



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

TUTELA ADMINISTRATIVA

Autor:

María Ordovás Enfedaque

Directora:

María Victoria Mayor del Hoyo

Facultad de Derecho
Año 2014

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. LA TUTELA ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES. EVOLUCIÓN.....	5
III. SUPUESTO DE HECHO: EL DESAMPARO	13
1. ANTECEDENTES	13
2. CONCEPTO DE SITUACIÓN DE DESAMPARO	14
3. DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO	16
4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO	18
IV. CONCEPTO DE TUTELA ADMINISTRATIVA	19
V. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA..	22
VI. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA	24
1. CONTENIDO.....	24
2. EJERCICIO	26
VII. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA	29
1. ¿A QUIÉN SERÁ ATRIBUIDA LA TUTELA ADMINISTRATIVA?.....	29
2. ¿A QUIÉN SE APLICARÁ LA TUTELA ADMINISTRATIVA?	31
VIII. EFECTOS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA	32
IX. EXTINCIÓN DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA	33
1. LA REINTEGRACIÓN FAMILIAR	33
2. LA ADOPCIÓN	34
3. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN	34
X. LA TUTELA ADMINISTRATIVA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA.....	37
XI. CONCLUSIONES.....	43
XII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	48

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo tiene como objeto el estudio de uno de los sistemas de protección del menor: la Tutela Administrativa.

En primer lugar, comenzaré presentando la figura tuitiva en estudio ubicándola en el mapa jurídico del sistema de protección de menores y expondré el origen y evolución de su regulación, en tanto que todo esto permitirá un mejor conocimiento de su sentido y objetivo: la protección real y efectiva del menor.

En segundo lugar, me detendré a analizar el supuesto de hecho de la misma. Este supuesto de hecho es la situación de desamparo. Si no existe una situación de desamparo del menor no tendrá lugar la tutela administrativa, por ello, es primordial que el menor se encuentre desamparado, esto es, en una desprotección real para poder constituirse una tutela administrativa. Por consiguiente, trataré todos sus aspectos principales, comenzando por sus antecedentes, dando un concepto, desglosándolo y, acabando con su procedimiento de declaración y los efectos que produce.

A continuación procederé a configurar un concepto de la tutela administrativa. Concepto que desglosaré de forma que se podrán entender cada uno de los términos que aparecen en su definición, dándonos así, una visión muy general de sus requisitos, características, aplicación y, sujetos intervenientes.

Después de la visión general que nos proporcionará la aproximación a un concepto de tutela administrativa, descenderé a analizar sus características y requisitos. Asimismo, razonaré sobre su contenido y ejercicio, pasando a hablar, a continuación, de los elementos subjetivos que aparecen en esta institución, estos son, los menores desamparados y las entidades públicas. Y, examinaré los efectos que produce y las causas que llevan a su extinción.

Finalmente, para concluir con el estudio de la tutela administrativa, me ha parecido interesante mencionar brevemente la futura reforma que se va a realizar sobre la protección del menor, más concretamente, sobre los aspectos en los que la tutela

administrativa se verá modificada. Las modificaciones que se van a realizar se encuentran, a día de hoy, en el Anteproyecto de la Ley de Protección a la Infancia.

II. LA TUTELA ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES. EVOLUCIÓN.

El sistema de protección de menores en nuestro ordenamiento jurídico parte del artículo 39 de la Constitución Española. Este artículo recoge los principios básicos sobre la protección del menor e indica que los poderes públicos deben asegurar la protección del menor. Son menores de edad aquellos que no superen la edad de dieciocho años, cumplida esta edad se considera que se ha obtenido la mayoría de edad (art. 12 de la CE en relación con el art. 315 Cc.) y, por tanto, no será necesario que esa persona tenga dicha protección salvo en el caso de que resulte judicialmente incapacitado.

Ante la instauración de un sistema de protección de menores, cabe preguntarse el porqué. ¿Por qué considera nuestro legislador que es necesaria su protección? Esta pregunta la resolveremos atendiendo a la capacidad de razón de la persona.

Una persona al nacer tras desprenderse del seno materno adquiere la capacidad jurídica, esto es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (art. 29 Cc), sin embargo ese recién nacido carece de la capacidad de entender y querer, es decir, que resulta incompetente para realizar, por sí mismo, actos jurídicos debido a su falta de idoneidad. Ante esta situación, nuestro legislador no le otorga la capacidad necesaria para realizar dichos actos y conseguir que estos tengan eficacia jurídica, ya que para ello será necesario que esa persona crezca y vaya adquiriendo conocimientos suficientes para ejecutarlos. Ésta se conoce como la capacidad de obrar.

Por consiguiente, en nuestro Cc, el legislador establece, como regla general, que una persona adquirirá su total capacidad de obrar cuando cumpla la mayoría de edad (art. 322 Cc). No obstante, se regulan excepciones conforme va aumentando la edad de la persona, pudiendo un menor de edad tener para la realización de determinados actos jurídicos una capacidad de obrar limitada. Por ejemplo, sería el caso del menor de edad que adquiere la emancipación a los dieciséis años tendrá la capacidad de obrar para realizar ciertas actuaciones jurídicas pero no todas puesto que todavía no ha cumplido la mayoría de edad (arts. 314 – 324 Cc.); o, el menor mayor de catorce años a la hora de otorgar testamento, podrá hacerlo (art. 663.1º Cc.); o, cuando el Juez considere que tiene suficiente juicio, escuchará al menor de doce años; o, en el caso de aquellas personas que cumplida la

mayoría de edad no ostenten la suficiente capacidad de entender y querer para ejecutar actos jurídicos por si solas debido a su falta de razón, serán declaradas incapaces por sentencia judicial y no podrán realizar determinados actos jurídicos, o ninguno de ellos, dependiendo del grado de incapacidad que ostente.

Así, partiendo de la necesaria protección del menor por carecer de capacidad de entender y querer, que le lleva a nuestro legislador, a no otorgarle la capacidad de obrar para realizar los actos jurídicos, damos contestación a nuestra pregunta, ya que, debido a esta falta de capacidad, el legislador se planteó una serie de medidas para cubrir esa carencia del menor. Medidas que denominó sistemas de protección del menor, que se trata de un conjunto de instituciones relacionadas entre sí que cubren la falta de capacidad del menor y no solo eso, sino que, además velan por su persona y sus bienes. Con tal que, a día de hoy contamos con las siguientes instituciones: la patria potestad (arts. 154 y ss. Cc.), la asistencia paterna (art. 323 Cc.), la tutela ordinaria (arts. 222 a 285 Cc.), la curatela (arts. 286 a 298 Cc.), la guarda de hecho (arts. 303 a 313 Cc), el defensor judicial (arts. 299 a 302 Cc.), la guarda administrativa 172.2 Cc.) y, la tutela administrativa (art. 172.1 Cc.).

Dicho lo anterior y teniendo claro el porqué de la creación de los sistemas de protección de menores, nos vamos a centrar en el que da título a este estudio, la tutela administrativa. Por lo que, partiendo del hecho de que se trata de una institución de protección del menor, debemos saber cómo surgió y los aspectos generales que la caracterizan para comprenderla mejor.

La PATRIA POTESTAD^{1y2}, es la institución preferente y más importante de protección del menor puesto que es la ejercida por los padres biológicos del mismo. El menor estará sometido a la patria potestad de sus padres nada más nacer, una vez reconocida la filiación de los padres, hasta que cumpla la mayoría de edad, salvo que resulte por sentencia judicial incapacitado y se vea de este modo prorrogada la misma, o bien, hasta que se produzca la emancipación del menor que conllevaría la cesión de la patria potestad y los padres pasarían a ejercer asistencia con respecto a ciertos actos jurídicos para las cuales

¹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *Anuario de derecho civil*, Vol.45, N° 4, 1992, pp. 1464 – 1467.

² MAYOR DEL HOYO en “Sistema tutitivo del menor en el Código Civil español: acogimiento y otras medidas de protección”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, 2012, pp. 52.

el menor emancipado todavía no estaría capacitado para ejercer por sí solo. Estos deberán velar por su persona, administrar sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia y representar al menor bajo su cargo en el ejercicio de los actos jurídicos, realizando siempre los mismos respetando el principio de interés superior del menor. Con esta institución el legislador pretendía dar protección al menor de manera que resultaban cubiertas sus necesidades bien por ambos progenitores o por uno de ellos. No obstante, surgió el problema de que el menor por innumerables razones no contará con la presencia de sus padres biológicos, ante esta situación nuestro legislador creó la institución de la TUTELA ORDINARIA.

La tutela ordinaria se establece con la necesidad de cubrir la ausencia de la patria potestad de los padres biológicos del menor, por ello tiene un carácter subsidiario y supletorio³. El tutor será nombrado mediante sentencia judicial (art. 231, 233 - 258 Cc.) y se ejercerá bajo la vigilancia y control del Ministerio Fiscal (art. 232 Cc.). Emitida la resolución judicial y una vez inscrita en el Registro Civil, el tutor nombrado pasará a ejercer las mismas funciones que un padre, se encargará de velar tanto de la persona como de los bienes del menor y, así mismo le confiará su representación (art. 259 - 275 Cc.).

Sin embargo, a pesar de la regulación de estas dos instituciones todavía existía una desprotección del menor, lo que hizo razonar al legislador sobre las situaciones que se estaban dando en la vida real, tales como el abandono de los menores por su familia. Situaciones que aun estando el menor bajo las instituciones de la patria potestad o la tutela, eran signo de una total desprotección del menor, lo que llevó al legislador a crear dos instituciones nuevas que ampararan situaciones como las descritas⁴.

Con este objetivo, en 1987 nuestro legislador optó por realizar modificaciones en el Código Civil incluyendo la regulación de estas dos nuevas instituciones de protección del menor. Modificaciones que vienen reguladas en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de

³ Vid. MAYOR DEL HOYO en “Sistema tutivo del menor en el Código Civil español: acogimiento y otras medidas de protección”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, 2012, pp. 52 – 53.

⁴ Vid. MAYOR DEL HOYO en “Sistema tutivo del menor en el Código Civil español: acogimiento y otras medidas de protección”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, 2012, pp. 56 – 57.

Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, que otorgó al Cc una nueva regulación en su Libro I, Título VII, Capítulo V, “De la adopción y otras formas de protección de menores”, tipificando las nuevas instituciones bajo el nombre de GUARDA ADMINISTRATIVA y TUTELA ADMINISTRATIVA e incluyéndolas en el art. 172 Cc⁵.

Como resultado de estas innovaciones, se dotó a las entidades públicas⁶, más concretamente a la Administración, de un gran protagonismo al otorgarle la decisión sobre el menor desprotegido. Esta situación de desprotección, que puede ser tanto moral como material, viene recogida bajo el nombre de situación de desamparo y será declarada por la propia Administración. Analizando la situación de desprotección del menor debemos distinguir ambas instituciones.

