

El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la «potestad» de guarda

M.^a PILAR FERRER VANRELL

Prof. Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la UIB

SUMARIO: 1. La guarda como potestad: sus dos modalidades de ejercicio.—1.1 Concepto de guarda.—1.1.1 La guarda como potestad.—1.1.2 Relaciones de la «potestad de guarda» y el ejercicio de la patria potestad» en el Código civil.—1.1.3 La potestad de guarda y las «funciones tutelares» provisionales.—1.2 La asunción de la titularidad de guarda por parte de la entidad pública. Coexistencia de la potestad de guarda, como potestad menor, con otras titularidades de instituciones tuitivas.—1.3 Causas que dan lugar a la asunción de la guarda por la Entidad pública.—1.3.1 Los supuestos de constitución de tutela automática.—1.3.1.1 La tutela automática como fuente de la guarda y ésta, a su vez, del acogimiento. Estudio de la tutela automática y de la guarda, que es su contenido.—1.3.1.1.1 La situación de «desamparo» que da lugar a la constitución de la tutela automática, que incluye la guarda.—1.3.1.1.2 Aproximación a la naturaleza jurídica de la tutela automática, que incluye la guarda.—1.3.1.1.2.1 Coexistencia de la tutela automática con otra institución tuitiva.—1.3.1.1.2.2 La naturaleza jurídica de la tutela automática.—1.3.1.2 La Entidad pública. Sujeto titular de la tutela automática y de la guarda.—1.3.2 Los supuestos de mera guarda del art. 172,2: la solicitud de los padres; la declaración judicial.—2. Los modos de ejercicio de la guarda: el internamiento y el acogimiento familiar.—2.1 El acogimiento familiar. Sus precedentes.—2.1.1 Precedentes en normas administrativas.—2.1.2 Precedentes en normas civiles.—2.2 La constitución del acogimiento. Doble modalidad: negocial y judicial.—2.2.1 Negocio de acogimiento.—2.2.2 Acogimiento judicial.—2.2.3 Negocio complementario.—2.3 Diversas fases de la formalización del acogimiento familiar.—2.4 Sujetos de la guarda y de sus dos modalidades de ejercicio.—2.5. El interés del menor.—2.6 Contenido del acogimiento familiar.—2.6.1 Deberes del que acoge y del acogido.—2.6.2 Derechos del que acoge y del acogido.—2.6.3 Los gastos derivados del acogimiento.—2.7 Cesación del acogimiento. Ex-

pediente de cesación.—2.7.1 Causas de cesación.—2.7.2 Procedimiento: con o sin expediente previo.—2.7.3 Decisión de cesación.— Bibliografía consultada.

1. LA GUARDA COMO POTESTAD: SUS DOS MODALIDADES DE EJERCICIO

La guarda es una potestad inferior a la patria potestad, la tutela ordinaria y la tutela automática. La guarda es una institución protectora que implica el contenido personal de las otras potestades superiores. La guarda es, por tanto, también potestad, aunque inferior, porque contiene una serie de relaciones de poder, o mejor de deber y de sumisión, hoy llamadas funciones, entre quien la ejerce y quien está sometido a tal régimen. La guarda, como la patria potestad, se descompone en titularidad y ejercicio de la misma, lo que determina que puede no ser el mismo sujeto quien ostenta la titularidad y quien la ejerce. Y esto, viene determinado en el párrafo sexto de la E de M de la Ley 21/1987. La entidad pública es la titular de la guarda si bien ésta tiene dos modalidades de ejercicio, el acogimiento familiar y el internamiento del menor. Este ejercicio lo tendrán personas distintas al titular de la guarda. Si se trata del ejercicio de la guarda a través del internamiento del menor, será el Director del establecimiento donde se halla internado quien ejercerá las funciones propias de la guarda. Si, por el contrario, se dispone un acogimiento familiar para el menor, será la persona o personas que lo acogen quien deberá ejercer las funciones propias.

