela de menors a la LLei catalana 11/1985 de Juny de protecció de menors. L'acolliment", *Revista Jurídica de Catalunya 2*, vol. 86: 301-338.
 - 1993. "Comentario al artículo 173 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos: pp. 88-111.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000. "Visión general del acogimiento familiar", *AC*. 5: 1685-1695.
- FERRER VANRELL, M. P. 1993. "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda", *ADC*: 163-218.
- GARCÍA CANTERO, G. 1992. "Notas sobre el acogimiento familiar", *AC*. 21: 305-318.
- GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008. "Comentario a los artículos 5-26 de la LDCC", en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006*, de 14 de junio, coordinado por REBOLLEDO VARELA, A. L. Navarra: Aranzadi: 77-174.
- HERAS FERNÁNDEZ, M. M. 2002. *El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales)*. (Formularios). Madrid: Montecorvo.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995. "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)", *AC*: 35-38.
- IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs.
- LLEBARIA SAMPER, S. 1990. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Barcelona: Bosch.
- MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991. *El acogimiento de menores*. Barcelona: Bosch.
- PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios*. Valladolid: Lex Nova.
- PILLADO MONTERO, A. 1987. "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción". *RDP*: 446-457.
- RIVERO FERNÁNDEZ, F. 1997. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ SOL, L. 1993. "La protección y acogimiento de menores en el derecho español", *La Ley*: 1097-1116.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.
- 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores", *AC*, 1: 57-83.
 - 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)", *AC*. 1: 137-160.
 - 1989. *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: Comares.
- VALLADARES RASCÓN, E.
- 1990. "La tutela de menores en relación al concepto legal de desamparo", en *Centenario del Código Civil II*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2045-2049.
 - 1988. "Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción", *RPJ*. 9: 29-62.

VARGAS CABRERA, B.

- 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87", *ADC*: 611-695.
- 1994. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia y legislación autonómica e internacional*. Granada: Comares.