Por un lado, la GUARDA ADMINISTRATIVA regulada en el art. 172.2 Cc. Se trata de una institución que puede darse de dos formas. En primer lugar, puede darse de manera voluntaria, es decir, por petición de los progenitores a la Administración para que ésta de manera provisional se haga cargo del menor por causas debidamente justificadas que dieran paso a una situación grave o de riesgo en la que los padres vieran imposible cumplir sus funciones para con el menor que estuviera bajo su cargo. En segundo lugar, puede ser de manera involuntaria, esto es, acordada por el Juez.

La guarda administrativa tiene el fin de velar por la guarda del menor previendo una situación grave en su ámbito familiar intentando evitar que se produzca una situación de desamparo. Una vez declarada la guarda administrativa de la entidad pública, ésta se hará cargo de la guarda del menor mediante un acogimiento y los padres seguirán ostentando la administración de los bienes y representación del menor. Esta medida de protección se verá extinguida cuando la situación que la determinó desaparezca o mejore, pudiendo verse empeorada y teniendo que acordar la Administración otra medida de protección⁷.

⁵ MAYOR DEL HOYO en “Sistema tutivo del menor en el Código Civil español: acogimiento y otras medidas de protección”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, 2012.

⁶ En materia de entidades públicas competentes para ejercer la tutela o guarda administrativa nos habla la Disposición Adicional Primera párrafo primer de la Ley de 1987 y, asimismo, PÉREZ ÁLVAREZ en su obra *La nueva adopción*, Civitas, 1989, pp. 65 – 75, realiza un análisis detallado de estos entes públicos acerca de las ventajas e inconvenientes que produce su asignación como tutor de un menor en desamparo.

⁷ MAYOR DEL HOYO, en su obra, La Guarda Administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil, COMARES, 1999.

Por otro lado, la TUTELA ADMINISTRATIVA regulada en el art. 172.1 Cc. Se trata de una institución que se da cuando el menor se encuentre en una situación de desamparo. Esta situación de desamparo será declarada por la Administración, siendo constituida la tutela administrativa por ministerio de la ley a favor de una entidad pública. Esta entidad pública, de manera provisional, se encargará de dar acogimiento familiar o residencial al menor velando no sólo por su persona sino también por la buena administración de sus bienes y representación, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal. En este precepto de 1987, nuestro legislador nos da los aspectos generales que conllevan la constitución de esta institución. Aspectos que incluyen el concepto de situación de desamparo⁸, la atribución de la tutela por ministerio de ley a la entidad pública y, nos marca la importancia de la reinserción familiar (art. 172.1 y 4 en relación con el art. 173 Cc) y el interés del menor.

Las características de la tutela administrativa reguladas en el Cc. resultaban escasas, de ahí que hayan sido objeto de varias modificaciones desde su redacción en 1987, al igual que el resto de sistemas tuitivos. Estas características se han ido actualizando y desarrollando por parte de nuestro legislador a lo largo de los años adaptándose a las necesidades sociales del momento, con el fin de colmar los vacíos legales existentes que se fueran ocasionando. De modo que, a continuación, vamos a ir destacando cada una de las innovaciones incorporadas por nuestro legislador acerca de esta institución.

En primer lugar, tras su regulación en 1987, el legislador elabora la primera reforma sobre la tutela administrativa en 1996. Reforma que se encuentra recogida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM). En ella se volvía a reflejar la importancia de la entidad pública como sujeto clave de la institución junto con la existencia de una situación de desamparo en el menor para su constitución y se sigue haciendo hincapié en la medida del acogimiento familiar. Con lo que, nuestro legislador mantiene la definición de la situación de desamparo, y la atribución de la tutela a la Administración por ministerio de la ley, no obstante añade a esta redacción la función y los efectos de la tutela administrativa e incorpora dos apartados más, quinto y sexto, al precepto en los que refleja la solución ante situaciones de problemas graves de

⁸ IGLESIAS REDONDO, en su obra, *Guardia Asistencial, tutela ex lege y acogimiento*, CEDECS, 1996, pp. 168 – 202, realiza un análisis sobre el concepto de situación de desamparo.

convivencia con las personas que lo estén cuidando pudiendo solicitar la remoción y, además incorpora el recurso ante la jurisdicción civil de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por el ministerio de la ley.

En segundo lugar, en el 2007 nos encontramos con una nueva reforma de este artículo en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Reforma que introdujo modificaciones en el apartado sexto sobre el recurso contra las resoluciones de la declaración del desamparo ante la jurisdicción civil, añadiendo a ello que el recurso se deberá realizar en el plazo y condiciones que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Y, además, añadió al artículo dos apartados más, séptimo y octavo, en los cuales encontramos que en el caso que se dé como admitido el recurso contra la resolución de declaración de desamparo los padres tienen derecho a solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad quedando revocada la declaración de desamparo siempre y cuando se vean nuevamente en condiciones de asumir su responsabilidad para con el menor, y asimismo, tendrán derecho a oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Estos derechos podrán ser ejercidos en el plazo de dos años a contar desde la notificación de la resolución administrativa de la declaración de desamparo. Igualmente, la entidad pública podrá revocar de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o de la persona, entidad interesada la declaración de desamparo y decidir sobre reintegración familiar del menor con su familia biológica, si se entiende que es lo mejor para el menor, debiendo notificar de toda decisión al Ministerio Fiscal.

Actualmente, la redacción del artículo 172 Cc⁹ en lo que atañe a la tutela administrativa contiene, uniendo todas las modificaciones realizadas por nuestro legislador, recoge la siguiente materia:

A) Cuando un menor se encuentre en situación de desamparo tendrá, por ministerio de ley, la tutela la entidad pública del territorio donde se encuentre el mismo debiendo adoptar las medidas necesarias para su protección. La entidad pública estará bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal en toda actuación que realice en relación con el menor.

⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, en *Comentarios al Cc.*, artículo 172, realiza un análisis detallado sobre el citado artículo.

B) Se regula el concepto de situación de desamparo. Se dará cuando se produzca un incumplimiento del ejercicio de los deberes de protección, tanto moral como material, establecidos por las leyes para el cuidado de los menores.

C) Se regulan los efectos de la tutela administrativa.

D) Toda actuación realizada por la entidad pública buscará el interés superior del menor y procurará, siempre que se pueda, su reinserción en la familia biológica. Si resultase que en la convivencia surgen problemas graves entre el menor y la persona o personas acogedoras, se podrá pedir la remoción de la misma por parte de la persona interesada.

E) El recurso ante la jurisdicción civil contra las resoluciones de la declaración del desamparo se realizará conforme a las normas marcadas por el art. 780 de la LEC.

F) Los padres del menor son titulares de dos derechos, en primer lugar, el derecho a solicitar el cese de la suspensión de su patria potestad quedando revocada la declaración de desamparo, siempre que se vean capacitados para ejercerla. En segundo lugar, el derecho de oponerse a las decisiones que se adopten para la protección del menor. Ambos derechos deberán ejecutarse en el plazo de dos años a contar desde la notificación de la resolución administrativa sobre la declaración del desamparo, sino la han ejecutado en este periodo de tiempo perderán su derecho a solicitar y a oponerse.

G) Podrá revocar la declaración de desamparo de oficio, o por petición de la persona interesa la entidad pública, además de decidir sobre la reinserción del menor en su ámbito familiar, cuando sea posible.

En resumen, la tutela administrativa nace con la reforma del Cc. realizada por el legislador en 1987 atendiendo a las situaciones de desprotección real del menor. Más tarde, a pesar de todo lo logrado con esta reforma en medida de protección del menor desamparado, en 1996 realiza una nueva modificación del precepto legal (art. 172 Cc.) para solventar las carencias que presentaba todavía la situación del menor recalando la importancia del principio de interés superior del menor, las obligaciones de las entidades públicas para con el Ministerio Fiscal y el valor que tiene la medida de acogimiento o reinserción

familiar en la figura del menor. No obstante, nuestro legislador realiza una nueva reforma en el 2007, acerca del contenido, plazo, ejecución y efectos del recurso contra la resolución de declaración de desamparo, así como los derechos de solicitar y oponerse de los padres del menor. Dando así, finalmente, redacción al artículo 172 Cc actual, en la materia que corresponde a la tutela administrativa.

Para finalizar con la evolución y aspectos generales de esta institución, a pesar de las reformas que ha elaborado el legislador sobre la tutela administrativa y, en general, sobre los sistemas tutivos de protección del menor, hoy en día todavía siguen quedando lagunas que colmar debido al paso del tiempo y las nuevas necesidades sociales que hay y que habrá. De modo que, tanto la tutela administrativa como los demás sistemas de protección del menor, están siendo objeto de una nueva reforma en el año en que nos encontramos (2014). El Gobierno español ha aprobado varios anteproyectos de ley sobre la protección del menor, para elaborar la Ley de Protección a la Infancia. Ley que veremos con detalle más adelante examinando sus anteproyectos, destacando las innovaciones respecto a la tutela administrativa.

III. SUPUESTO DE HECHO: EL DESAMPARO

1. ANTECEDENTES

La situación del menor desprotegido se contempló por primera vez en la Orden de 30 de diciembre de 1936 debido a las circunstancias sociales que estaban aconteciendo, pero fue en 1958, con la Ley de 24 de abril con la que se introdujo esta situación como una situación de abandono de menores sin ser determinado su concepto y presunción, todavía. Conforme pasaron los años, nuestro legislador nos dio un concepto de esta situación, regulándolo en la Ley de 4 de julio de 1970, introduciéndolo en el art 174 del Cc. Este artículo nos decía que la situación de abandono se daba con el menor de catorce años que careciera de una persona que velará por sus intereses, siendo declarada tal situación por el juez, independientemente de la forma en que se hubiera dado tal hecho y, además, en este mismo precepto legal regulaba casos considerados como abandono¹⁰.

A raíz de la regulación del término de abandono, Grupos Parlamentarios comenzaron a presentar enmiendas¹¹ elaborando la definición que a ellos les resultaba correcta sobre dicho concepto, criticando su amplia y abstracta regulación. Tras esta fase de enmiendas presentadas, fue en enero de 1987 cuando se empezó a debatir sobre si era correcto o no el término de abandono del menor, constituyéndose y regulándose, el concepto de desamparo del menor en el Preámbulo de la Ley de 11 de noviembre de 1987. Esta ley establecía la nueva institución de la tutela administrativa y, fue donde se tipificó el hecho causal, por primera vez, no como situación de abandono sino como situación de desamparo del menor, pasando a ser regulada, su definición y presunción, en el art. 172.1 Cc., introduciendo una mayor amplitud a la situación de desprotección del menor y, cambiando totalmente la declaración de la misma, pasando a ser una declaración administrativa. El concepto de situación de desamparo a día de hoy es objeto de estudios debido a su gran amplitud y abstracción.