Hemos calificado de potestad inferior a la guarda, si bien aparece, junto a otra potestad superior, ya sea patria potestad o tutela ordinaria (art. 172,2 C.c.). Esta conexión se debe a que el contenido de la guarda abarca, tan sólo, el ámbito personal. Consecuencia de ello es que, la guarda se independiza de la patria potestad o la tutela ordinaria arrastrando, con esta escisión el contenido personal, que luego analizaremos, y manteniéndose, por otro lado, la titularidad de la potestad superior, ya sea patria potestad o tutela ordinaria, que quedarán desprovistas de su contenido personal, propio de la guarda, y mantendrán, además de la titularidad, el ámbito patrimonial de protección del menor. Si no existe patria potestad o tutela ordinaria, o aún existiendo, se produce una situación de «desamparo» del menor, se constituye la tutela automática (art. 172,1 Cc) y el contenido de esta tutela es la guarda.

Esta configuración de la guarda como potestad nos lleva a tener que determinar lo que se entiende por guarda.

1.1. CONCEPTO DE GUARDA

El concepto de guarda (1) podría concretarse a las funciones enunciadas en el art. 154,1 Cc y 269 Cc; y esto es así, no sólo porque doctrinalmente es lo que se entiende por guarda, sino por el contenido que nos suministra, para el acogimiento, el art.173,1 Cc (cuya vigilancia asume la Entidad pública, art.172,3 Cc) compuesto de funciones u obligaciones, que según el citado artículo, se concretan en «velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Como vemos se trata de las funciones propias que se ejercen en la patria potestad y en la tutela ordinaria, en el ámbito personal, sin entrar en el ámbito patrimonial (2).

Al concepto de guarda nos remiten distintos artículos del Código civil: 90, A; 92,4; 96,1; 103,1; 156,5; 158,2; 171,1; y finalmente el art.172,1 Cc nos habla de los «deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores».

Sin embargo debemos profundizar en el concepto de guarda (3). La guarda constituye una relación jurídica entre dos personas, a esta rela-

(1) RUIZ-RICO RUIZ, J. M., La guarda equivale al *affidamento-ricovero* italiano. Dice: «Probablemente, el deseo del legislador al institucionalizar la «guarda» no fue otro que el de acoger algo muy similar al llamado —*affidamento-ricovero*— del Derecho italiano, e intentar separar netamente lo que sería un acogimiento en una familia o grupo parafamiliar, de lo que sería un internamiento de un menor en un establecimiento público o cuasipúblico (esto es, homologado por la Administración) de asistencia-beneficencia». *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Granada 1989, pp. 149-150.

(2) HAZA DÍAZ, Pilar de la, define la guarda en el siguiente sentido: «Según se deduce de la lectura del mencionado artículo 172,2.º del Cc, la guarda es un instrumento de asistencia a menores que por circunstancias relativas a ellos mismos o a sus familiares van a estar durante un determinado período de tiempo sin los cuidados que precisan. Esta característica definitoria de la guarda, será una medida substitutoria temporal de la familia biológica, conlleva que la entidad asistencial asume sólo la obligación de cuidar al menor, pero sólo en su aspecto personal, no en el patrimonial, que continúa en manos de los padres o del tutor, teniendo en cuenta además que ha de procurar la reinserción del menor en su propia familia cuando la dificultad temporal haya terminado. *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español*, RGLJ 1987, n.º 6, p. 988.

Por su parte, FELIU REY, MANUEL-IGNACIO, entiende que la guarda en sentido estricto (la enunciada en el art. 172,2 Cc) equivale al internamiento del menor, traducción española del *affidamento-ricovero*; en sentido amplio (enunciado en el art. 172,3 Cc) comprende tanto el internamiento como el acogimiento familiar. *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid 1989, p. 43.

(3) FELIU REY propone una definición de guarda, regida por las notas de provisionalidad y subsidiariedad, como: «aquella medida de protección de menores, a cargo de la entidad pública del respectivo territorio, de carácter transitorio y subsidiario, y que se lleva a cabo bien mediante el internamiento del mismo en un centro «*ad hoc*», bien a través del acogimiento familiar, con la finalidad de que sea adecuadamente atendido y cubiertas sus finalidades, a solicitud de quienes tienen potestad sobre él mediante justificación de no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias gra-

ción, que está formada por la situación que une a guardador y guardado, el Derecho la toma en consideración y le atribuye unos efectos jurídicos.