¹⁰ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Civitas, 1989, pp. 76 – 88.

¹¹ Vid. LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, José M^a Bosch Editor, S.A. (Barcelona), 1990, pp. 40 – 54.

2. CONCEPTO DE SITUACIÓN DE DESAMPARO

El concepto general de situación de desamparo lo encontramos, como se ha indicado anteriormente, en el art. 172.1.II Cc., que regula que la situación de desamparo es: «[...] 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». Se trata de un concepto general, puesto que, las Comunidades Autónomas que tienen derecho foral, como es el caso de Aragón¹² o Cataluña¹³, tienen regulada su propia definición de situación de desamparo.

Establecido el concepto de desamparo pasemos a analizarlo¹⁴. En primer lugar vemos que la situación de desamparo tendrá lugar cuando los padres o tutores del menor incumplan, les sea imposible o realicen inadecuadamente el ejercicio de los deberes de protección que les son exigidos por las leyes para el cuidado del menor a su cargo, sin importar, a primera vista, el porqué de ese incumplimiento. Esta condición es objeto de debate puesto que nuestro legislador deja abiertos distintos supuestos donde el menor puede ser perjudicado. Y, además, hasta aquí, todavía no nos resuelve la duda de qué conlleva y cuál es el alcance de una situación de desamparo, por lo que, se deberá analizar cada circunstancia de manera que se tenga totalmente la certeza de que se está dando esa situación de desamparo, una situación grave cuya solución solo se encuentre en la separación del menor de su familia biológica y, no una situación menos gravosa para el menor, como, por ejemplo, puede ser el caso de los padres que en ese momento no puedan hacerse cargo del menor pero más adelante sí, supuesto que no sería de tipificación dentro de la figura del desamparo por el momento hasta ver su evolución. A consecuencia de esta abstracción, hay que diferenciar una situación de desamparo de una situación de riesgo, para, así, conocer cuando realmente se está dando el supuesto de desamparo del menor.

¹² En el caso de Aragón, encontramos la definición de situación de desamparo en el Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, art. 118.

¹³ En el caso de Cataluña, encontramos la regulación sobre desamparo en la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, arts. 98 y ss.

¹⁴ IGLESIAS REDONDO, en su obra *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, realiza su propio análisis del concepto de situación de desamparo.

Por un lado, la situación de desamparo se dará cuando los padres o tutores incumplan, extraordinariamente, el ejercicio de sus funciones para con el menor, encontrándose este privado de la debida asistencia para garantizar el desarrollo de su persona. Como consecuencia de ello la solución que se adoptará será la separación del menor de su familia de biológica, constituyéndose una tutela por ministerio de ley y, quedando así suspendida la patria potestad o tutela. Por el contrario, nos encontraríamos ante una situación de riesgo¹⁵, cuando existiera un perjuicio para el menor dentro de su ámbito familiar que no alcanzará la gravedad suficiente para justificar la separación del núcleo familiar, de manera que los padres o tutores verían vigiladas sus funciones el tiempo que fuera necesario hasta que ese perjuicio se solucionase, otorgándose por ley la guarda del mismo.

En segundo lugar, siguiendo con el análisis del concepto, se nos dice que se dará la situación de desamparo cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Desde este punto de vista, nuestro legislador nos dice que ese incumplimiento, imposibilidad o inadecuación del ejercicio de los deberes para con el menor aborda no solo el ámbito personal sino también el material, ya que ambos son necesarios para promover y satisfacer el desarrollo de la personalidad del menor. Por tanto, de conformidad con LLEBARÍA SAMPER¹⁶, la situación de desamparo contempla todo lo referido a la esfera personal (“guarda de los menores y asistencia moral”) y material (“asistencia material”) del menor que se encuentra en esa situación, de forma que le sea otorgada la mayor protección para su desarrollo como persona. De esta manera, es preciso decir que, el menor debe ser asistido tanto moral como materialmente, puesto que son necesarias ambas asistencias para la mayor protección del menor. Así, mientras que la esfera personal o moral ayuda al menor a convivir en un ámbito familiar estable, agradable y bueno; la esfera patrimonial o material en la que se desenvuelva el menor debe ser la suficiente para que le pueda ser otorgada la debida educación, alimentación y cuidado para el desarrollo de esa personalidad. Por consiguiente, la asistencia material está vinculada a la asistencia personal, porque gracias a la asistencia material la personalidad del menor se va formando y va adquiriendo los valores necesarios que le permiten crecer y vivir en un ambiente protegido. Y, no solo eso, sino que, ambas esferas

¹⁵ LINACERO DE LA FUENTE, *Protección Jurídica del Menor*, 2001, pp. 164 -165.

¹⁶ LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, José M^a Bosch Editor, S.A. (Barcelona), 1990, pp. 49 - 54.

giran en torno al respeto del interés del menor y desembocan en el mismo fin que es la protección legal del menor que exige nuestro legislador, lo que hace que sea necesario que el menor sea asistido en ambos aspectos, de ahí que si se ve privado de una u otra asistencia, el menor estará desprotegido en su ámbito cotidiano.

Por consiguiente, una vez analizado el concepto de situación de desamparo, cabe destacar que para declarar la situación de desamparo debemos atender a las circunstancias tanto personales como materiales del menor que este bajo el cargo de los padres o tutores cuyas obligaciones para con él estén siendo incumplidas o inaplicadas. Estas situaciones tienen un gran nivel de perjuicio para el menor puesto que los padres verán suspendida su patria potestad, pasando la tutela a alguien que realmente vele por los intereses personales y materiales del menor dándole así la protección necesaria, actuando en su beneficio y, logrando satisfacer y promover su desarrollo de la mejor manera posible, atendiendo a sus intereses y cumpliendo las obligaciones establecidas en la ley.

3. DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

Con anterioridad a la promulgación de la ley de 1987, la declaración de la situación de abandono se realizaba por el Juez. Más tarde, con su promulgación esta declaración cambio por completo al igual que el término y concepto de la situación, que, como bien hemos visto anteriormente, pasa a denominarse situación de desamparo y a ser declarada administrativamente.

Actualmente, en nuestro art. 172.1.I Cc. el legislador nos indica lo siguiente: «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda [...] ». A raíz de este artículo podemos deducir que será la entidad pública, más concretamente la Administración, la que declare la situación de desamparo del menor cuando sea consciente y constante la misma (“cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo”).

Entonces, cómo deberá declarar la entidad pública la situación de desamparo. La entidad pública deberá analizar y estudiar la situación del menor en su ámbito familiar, bien porque ella misma tenga constancia o intuición de que la situación es perjudicial, o bien por aviso o comunicación de una persona interesada que vea que ese menor no está siendo asistido de manera correcta por sus progenitores. Una vez analizada la situación del menor por parte de la entidad pública, si resulta que se dan todos los requisitos que engloban la situación de desamparo, la entidad declarará a ese menor en situación de desamparo a través de una resolución administrativa. Esta resolución administrativa se ejecutará a través de un procedimiento administrativo. Procedimiento que se encuentra regulado en la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en sus arts. 68 y ss., sobre el cual el Tribunal competente del domicilio de la entidad pública, tiene la obligación de resolver (art. 42 LPAC).

Además, nuestro legislador establece que una vez resuelto el procedimiento que declare admitida la declaración de desamparo, está puede ser recurrida « [...] ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), sin necesidad de reclamación administrativa previa» (art. 172.6 Cc), siempre que, el recurso verse sobre los aspectos sustantivos. No si el problema está en el procedimiento administrativo, en cuyo caso habrá que ir a la jurisdicción contencioso administrativa. Ante este recurso la LEC en sus arts. 779 y 780 nos indican que el Tribunal competente para resolver el asunto será el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad pública, y esta oposición puede ser formulada en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de la resolución administrativa.

Asimismo, el apartado séptimo del art. 172 del Cc. nos indica que los padres que tengan suspendida la patria potestad y que todavía la sigan ostentando podrán solicitar el cese de la suspensión, declarando su oposición a la resolución administrativa de la declaración del desamparo en el plazo de dos años desde su notificación, quedando revocada la declaración de desamparo, siempre y cuando los padres estén en condiciones de asumir de nuevo la guarda del menor. También, podrán oponerse a las resoluciones que se adopten respecto de la protección de su hijo. Si no actúan en el plazo citado, perderán su derecho a oponerse. Para concluir con este apartado, decir que si la entidad pública considera que el menor puede volver a su ámbito familiar de manera estable, podrá de

oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de la persona física o jurídica interesada revocar, en cualquier momento la declaración de desamparo.

4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

Declarada la situación de desamparo mediante resolución administrativa, los padres verán suspendida su patria potestad pasando el menor al cuidado de una entidad pública por ministerio de ley, es decir, la entidad pública, de manera automática, pasará a ser la tutora del menor y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, dando conocimiento de ello tanto al Ministerio Fiscal como a los padres o tutores del menor en desamparo (art. 172.1.I Cc.). Constituyéndose la tutela administrativa.

IV. CONCEPTO DE TUTELA ADMINISTRATIVA

Podemos definir tutela administrativa como aquella institución funcional de protección del menor desamparado que, por ministerio de ley, se atribuye a la entidad pública del territorio correspondiente donde se encuentre el menor, con carácter automático y provisional. Este sistema de protección del menor lo encontramos regulado en el art. 172.1 Cc.

Para entender mejor este concepto voy a ir desglosándolo en diferentes puntos.

1.- Se trata de una institución funcional de protección del menor, puesto que, como bien nos indica MARTINEZ DE AGUIRRE¹⁷, podemos distinguir dos modelos de protección al menor: modelo institucional y modelo funcional. Por ello, al contrario que otras instituciones de protección del menor, que se verían englobadas dentro del modelo institucional, ya que, en su conjunto otorgaran protección al menor en cada una de las situaciones en las que se encontrará, cubriendo así todas sus necesidades, como lo son la patria potestad o la tutela ordinaria. La tutela administrativa, se vería englobada dentro del modelo funcional, puesto que se trata de una institución de protección del menor que se creó con el fin de ofrecer las debidas necesidades al menor, cuando éste, aun encontrándose bajo un mecanismo institucional de protección del menor, sea privado de dichas necesidades, es decir, se encuentre en desprotección real.

2.- Protección al menor desamparado, ya que, la tutela administrativa nacerá en el momento que la Administración declare la situación de desamparo.

3.- Es atribuida la tutela a la entidad pública por ministerio de la ley, de manera que, cuando se declare la situación de desamparo se otorgará automáticamente la tutela a la entidad pública correspondiente.

4.- Se atribuirá provisionalmente, ya que, la entidad pública se encargará de buscar un nuevo ámbito de convivencia al menor, bien con su familia de origen o con otra familia, dependiendo de sus circunstancias. Para así, conseguir darle protección.

¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad*”, Anuario de derecho civil, Vol. 45, Nº 4, 1992, pp. 1464 – 1486.

Para dejar claro el concepto de tutela administrativa, resulta inevitable atender a las similitudes y diferencias que ostenta ésta respecto de la guarda administrativa, ya que, ambas instituciones aparecen cuando el menor se encuentra en una situación de desprotección real en su ámbito familiar, aun estando bajo la institución de la patria potestad o la tutela ordinaria. Estas instituciones, a su vez, se aparecen cuando se dan unas concretas circunstancias en la persona del menor. Por un lado, la guarda administrativa trata de evitar que el menor entre en una situación de desamparo, una situación en la que sea privado de la necesaria asistencia moral o material. Para no llegar a esta situación, la entidad pública se hará cargo de la guarda del menor pero no de la administración de sus bienes y de su representación, pese que, seguirán encargándose los padres de realizarlo bajo la vigilancia de la propia Administración. Por tanto, en este caso, nos encontramos con una situación de riesgo para el menor, es decir, ante una falta o una mala asistencia moral o material por parte de las personas que ostentan su custodia y, es en estos casos cuando la Administración entra en juego cubriendo esa falta de asistencia que al menor debería dársele, pasando la guarda del mismo a una entidad pública, sin la necesidad de que el menor sea separado de su familia biológica.

Por otro lado, la tutela administrativa se da cuando el menor ya se encuentra en una situación de desamparo, es decir, cuando el menor está siendo privado de la necesaria asistencia moral o material. En este caso, el menor no es asistido por sus padres o tutores ordinarios, por lo que, la Administración tendrá la obligación de velar por el menor y sus intereses, de manera que pasará a realizar las funciones de guarda, representación y administración de sus bienes. Funciones que tendrían que ejecutar las personas que ostentasen su patria potestad o tutela ordinaria, pero que por motivos voluntarios o involuntarios no pueden. En estos casos, el menor pasará a manos de la Administración siendo separado de su ámbito familiar, llevándose a cabo la función de la tutela administrativa mediante la figura del acogimiento familiar o residencial.

Una vez instadas tanto la guarda como la tutela administrativa pueden revertirse, es decir, la Administración podrá volver a rehabilitar la patria potestad o la tutela ordinaria, en el caso de que, la situación de la familia biológica del menor o de las personas que ejercieran su tutela ordinaria mejorase, pudiendo así satisfacer las necesidades obligadas por

nuestro legislador hacia el menor de edad, cesando así la guarda o tutela de la entidad pública.

Asimismo, estas instituciones se diferencian en la forma en la que son atribuidas. Puesto que, aunque ambos sistemas tuitivos son atribuidos a la entidad pública de manera provisional, no se imponen de igual forma. En primer lugar, la guarda administrativa es atribuida a la entidad pública de manera voluntaria por la persona o personas a cargo del menor por verse en situación de riesgo, manteniendo la patria potestad o tutela sobre el mismo estando bajo controles de vigilancia de la propia entidad. Mientras que, en segundo lugar, la tutela administrativa es atribuida a la entidad por causas extraordinarias, voluntarias o involuntarias, que producen una situación de desamparo que hace que el menor sea extraído de su familia de origen, la que se ve suspendida de su patria potestad o tutela.

Se producen de manera provisional puesto que, como se ha mencionado anteriormente, ambas instituciones son reversibles. Se mantienen hasta que se soluciona o se busca solución definitiva a la situación que está viviendo el menor en su ámbito familiar. En el caso de la guarda administrativa, la situación del menor frecuentemente suele remediararse y las personas que anteriormente ostentaban su patria potestad o tutela recuperan totalmente las obligaciones para con el menor y, este puede seguir bajo el mismo techo que su familia de origen sin problemas, siempre bajo la vigilancia y revisión continua por parte de la Administración, para así cerciorarse de que el menor está siendo asistido debidamente. En el caso de la tutela administrativa, también podría darse la misma situación de rehabilitación de la patria potestad o tutela ordinaria, no obstante, si resulta que es imposible esa rehabilitación, la Administración dará por definitiva la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria y buscará una medida más eficaz y satisfactoria, velando siempre por el interés superior del menor. Solución definitiva como puede ser la adopción del menor por otra familia que cumpla con todos los requisitos establecidos.

Finalmente, otra de las diferencias que presentan la guarda y la tutela administrativa es que, mientras que en la tutela administrativa se constituye de forma automática al declararse la situación de desamparo del menor; en la guarda administrativa esa automaticidad no se da, puesto que, deberá ser solicitada por cualquier interesado o bien declarada por el juez.

V. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Las características y requisitos de la institución de protección del menor, la tutela administrativa podemos encontrarlas en el propio artículo 172.1 Cc. Estas son:

- A) La tutela administrativa se constituirá previa declaración de situación de desamparo del menor¹⁸.** Cuando la entidad pública sea conocedora de la situación de desamparo del menor, bien por ella misma o bien porque haya sido informada, iniciará procedimiento administrativo para declarar a ese menor en situación de desamparo. Una vez resuelto el procedimiento a favor de la situación de desamparo, la tutela pasará a ser ejercida por la entidad pública competente. Por lo que, la declaración de esta situación de desamparo será el requisito esencial para que se de esta institución, ya que, la tutela administrativa se atribuye a los menores desamparados (art. 172.1 I y II Cc.).
- B) La tutela administrativa tiene carácter automático.** La tutela se atribuye por ministerio de la ley a la entidad pública, tras la declaración de la situación de desamparo mediante resolución administrativa, sin necesidad de nombramiento judicial de la tutela del menor (art. 172.1.I Cc).
- C) La tutela administrativa será atribuida a una entidad pública.** El tutor del menor declarado en situación de desamparo será por ministerio de la ley una entidad pública. Esta entidad se encargará de la protección del menor desamparado y podrá nombrar a instituciones privadas que colaboraran. La entidad pública delegará en ellas sus funciones sobre el menor y llevará el seguimiento oportuno de la situación del mismo. Un ejemplo de entidad privada colaboradora sería: un centro de acogida si el menor no puede vivir en la misma sede de la entidad pública que ejerce la tutela administrativa (art. 172.1.I Cc).
- D) La tutela administrativa conlleva la transmisión de todas las funciones de la patria potestad o tutela ordinaria a una entidad pública.** Una vez adquirida la tutela por la entidad pública, esta pasará a ejercer todas las funciones correspondientes a su asistencia tanto moral como material, velando así por su persona y por la administración

¹⁸ Remisión al epígrafe «El supuesto de hecho: El Desamparo», que explica qué es, cuándo se da y en qué consiste el mismo. Indicar, asimismo, que el desamparo se encuentra recogido en el artículo 172.1 Cc.

de sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia. Respetando en todo momento el interés superior del menor.

E) La tutela administrativa tiene carácter temporal. La tutela administrativa perdurará el tiempo necesario hasta que se dé una solución definitiva a la protección del menor. Las soluciones definitivas que nuestro legislador nos plantea son: la constitución de la tutela ordinaria en su caso o, la adopción. Entre estas soluciones la entidad pública deberá velar siempre que sea posible a favor de la reinserción en la familia de origen.

F) La tutela administrativa tiene carácter subsidiario. La tutela administrativa es una institución subsidiaria, sirve como suplemento de las demás instituciones de protección del menor de carácter institucional, ya que, aun estando bajo la patria potestad o tutela ordinaria, el menor puede estar en una desprotección real, es por ello que nuestro legislador crea esta figura, para otorgarle una protección efectiva al menor desatendido. Con lo que, si la entidad pública conoce de la desprotección del menor, inmediatamente iniciará el procedimiento administrativo de la declaración de desamparo para otorgar al menor la protección instada en la ley, protección que aun estando bajo el cargo de un mecanismo institucional de protección no le es dada. De esta manera, la tutela administrativa actuará de manera subsidiaria al no encontrarse atendido debidamente ese menor por los mecanismos institucionales (patria potestad y tutela ordinaria, concretamente), pasando a ejercer sus funciones una entidad pública.

G) La tutela administrativa supone una suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria. Al atribuirse la tutela del menor desamparado a una entidad pública, esta suspenderá la patria potestad o la tutela ordinaria, al considerar que la persona o personas que estaban a cargo del menor no cumplen, ni cumplirán con las necesidades básicas del menor (art. 172.1.III Cc.).

VI. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

1. CONTENIDO

La tutela administrativa abarca el contenido propio de la tutela ordinaria, esto es tanto el ámbito personal como el patrimonial, puesto que esta tutela se constituye con carácter subsidiario a la patria potestad o tutela ordinaria cuando no recibe la asistencia legamente establecida y es declarado como menor en situación de desamparado. Pero esta es una cuestión que ha sido objeto de debate por la doctrina, ya que, por un lado autores como PEREZ ALVAREZ¹⁹ entiende lógico que si sustituye al ejercicio de la patria potestad entrará en el contenido del ejercicio de la tutela tanto la representación del menor como la administración de sus bienes, por el contrario, FERRER VANRELL²⁰ defiende que el contenido de la tutela administrativa solo abarcará la esfera personal del menor por entender que tras la constitución de la tutela administrativa existe un vínculo todavía con los progenitores del menor y estos pueden intervenir en la esfera patrimonial, además, añade que a la entidad pública sólo le corresponde la guarda según el sentido literal del art. 172 Cc.

Ante las diferentes posturas, desde mi punto de vista la opinión más acertada, va en base al estudio realizado sobre la cuestión por BALLESTEROS DE LOS RIOS²¹, la que se postura a favor de las afirmaciones DE PABLO CONTRERAS²². Estos autores dicen que la tutela administrativa, como bien indica el art. 239 Cc., tiene aspectos comunes pero sobre todo muchas diferencias, puesto que la tutela administrativa «no posee idéntico contenido, sino que este podrá ser modulado por la propia Administración, puesto que esta tutela se caracteriza por su elasticidad». Eso nos lleva a la conclusión de que dependiendo del menor que se declare en desamparo, la tutela administrativa tendrá un contenido para el caso concreto, porque cada situación es un mundo. De forma que según BALLESTEROS DE LOS RIOS, la entidad pública atendiendo al caso concreto del menor desamparado asumirá tanto la esfera personal y la patrimonial, o sólo la personal

¹⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, pp. 94.

²⁰ FERRER VANRELL, “El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI. Enero-Marzo 1993, pp. 163-217.

²¹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, 1997.

²² DE PABLO CONTRERAS, *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, “Comentarios a los artículos 172, 222 y 239 Cc”, Madrid, 1993.

en el caso de que ese menor no disponga de bienes que administrar, idea que resulta más favorable y razonable por entender que la tutela administrativa se trata de una institución que es subsidiaria a la patria potestad y está obligada a cubrir las funciones de esa institución para garantizar la mayor y mejor protección para el menor desamparado.

No obstante, todavía no me parece que sea la afirmación más correcta, puesto que, estoy de acuerdo en que cada menor se encuentra en una situación de desamparo distinta, pero, se ha de tener en cuenta que todos los menores declarados en esta situación, están siendo privados de toda la asistencia moral y material que se les tiene que ofrecer y, necesitan de alguien que se la dé en su totalidad. Por ello es que, la entidad pública que ejerza la tutela administrativa tiene la obligación de ocuparse tanto de la persona del menor como de sus bienes, atendiéndolo y administrándolos respetando el principio de interés superior del menor. Dándole así la protección necesaria y la más efectiva, aunque el menor carezca de bienes que administrar, puesto que aun así seguirá necesitando una asistencia total por parte de la entidad pública porque sus padres o tutores no se la están dando ni siquiera parcialmente. De modo que la entidad pública seguirá lo regulado en la legislación para el cuidado del menor. El contenido de los deberes a cumplir por la entidad pública serán los mismos que para la tutela ordinaria, siempre que no sean contrarios a esta institución, por lo que se aplicarán los arts. 259 a 275, para el ejercicio de la misma.

Por consiguiente, la tutela administrativa cubre de forma íntegra la protección del menor, esto es, el contenido de las dos esferas que hemos diferenciado anteriormente, la personal y la patrimonial.

Una vez aclarado el contenido de la tutela administrativa, cabe que nos paremos a examinar muy brevemente las funciones que entrarían dentro de cada una de estas esferas²³. Por un lado, la esfera personal, regulada en los arts. 267 a 269 Cc., en la que entrarían en juego la prestación de alimentos, la guarda, la educación del menor y, la representación legal del mismo y, por otro lado, en la esfera patrimonial, regulada en los arts. 262 a 265 Cc. y 270 a 275 Cc., nos encontraríamos con la administración y gestión de los bienes que ostentase el menor. Para concluir, mencionar que, el tutor necesitará una autorización judicial para realizar ciertos actos por y para el menor (art. 271 Cc.) y,

²³ Sobre esta cuestión IGLESIAS REDONDO realiza su propio estudio en *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, pp. 327 – 332.

asimismo, deberá informar al Ministerio Fiscal de todas las actuaciones realizadas que impliquen al menor, así como de la situación en la que se halla.

2. EJERCICIO

Una vez declarada la situación de desamparo del menor, la entidad pública se convierte legalmente en su tutora. Lo que nos lleva a preguntarnos, ¿cómo ejercerá sus funciones de tutela una entidad pública? Pues bien, esta pregunta nos la contesta nuestro legislador en su art. 173 Cc. dónde dice que para el ejercicio de esta tutela administrativa, la entidad pública ejercerá sus funciones de tutela mediante la figura del ACOGIMIENTO FAMILIAR o RESIDENCIAL. Distingamos los dos tipos de acogimiento.

El acogimiento familiar el menor será puesto a disposición de una familia. Podrá llevarse a cabo en el ámbito familiar de las personas acogedoras nombradas por la entidad pública procurándole así un ambiente familiar idóneo o, bien puede darse en los hogares constituidos para cumplir dicha finalidad de acogimiento, estos hogares deben ser habilitados y autorizados por la entidad pública (art. 173.1 y 2 Cc.). En el primer caso, las funciones tuitivas serán realizadas por la persona o personas que acogen al menor y, en el segundo caso, las funciones serán llevadas a cabo por la persona responsable del hogar funcional. Nuestro legislador distingue tres tipos de acogimiento familiar: simple, permanente y preadoptivo (art. 173 bis Cc.):

1.- Acogimiento familiar simple: cuando la entidad pública ve posible la rehabilitación del menor en su familia de origen o, bien, tiene carácter temporal hasta que se adopte una medida más eficaz y estable.

2.- Acogimiento familiar permanente: cuando la situación del menor con su familia así lo aconsejen y, sea verificado por los servicios de atención al menor, la entidad podrá pedir al juez que atribuya las funciones para con el menor a sus acogedores.

3.- Acogimiento preadoptivo: cuando la entidad pública eleve la cuestión de adopción a la autoridad judicial, siempre que las personas que vayan a adoptar al menor cumplan con los requisitos para proceder a la adopción.

Con este tipo de acogimiento la entidad pública da la protección necesaria que el menor debe tener, haciendo que el menor participe plenamente en la vida de la familia acogedora, la que deberá velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas que son: tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y proporcionarle una formación integral (art. 173.1 Cc.).

Y, en el caso del acogimiento residencial, la entidad pública delegará funciones sobre el menor a la institución colaboradora habilitada para su acogimiento, siendo ejercitado el mismo por el director del centro dónde el menor sea acogido. En ciertas ocasiones el acogimiento residencial podrá funcionar con carácter supletorio y temporal hasta que la entidad pública formalice un acogimiento familiar.

Ambos acogimientos se formalizaran por escrito con el consentimiento de la entidad pública y, si fuera necesario el de las personas que ostentasen su patria potestad o tutela en casos excepcionalmente regulados. El documento que formaliza los acogimientos deberá contener obligatoriamente los datos que vienen establecidos en el art. 173.2. II Cc.: modalidad del acogimiento, derechos y deberes de cada una de las partes, el contenido del seguimiento que va a realizar la entidad pública, entre otros, destacando el informe de los servicios de atención a menores que será remitido al Ministerio Fiscal, al cual le corresponde la superior vigilancia del acogimiento del menor y, por ello, la entidad pública deberá informarle de todo lo referente al menor desamparado (art. 174 Cc.).

Mencionar que ante el acogimiento familiar del menor cabe oposición, de acuerdo con el art. 173.3 Cc. la persona o personas que quieran recurrir la resolución administrativa que declare el acogimiento del menor deberá hacerlo en el plazo de dos años desde la resolución administrativa de la declaración de desamparo, justificando esa oposición entorno a una de estas dos circunstancias: por un lado, que la medida impuesta por la entidad pública no sea la más beneficiosa para el menor y, por otro lado, que concurran en el ámbito familiar personas más idóneas para llevar a cabo el acogimiento del menor, como puede ser que existan miembros de la familia extensa, lo que obligaría a realizar el acogimiento no hacia personas ajenas a la familia sino hacia personas del ámbito familiar del menor. En el caso de que tenga lugar la oposición, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez atendiendo al interés del menor y, conforme a lo establecido en la

LEC. Sin embargo, la entidad pública podrá acordar un acogimiento familiar provisional mediante la presentación de la correspondiente propuesta al Juez en el plazo de quince días, una vez finalizadas las diligencias oportunas y concluido el expediente. Este acogimiento familiar provisional durará hasta que se produzca la resolución judicial de la oposición (art. 173.3.II y III Cc.).

La figura del acogimiento cesará por decisión judicial, por decisión de los acogedores previa comunicación a la entidad pública, por petición de los padres o tutor ordinario y por decisión de la propia entidad pública (art. 173.4 Cc).

En definitiva, el ejercicio de la tutela administrativa provoca la separación provisional del menor de su propia familia, si se da que no es posible eliminar las causas que provocaron la situación que llevo a la entidad pública a iniciar el procedimiento de la declaración de desamparo, el acogimiento podría hacerse definitivo.

VII. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

1. ¿A QUIÉN SERÁ ATRIBUIDA LA TUTELA ADMINISTRATIVA?

La tutela administrativa se atribuye cuando tiene lugar una situación de desamparo del menor. Declaración que realiza la propia Administración, por imperativo legal, mediante el inicio de un procedimiento administrativo. De manera que, tal como se venía diciendo desde la regulación en 1987, actualmente, quedará atribuida la tutela administrativa de forma automática e inmediata, una vez declarada la situación de desamparo administrativamente, a una entidad pública sin necesidad de una declaración judicial de nombramiento de la tutela (art. 239 Cc.²⁴). Entidad pública a la que le esté encomendada la protección del menor y en cuyo territorio se encuentre el menor desamparado (art. 172.1.I Cc en relación con la Disposición adicional primera de la ley de 1987²⁵).

Con esta novedad introducida por nuestro legislador deducimos que, tendrán competencia para ejercer la tutela administrativa, no solo las personas físicas sino que, según el art. 242 Cc., «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados». Además, esta entidad pública podrá delegar funciones tuitivas en instituciones colaboradoras, privadas o públicas, por medio de la figura del acogimiento provisional del menor si este no puede permanecer en el seno de la entidad pública que ostenta su tutela. Estas instituciones privadas o públicas que colaboren con la Administración deberán estar debidamente autorizadas para tener un menor a su cargo y, serán sometidas a la vigilancia y control de la Administración para seguir el continuo progreso del menor desamparado.

Por consiguiente, la entidad pública ejercerá las funciones tuitivas que deberían haber sido realizadas por los padres en el ejercicio de la patria potestad o por el tutor ordinario. El tutor administrativo se encargará, como bien hemos visto en el epígrafe anterior, de ambas esferas, tanto la personal como la patrimonial. En síntesis, la entidad pública deberá velar por el menor desamparado, alimentarlo, educarlo y procurarle la formación integral, asimismo, respecto a la administración de los bienes del menor, la entidad pública a cargo de su tutela deberá realizar inventario de los mismos, ejercer su

²⁴ Transcripción del art. 239 Cc.: «La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172 [...].».

²⁵ Esta disposición nos indica que se entiende por entidad pública por nuestro legislador.

administración con diligencia de un buen padre de familia, pedir la correspondiente autorización judicial para realizar ciertas actuaciones y, realizar un control de la gestión (art. 232, 174, 271.1, 211 Cc). Igualmente, es lógico que, la entidad pública ostentará la representación legal del menor y estará bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal en todo momento, debiendo informar de cada uno de los trámites o decisiones que involucren a la persona del menor (art. 174 Cc).

Asimismo, en relación con las circunstancias señaladas en los art. 243 a 250 Cc. para desempeñar el cargo de tutor, estas no serán aplicables a la entidad pública, ya que, sólo son aplicables las causas de inhabilitación a la persona física, no a la persona jurídica. En cuanto a las establecidas en los art. 251 a 258 Cc., en un principio no cabe que la entidad pública pueda excusarse de ejercer la tutela puesto que esta se establece con carácter automático e inmediato, lo que hace que sea obligatoria su constitución, ni poder rehuirse de desempeñarla. No obstante, el art. 251.II Cc. señala que «Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela», a este cuestión BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO²⁶ planteó la exclusión de las Administraciones públicas en ese término de personas jurídicas, puesto que las es improbable que las Administraciones públicas carezcan de recursos.

Y, tampoco, será aplicable a la entidad pública la retribución del tutor planteada en el art. 274 Cc., cuando el patrimonio del menor lo permita, ya que, los recursos económicos de la entidad pública provienen del presupuesto público.

En conclusión, nuestro legislador atribuye la tutela administrativa, por ministerio de la ley, a la entidad pública del territorio en que se halle en menor con jurisdicción para ello, debiendo la entidad pública asumir las funciones de asistencia moral y material que el menor precise, pudiendo delegar dichas funciones en entidades privadas colaboradoras y debidamente autorizadas.

²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *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*, Madrid, Tecnos, 1986. Idea reflejada igualmente por BALLESTEROS DE LOS RÍOS, en *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*.

2. ¿A QUIÉN SE APLICARÁ LA TUTELA ADMINISTRATIVA?

La tutela administrativa se aplicará al menor que está en situación de desamparo, ya que, necesita de una persona que cumpla con las obligaciones propias de los progenitores o tutores y, además, es indispensable que el menor sea acogido o bien en la misma entidad pública o en una institución colaboradora de la misma (artículo 173 Cc.).

Para ello necesitamos saber a qué personas hacemos alusión cuando utilizamos la expresión “menores”. Con este término entendemos como “menores” a los menores de edad de entre 0 a 17 años que no estén emancipados (artículo 172.4 y 222.1), ya que, la emancipación se otorga al menor mayor de 16 años²⁷ (art. 317 Cc).

Para concretar más a quién se debe aplicar la tutela administrativa, el tutor administrativo se encargará de velar por aquellos menores que han sido declarados en situación de desamparo, esto es, de aquellos menores que aun estando bajo el cargo de sus progenitores o de un tutor ordinario se vean privados de la asistencia moral y material y, necesiten que esta sea cubierta. Es aquí donde aparece la función de la entidad pública como tutora del menor.

Con lo que, la entidad pública pasará, automáticamente, a ser tutora administrativa del menor no emancipado que se encuentre en una situación de desamparo, siempre que esta haya sido declarada previamente siguiendo el procedimiento administrativo correspondiente para ello.

²⁷ La edad con la que es otorgada la emancipación a un menor de edad varía puesto que las Comunidades Autónomas con derecho foral propio establecen su propia regulación, como es el caso de Aragón, que la establece en los 14 años de edad (art. 30 CFCA).

VIII. EFECTOS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Una vez declarada la situación de desamparo del menor por resolución administrativa, implica que la tutela administrativa sea proclamada de manera automática e inmediata a favor de la persona jurídica pública correspondiente, esto es que la tutela se atribuirá a una entidad pública por ministerio de la ley. Esta entidad pública pasará a hacerse cargo de las necesidades del menor. Además, declarada la situación de desamparo del menor y, atribuida automáticamente la tutela a la entidad pública, la persona o personas que ostentaren la patria potestad o tutela ordinaria del menor se verán suspendidos provisionalmente de ella en su totalidad, es decir, tanto en cuanto al ámbito personal como al patrimonial.

Atribuida la tutela a la entidad pública está la ostentará con carácter temporal, esto es que deberá adoptar unas medidas de solución definitiva para el menor, como lo son, la reintegración familiar, el acogimiento familiar o residencial, o la adopción. La tutela administrativa puede cesar, además, cuando el menor cumpla la mayoría de edad establecida en nuestra CE en su art. 12, en los dieciocho años; cuando se le conceda el beneficio de la mayor edad establecida en el art. 321 Cc. «También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare»; o, por la revocación de la declaración de desamparo. Estas causas de la cesación las vamos a ver continuación con mayor detalle.

En síntesis, la tutela administrativa produce:

- 1.- La suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.
- 2.- La atribución del ejercicio de la misma a una entidad pública, de forma automática y temporal.
- 3.- La posible separación definitiva del menor de su familia biológica.

IX. EXTINCIÓN DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

La tutela administrativa ostenta, como venimos diciendo, un carácter provisional, por ello nuestro legislador establece una serie de medidas o soluciones definitivas para dar protección real o efectiva al menor desamparado, las más destacadas son: la reintegración familiar y, la adopción. No obstante, tener en cuenta que podemos encontrar otras causas de extinción de la tutela administrativa, como la adquisición de la mayoría de edad por el menor o la revocación de la declaración administrativa de la situación de desamparo, que también conllevarían a la extinción de la tutela administrativa.

Por tanto, la extinción se produce por:

1. LA REINTEGRACIÓN FAMILIAR.

La reintegración familiar o reinserción del menor en la propia familia será la solución definitiva prioritaria que debe intentar procurar la entidad pública, así nos lo indica el art. 172.4 Cc. «Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona». Así como se protege el interés del menor en nuestro art. 39 de la CE., también, se encuentra su protección en el ámbito internacional que inciden en la idea de que el menor permanezca en su familia de origen y en su entorno social, para evitar la marginación que en ocasiones o en muchas ocasiones produce la desprotección social, la Convención de los Derechos del Niño en su preámbulo nos indica: «que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión»²⁸.

La reintegración familiar permite que el menor no sea separado de su ámbito familiar. Esta medida está sometida a la vigilancia y control de la entidad pública, la que deberá conseguir o procurara que no exista riesgo gravoso para el menor, ayudando a eliminar las causas que produjeron esta situación de desamparo.

²⁸ ONCÓN DOMINGO, *Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España*.

2. LA ADOPCIÓN.

Cuando no se puede procurar la reinserción familiar, con carácter subsidiario, la entidad pública podrá dar paso al acogimiento preadoctivo, para posteriormente darse la adopción. La adopción se constituirá mediante resolución judicial y para que esta resolución sea favorable y se dé la adopción, los adoptantes deben reunir los requisitos establecidos en la ley (arts. 175 y ss. Cc.) de tal forma que sólo se dará siempre que los adoptantes sean idóneos y, ante todo, sea respetado el interés del menor sobre cualquier otro.

Esta medida, trae sus efectos respecto de los padres o tutores del menor, puesto que atribuye al menor la condición de hijo del adoptante en cuya familia se integra con carácter pleno y definitivo (art. 178.1 Cc.), dándose la extinción definitiva de los vínculos familiares entre el adoptado y su familia de origen, por excepción, seguirán existiendo vínculos con la familia paterna o materna del adoptado cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante.

Esta medida tendrá carácter irrevocable una vez sea establecida (art. 180.1 Cc.), salvo que el juez acuerde su extinción de oficio o a instancia de los interesados.

3. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.

Asimismo, podrá cesar la tutela administrativa cuando concurra alguna de las causas siguientes:

- a) La obtención de la mayoría de edad por el menor desamparado que esté a cargo de una entidad pública si no resulta que es objeto de incapacidad judicial previamente.
- b) La concesión por parte del juez de la mayoría de edad a los dieciséis años, si el menor lo solicita.
- c) El fallecimiento del menor.

d) La revocación de la resolución administrativa de la declaración de la situación de desamparo, que da lugar a la tutela administrativa automática. Esta revocación puede darse en el caso de que la medida adoptada por la entidad pública no fuera la correcta o en el caso de que pueda ser recuperada por los padres o familiar cercano o lejano. Los motivos de revocación los encontramos en el art. 277.1º Cc. «Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere»; en el art. 239.II Cc. hace referencia a cualquier persona que esté interesada en el menor sea pariente o no (« 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 con beneficio para éste») y, en último lugar, el art. 176.2.1 y 2 Cc. en el caso de que uno de sus tíos o el cónyuge de uno de sus padres pida la adopción del menor.

Todas estas causas de revocación se pueden clasificar en dos, por un lado que se revoque la resolución administrativa a causa de la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de la situación de desamparo y, por otro lado, que se den medidas más beneficiosas para garantizar el interés superior del menor. La revocación provocará la recuperación por parte de los progenitores de la patria potestad, el nombramiento de un tutor ordinario o la constitución de la adopción en favor de la persona solicitante.

e) La recuperación de la patria potestad o tutela ordinaria por su titular. En el caso de que se haya declarado la situación de desamparo del menor cuando los padres hubieran estado suspendidos de su potestad, ante ello, en esta situación el interés del menor sería que esa patria potestad se recupere cuando cese la causa de esa suspensión. De manera que cesará la tutela administrativa.

Como conclusión, decir que tras el estudio de estas causas de extinción de la tutela administrativa todavía queda más claro ese carácter subsidiario y provisional que ostenta la misma. Subsidiario, puesto que se establece si los progenitores o tutores del menor no cumplen con sus deberes y, provisional porque por causas ajenas al ejercicio de la tutela por parte de la entidad pública o por decisiones que ella misma toma, se busca una solución definitiva que tenga más beneficios para el menor desamparado. Y, no sólo eso sino que se ve claramente la finalidad por la que nuestro legislador optó por introducir

esta nueva figura a nuestro ordenamiento jurídico, buscar la necesaria y eficaz PROTECCIÓN DEL MENOR.

X. LA TUTELA ADMINISTRATIVA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA

Han transcurrido siete años desde la última reforma del Cc. en materia de protección del menor y, se han producido en todo este tiempo grandes cambios sociales «que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional mencionadas²⁹». Por este motivo, a tal fecha en la que nos encontramos se ha creído conveniente realizar un «Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia», para implantar novedades de mejora para la protección de la infancia. Anteproyecto que fue aprobado por el Consejo de Ministros, en el que se ha contado con la colaboración del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en Abril de 2014.

La promulgación del presente anteproyecto de ley tiene como objeto principal realizar los cambios que sean necesarios en nuestro ordenamiento jurídico español para garantizar la protección del menor en todo el territorio español. Las novedades introducidas por esta ley conllevarían a la modificación de diferentes artículos que engloban nueve normas de nuestro régimen jurídico, sin embargo son sólo dos normas objeto de reforma las que nos interesan, estas son: LOPJM y Cc.

Abordaré, en primer lugar, las modificaciones realizadas a la LOPJM, puesto que las modificaciones del Cc. se verán relacionadas con estas otras reformas y, seguidamente pasaré a mencionar los cambios que se establecerán en el Cc. en materia de protección de menores.

1. Modificación de la Ley Orgánica 1/996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).

Las modificaciones realizadas en esta ley se basan en garantizar los principios informadores de la actuación administrativa en base a la protección del menor, reformas

²⁹ Exposición de Motivos del «Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia».

tales como la situación de los menores extranjeros o la profunda revisión de los sistemas de protección del menor para asegurar, sobretodo, la protección del menor en situaciones de violencia de género o maltrato. La nueva ley introduce un nuevo «Capítulo III en el Título I con la rúbrica “Deberes de los menores”», en el que se introduce la persona del menor como titular de derechos pero también de deberes.

Entrando a analizar este nuevo capítulo encontramos (arts. 10 – 24 LOPJM):

- a) Se regula la situación de los menores extranjeros que carecen de padres o estos lo cumplen con la protección necesaria. La incorporación de medidas que facilitan el ejercicio de los derechos de los menores, que establecen un marco adecuado para la situación de los menores extranjeros que se encuentren en territorio nacional. Este marco trata de garantizar los derechos de educación, sanidad y servicios sociales de los menores nacionales y extranjeros, a su vez, se garantiza a estos últimos, si resulta que están bajo tutela administrativa, su derecho a obtener la documentación nacional si no es posible procurar la medida de reintegración familiar.
- b) Se introduce la protección de los menores contra cualquier forma de violencia de género, incluida la producida en su entorno familiar, bajo el principio de la actuación administrativa, la que deberá implantar medidas de prevención, asistencia y protección, entre otras, frente a cualquier acto de violencia del menor donde este desprotegido.
- c) Se subraya la importancia de evitar que se realicen actuaciones de violencia de género o doméstica de los menores que estén bajo un sistema tutivo de protección, como, la patria potestad, la tutela, la guarda o el acogimiento. Además, se nos recogen, los principios rectores de la reforma de las instituciones de protección del menor dando prioridad a las medidas permanentes y estables, como a la reintegración familiar, frente a las medidas temporales o provisionales, como el acogimiento residencial. Prioridad que se encontraba marcada ya por la doctrina por resultar esta beneficiosa para garantizar el interés superior del menor. Ante ello, se obliga a la entidad pública, que tenga a cargo un menor, realizar un control continuo y veraz de las medidas provisionales o definitivas que ha establecido respecto a él.

d) Además, se hace referencia a los delitos contra los menores, destacando que cualquier persona o autoridad pública, funcionario o profesional que conozca que un menor está siendo víctima de un delito debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

e) De conformidad con las modificaciones realizadas en los artículos mencionados, llegamos al punto que más nos interesa, la reforma de las instituciones de protección del menor y, dónde nuestro legislador, establece una regulación más perfeccionada de las situaciones de riesgo y de desamparo. En primer lugar, se modifica el art. 17, sobre la situación de riesgo, desarrollando un procedimiento exhaustivo para evitar e intervenir adecuadamente cuando se den estas situaciones. De manera que se procure preservar el interés superior del menor y se minore la gravedad de la ambiente tanto familiar como social, puesto que provocaría perjuicios y desprotección en el menor, provocando la extracción del menor de su familia originaria. Respecto a la declaración de la situación de riesgo, nos dice que deberá realizarse mediante resolución administrativa y se podrá llegar a un acuerdo con los padres, para evitar que la situación se agrave y, pase a ser una situación de desamparo.

En segundo lugar, se modifica el art. 18, sobre la situación de desamparo, completando y clarificando el concepto marcado por el art. 172.1.II Cc. de esta situación. De forma que pasa a marcar en el apartado segundo del art. 18 los casos en los que se puede producir la situación de desamparo³⁰. Otra novedad que incorpora es la regulación de la competencia

³⁰ Las causas de la declaración de una situación de desamparo según el art. 18.2 de la LOPJM modificado por la Ley de Protección de la Infancia son: «De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 del Código Civil, se considerará situación de desamparo [...]. La situación de pobreza de los padres, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo. Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, [...], supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor:

- a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.
- b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.
- c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los padres, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con

de las entidades públicas respecto al menor con nacionalidad española que se encuentra en situación de desamparo en país distinto (art. 18.5 tras la modificación).

f) En el art. 19 se establecen las modificaciones relativas a la guarda administrativa solicitada por los padres, poniendo este artículo en relación con la modificación realizada en el art. 19 bis, atendiendo también a la tutela administrativa del menor, que subraya, de nuevo, la prioridad por la reintegración del menor en la familia de origen.

g) Más adelante, se simplifica el procedimiento de constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial. Por otra parte, se traslada a este precepto lo regulado en el art. 173 Cc. «sobre formalización del acogimiento y contenido del documento anexo que debe acompañar al mismo, y se introduce la necesidad de que se valore la adecuación de los acogedores³¹». Siguiendo con la figura del acogimiento familiar decir que se pasará a regular el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes, haciendo que tenga mayor relevancia esta figura, estableciendo, a su vez, los derechos de los acogidos. Asimismo, el legislador, una vez más, nos marca de nuevo la primacía de la medida del acogimiento familiar sobre las demás.

Finalmente, los arts. 22 bis., 22 ter., 23 y 24, muestran modificaciones de no tan novedosas respecto a la actuación administrativa sobre la protección del menor, por ello no nos detendremos en su análisis.

potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los padres, tutores o guardadores [...].

d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato emocional continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de padres, tutores o guardadores. [...] se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de padres, tutores o guardadores o falta de colaboración suficiente durante el mismo.

e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de análoga naturaleza.

g) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia».

³¹ Exposición de motivos del «Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia».

2. Modificación del Código Civil (Cc.)

Las principales modificaciones del Cc se basan al sistema español de protección de menores y, por tanto, se encuentran vinculadas a las reformas elaboradas en la LOPJM. Nos centraremos en aquellos artículos objeto de reforma en base a la tutela administrativa. Estos artículos son:

a) El art. 158, pasa a reconocer la competencia de la entidad pública para instar medidas sobre el menor que este bajo su cargo, para evitar la situación de riesgo o desamparo. Además, establecen la adopción de nuevas medidas, como la prohibición de aproximación y de comunicación, cuando se constituya la tutela administrativa, para proporcionar mayor seguridad en el menor. Junto con el art. 161 Cc. dónde se incorpora competencia a las entidades públicas para establecer, si lo ven preciso, régimen de visita de los padres para aquellos menores que bajo acogimiento familiar o residencial.

b) Respecto a la situación de desamparo, teniendo en cuenta las modificaciones realizadas en el art. 18 LOPJM, la Ley de Protección de la Infancia, modifica el art. 172 Cc. convirtiendo el contenido de la materia que regulaba en tres artículos distintos. De forma que, este precepto se dividiría de la siguiente manera: art. 172 contendría la regulación sobre las situaciones de desamparo y la tutela administrativa; art. 172 bis regularía la guarda administrativa; y, por último, en el art. 172 ter encontraríamos las medidas de intervención de ambos supuestos, el acogimiento.

Sobre la situación de desamparo el art. 172 establece que transcurridos esos dos años para revocar la declaración, estará sólo capacitado para impugnar tal resolución administrativa el Ministerio Fiscal. No obstante, en este plazo las entidades públicas podrán instar las medidas de protección que estimen oportunas, incluida optar por la medida de adopción o guarda provisional. Asimismo, se establecen los períodos de control por parte de las entidades públicas y, se prevén nuevos mecanismos de extinción de la tutela administrativa.

En cuanto a la guarda administrativa, el art. 172 bis. en relación con la modificación del art. 19 LOPJM, se recoge una limitación de esta institución, esto es que si los padres piden la guarda del menor a una entidad pública, esta guarda no podrá sobreponerse a la

tiempo establecido en la ley, que una vez agotado la entidad pública lo devolverá a su familia o tutores o, si lo cree conveniente instará otra medida de protección definitiva.

Finalmente, en el art. 172 ter, se vuelve a remarca la prioridad sobre el acogimiento familiar frente a el residencial y, además se introduce la novedad de que si los padres o tutores lo solicitan la entidad podrá programar visitas o estancias mínimas de los menores con ellos.

c) En el art. 173 bis. se modifica atendiendo especialmente a el acogimiento familiar, suprimiendo así sus distintas modalidades. Se centra en los supuestos de acogimiento familiar, que serán: acogimiento de urgencia, acogimiento temporal (duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga), y acogimiento permanente. Se introduce como novedad la capacidad de la entidad pública de constituir el acogimiento permanente sin necesidad de intervención judicial.

d) En el art. 174, se marca la importancia de la vigilancia del Ministerio Fiscal, que debe realizarse con los correspondientes informes sobre todos los aspectos que impliquen a la persona del menor, por parte de la entidad pública.

e) En los arts. 175 a 178, se establecen modificaciones entorno a la adopción del menor, como la capacidad de los adoptantes, el procedimiento de adopción.

Cabe finalizar, nombrando otras de las normas que van a ser objeto de modificación por parte del proyecto de ley: “Ley de Protección de la Infancia”, tales como la LEC, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LAI, algunas leyes administrativas y, en base a la jurisdicción social.

XI. CONCLUSIONES

La tutela administrativa es una de las instituciones de protección más importantes que recoge nuestro ordenamiento jurídico. Gracias a esta institución nuestro legislador trata de corregir una de las lagunas que, además de preocupante, necesitaba ser cubierta con urgencia.

Este sistema tuitivo de protección del menor se creó en 1987 con el objetivo de evitar la desprotección real del mismo en su ámbito familiar. Desprotección real que se produce cuando al menor, aun estando bajo la institución de la patria potestad o tutela ordinaria, no se le da la necesaria asistencia moral o material que nuestro legislador marca, debido a que las personas que la ejercen no están velando correctamente o de ninguna manera por proteger los intereses y derechos del menor a su cargo, pudiendo ser por motivos ordinarios o extraordinarios.

Al darse una desprotección real en su ámbito familiar, el menor necesita que alguien le dé la protección que necesita para cubrir su capacidad de obrar para que los actos jurídicos que realice por sí sólo tengan la eficacia jurídica que precisan hasta que cumpla su mayoría de edad, no descartando los casos excepcionales que pueden llegar a darse. Ante esta situación, nuestro legislador es innovador, ya que, obliga a otorgar esa protección del menor desprotegido a las entidades públicas, a la Administración.

La regulación de la tutela administrativa la encontramos en el art. 172.1 Cc.. Artículo que ha sido objeto de constantes modificaciones desde 1987 hasta nuestros días. Con estas modificaciones el legislador español ha ido adaptando a las necesidades sociales de la época actual, el contenido de esta institución.

Son dos las reformas que se han elaborado desde su regulación original de 1987, en la que se redactaban escasamente las características de la tutela administrativa. La primera se realizó en 1996, con el objetivo de aclarar las obligaciones de las entidades públicas para con el Ministerio Fiscal y el valor del ejercicio tutelar que deben realizar las mismas por medio de la figura del acogimiento, siempre remarcando el respeto por el principio del interés superior del menor. Y, la segunda reforma se realizó en 2007, en ella nuestro legislador clarificaba el contenido de la tutela administrativa, el plazo, su ejecución y,

explicaba la posibilidad de recurso de oposición a la resolución administrativa. No obstante, se prevé una nueva reforma cuyo proyecto de ley ya ha sido aprobado por el Gobierno español. Esta nueva reforma dará lugar a la Ley de Protección a la Infancia y, modificará de nuevo el art. 172 Cc, intentando, una vez más, regular lo mejor posible este sistema tuitivo. Sin olvidar las múltiples innovaciones que incorporará, a las cuales no les vamos a prestar atención, ya que, no interesan desde el punto de vista de nuestro estudio.

Como he mencionado, el objetivo principal de la tutela administrativa es evitar la desprotección real del menor en su ámbito familiar. Cuando se da esta circunstancia, decimos que el menor se encuentra en una situación de desamparo, situación que una vez declarada dará lugar al ejercicio de la tutela administrativa por parte de la entidad pública.

Más concretamente, la situación de desamparo se encuentra regulada en el art. 172.1.II Cc.. Se define como aquella situación que se da por causa de un incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para el cuidado del menor desprotegido por parte de la persona o personas que ostenten su custodia, cuando éste quede privado de la necesaria asistencia moral (procurando un ámbito familiar estable) o material (para poder otorgarle la formación idónea). Este concepto ha sido y está siendo el centro de numerosos estudios debido a su gran abstracción, que deja abiertas demasiadas posibilidades por lo que deberemos atender a la gravedad de cada caso concreto para constatar y cerciorarnos de que el menor corre un importante perjuicio que solo podrá ser solucionado con la separación del menor de su familia biológica.

Con el fin de aclarar el concepto de situación de desamparo debemos distinguir esta situación de la situación de riesgo. La situación de riesgo, al contrario que la situación de desamparo, se produce cuando no existe una gravedad muy perjudicial para el menor, en este caso la Administración, podrá mantener bajo vigilancia al menor en su ámbito de convivencia familiar sin que se dé su extracción o separación.

Visto el concepto de desamparo y su distinción con la situación de riesgo, hace falta saber el procedimiento con el que se declarará tal situación de desamparo. Ante esta cuestión, nuestro legislador nos indica que será la propia entidad pública del respectivo territorio donde se encuentre el menor la que declarará mediante procedimiento administrativo la

situación de desamparo del menor, pudiendo los padres o tutores oponerse a la resolución, siempre que, verse sobre los aspectos sustantivos de la misma. La consecuencia que provoca la resolución de la declaración de desamparo será la inmediata suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, pasando de manera automática la tutela a la Administración.

Llegados a este punto, sabiendo el porqué de su creación y el hecho por el cual se constituye, podemos definir tutela administrativa como un sistema tuitivo, de carácter funcional, que tiene como fin la protección del menor, dándole la asistencia moral y material necesaria que sus padres o tutores, por motivos voluntarios o involuntarios, no le han podido dar.

La tutela administrativa se caracteriza por su carácter automático, temporal y subsidiario, su atribución, sus funciones y contenido y, sus efectos.

En primer lugar, esta institución se produce de manera automática, esto es, que se atribuye por ministerio de ley tras la resolución que declara la situación de desamparo sin la necesidad de que se produzca un nombramiento judicial. Además, tiene carácter subsidiario, puesto que, la tutela administrativa aparece cuando la persona o personas que ostentan la patria potestad o tutela del menor no pueden o no quiere hacerse cargo de sus obligaciones para con él, de manera que este sistema viene a suplir la carencia de las obligaciones incumplidas por parte de las personas citadas. Y, carácter temporal o provisional, ya que, la tutela administrativa puede ser reversible, esto quiere decir que durará el tiempo que se estime conveniente hasta que la situación de sus familiares mejore o hasta que se dé una solución definitiva para el menor desamparado, atendiendo al interés del mismo.

En segundo lugar, se atribuye la protección del menor, por imperativo legal, a la entidad pública correspondiente al territorio donde se encuentre el menor, con competencia en la protección de menores, produciéndose la suspensión provisional de la patria potestad o tutela ordinaria. La entidad pública podrá delegar la protección del menor sobre entidades colaboradoras, ya sean públicas o privadas, que estén debidamente autorizadas por la propia Administración, realizando las funciones delegadas bajo la vigilancia y control

administrativo. Estas entidades públicas ejercerán sus obligaciones sobre aquel menor de edad no emancipado que se encuentre en una situación de desprotección real.

Las entidades públicas realizarán las obligaciones reguladas por nuestro legislador. Estas funciones tuitivas alcanzarán tanto la esfera personal como material del menor desamparado. De tal manera que, la entidad pública que ejerza la tutela administrativa velará por el interés del menor estableciéndolo en un ámbito familiar o residencial estable, procurándole alimentación, convivencia y una formación integral, así como, la correcta administración y gestión de sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia. Llevarán a cabo todas aquellas funciones que corresponderían a sus progenitores o tutores ordinarios.

Todas las obligaciones las ejecutarán bajo la figura del acogimiento. El acogimiento podrá ser familiar, simple, permanente o preadoptivo y, residencial. Las personas a las la entidad pública les encomienda la asistencia del menor desamparado deberán desempeñar todas las funciones citadas y, estarán bajo la vigilancia continua de la entidad pública. Al igual que contra la resolución que declara la situación de desamparo, ante el acogimiento cabe oposición por parte de las personas interesadas, pudiendo la Administración acordar un acogimiento provisional hasta que se dé la resolución a la oposición.

En tercer y último lugar, recopilando toda la información a la que hemos hecho referencia, se pueden observar tres importantes efectos que derivan de la constitución de la tutela administrativa. Estos efectos son: la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, la atribución del ejercicio de las obligaciones del menor a una entidad pública de forma automática y temporal mediante acogimiento y, la posible separación definitiva del menor de su ámbito familiar biológico.

Al tratarse de una institución con carácter provisional o temporal, como hemos indicado, para finalizar, hay que mencionar que causas producen su cesión o extinción. Entre las causas reguladas por nuestro legislador encontramos, entre otras, la reintegración familiar en el art. 172.4 Cc., la adopción en el art. 175 Cc, la obtención por el menor de la mayoría de edad, la concesión por parte del Juez de la emancipación del mismo o, la rehabilitación, cuando sea posible, de la patria potestad.

En conclusión, toda persona necesita protección y más si se trata de alguien que carece de la capacidad suficiente para cuidar de sí mismo. El menor de edad, no sólo necesita esa protección, sino que necesita formarse como persona adulta, tener unas bases, un desarrollo de su personalidad que no se puede otorgar por la simple protección que se le ofrezca, pues debe tener una figura en la cual apoyarse y fijarse para poder crecer y obtener así la capacidad de obrar que le hace falta para regirse por él. Y, si resultase que los propios padres o tutores del menor no pueden o no quieren darle todo esto, es gracias a la Administración que bajo el sistema tutivo de la tutela administrativa por lo que el menor de edad puede salir adelante. La Administración trata de cubrir todas las necesidades de asistencia tanto moral como material que el menor requiere, implantando las medidas provisionales o definitivas que cree conveniente para velar, respetar y proteger el interés superior del menor. Hoy en día, se está tratando de luchar contra este tipo de circunstancias, como lo es el abandono del menor o maltrato del mismo en su ámbito familiar de la mejor forma posible y, de la manera que se puede. No obstante, a pesar de la regulación vigente y de las futuras reformas que se realicen sobre este aspecto, no dejará de existir un porcentaje de familias en las que la Administración debe intervenir para dar protección real y efectiva a un menor.

XII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, 1997.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Desamparo de menores, acogimiento y adopción internacional», *Política y derecho: retos para el siglo XXI / coord. Carlos Enrique Guzmán Mendoza, Silvana Insignares Cera*, 2010, págs. 34-54.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº15, 2011, Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI*, coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Gutián, págs. 15-62.
- CALZADILLA MEDINA, M.A., «Las reformas del Código Civil español y la institución de la adopción», *Anales de la Facultad de Derecho, Nº 20*, 2003, págs. 27-44.
- COCA PAYERAS, M., «Notas sobre el sistema de tutela “Judicial”, en la Ley 13/1983 de 24 de Octubre», *Cuadernos de la Facultad de Derecho, Nº 7*, Palma de Mallorca, 1984.
- DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, «Comentarios a los artículos 172, 222 y 239 Cc», Madrid, 1993.
- DE PALMA DEL TESO, A., «El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores», *Cuadernos de derecho local, Nº 4*, 2004, págs. 102-137.
- DE PALMA DEL TESO, A., «El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situación de riesgo, dificultad social y desamparo de menores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº15, 2011, Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI*, coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Gutián, págs. 185-215.
- DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de derecho privado, Año nº 87*, 2003 , págs. 166-208.
- DURÁN RUIZ, F., *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, 2007.
- ESPIAU ESPIAU, S., y VAQUER ALOY, A., *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- FELIU REY, M.I., *Comentarios a la ley de adopción*, Tecnos, 1989.

- FERRER VANRELL, P., «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI. Enero-Marzo 1993, pp. 163-217.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Tutela cautelar del menor en el proceso civil*, Barcelona, CEDECS, 1997.
- IGLESIAS REDONDO, J.I., *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, CEDECS, 1996.
- LEONSEGUI GUILLOT, R.A., «La tutela ordinaria de menores y la tutela automática de la administración como fórmulas jurídicas de protección de niños en situación de calle», *Los derecho de la infancia y de la adolescencia*, coord. por Isaac Ravetllat Ballesté, Carlos Villagrasa Alcaide, 2006, págs. 201-228.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección Jurídica del Menor*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2001.
- LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, José M^a Bosch Editor, S.A. (Barcelona), 1990.
- LÓPEZ SANCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», *Anuario de derecho civil*, Vol. 45, Nº 4, 1992, págs. 1391-1498.
- MARTÍNEZ GARCIA, C., «Infancia en España: la revisión de la legislación», *Crítica, Año 61, Nº 976*, 2011, págs. 40-44.
- MAYOR DEL HOYO, M.V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, COMARES, 1999.
- MAYOR DEL HOYO, M.V., «Sistema tutitivo del menor en el Código Civil español: acogimiento y otras medidas de protección», *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, coord. por Adoración Padial Albás, 2012, págs. 51-68.
- MORANT VIDAL, J., *Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Febrero 2002.
- MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, 2005.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., «Consideraciones sobre las modificaciones de los artículos 172 Cc. y 178 LEC operadas por la Ley 54/2007, de 28 de Diciembre de adopción internacional», *Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV*, Nº 2133, Julio 2011.

- OCON DOMINGO, J., «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 45, 2003, págs. 13-29.
- PASCUAL ESTEBAN, J.L., «La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción», *Revista de Derecho Notarial*, año XXXV, núm. 140, abril-junio, pp. 270-281.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Civitas, 1989.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», *Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor: jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, coord. por Miguel Ángel Pérez Álvarez, 1997, págs. 23-36.
- PINTO ANDRADE, C., *El patrimonio de los menores sometidos a la patria potestad*, Mayo 2008.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000.
- VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional, Ley 21/1987 de 11 de Noviembre*, Comares, Granada, 1994.