Hemos dicho que el concepto de guarda nos lo podía suministrar el contenido que, para el acogimiento familiar, nos proporcionaba el art.173,1 Cc, que, como hemos visto, son las funciones propias del ejercicio de la patria potestad y la tutela en el ámbito personal (arts.154,1 y 269 Cc). El concepto de guarda podemos determinarlo procediendo al estudio de distintos artículos del Código civil, antes citados, donde se localiza tal concepto. Y del estudio de estos artículos podemos comprobar que son conceptos distintos: la guarda y contenido personal de la patria potestad. Además surgen otros conceptos como son el «cuidado» y la «compañía» que tendremos que determinar si son sinónimos de guarda o van englobados en ella. Estudiaremos la guarda como potestad y las relaciones de la potestad de guarda y el contenido personal de la patria potestad.

1.1.1 *La «guarda» como potestad*

La potestad de guarda viene incluida, normalmente, en la patria potestad, aunque sea separable de su ejercicio en casos especiales. La existencia de una potestad de guarda viene expresamente nominada en el art.158,2.º Cc. Este artículo dice textualmente que el Ministerio Fiscal dictará: «las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda». Tenemos, por consiguiente, que existe, específicamente, un derecho o potestad de guarda, que se fundamenta y consiste en el cuidado y la compañía del menor, y el titular de esta potestad no tiene por que coincidir con el titular de la patria potestad, aunque la regla general es su coincidencia, y por tanto sobre este titular de guarda pesarán todas las funciones propias de la patria potestad; esta diferenciación se manifiesta en que el titular de la guarda nunca coincide con el titular del derecho de visita, comunicación y estancia. Esta distinción entre titularidad de la patria potestad y derecho o potestad de guarda la encontramos en el art. 243,1.º Cc, que niega la capacidad para ser tutores a quienes estén privados o suspendidos de la patria potestad o, también, a quienes lo estén del derecho de guarda. El derecho de guarda es distinto a la patria potestad.

ves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en los que legalmente proceda, e independientemente de que la entidad ostente o no la tutela asistencial del art. 172,1 Cc sobre el menor en cuestión». AC, n.º 35, 1989, p. 807. Y *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 42.

En efecto, del estudio de distintos artículos del Código civil, veremos estos conceptos, así como las distintas relaciones entre la potestad de guarda y la patria potestad.

1.1.2. Relaciones de la «potestad de guarda» y el «ejercicio de la patria potestad», en el Código civil

Veamos distintas modalidades:

1.— La «potestad de guarda» incluida en el ejercicio de la patria potestad de uno sólo de los padres.

Analizaremos el art.90, A Cc; en este artículo se diferencia «cuidado», de ejercicio de la patria potestad, y se dice textualmente: «la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos». En este artículo podemos distinguir, por un lado, el «cuidado» de los hijos menores que están sujetos a patria potestad, cuya titularidad y ejercicio ostentan ambos progenitores, pero atribuye el «cuidado» a uno sólo de ellos y al otro le concede un derecho de visita, comunicación y estancia.

De este artículo surgen como aspectos del ejercicio de la patria potestad los conceptos de «cuidado» que equivale a «guarda», según el citado artículo; y el concepto de derecho de visita, comunicación y estancia que es distinto al concepto de guarda pero que como ella va unida al ejercicio de la patria potestad. Si bien decimos que en un principio la guarda y el ejercicio de la patria potestad suelen ir unidos, no es menos cierto que pueden separarse según parece desprenderse del art.92,4 Cc que dice: «podrá acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos». Tenemos, según este artículo, que el ejercicio total o parcial de la patria potestad corresponde a uno de los cónyuges, en tanto que el otro tendrá los derechos de visita, comunicación y estancia de acuerdo con el art.90, A Cc; y por otra parte puede acordarse que sea uno de los cónyuges quien tenga el cuidado, o sea la guarda, en tanto que el otro tenga el ejercicio total o parcial de la patria potestad. Esto debe entenderse en el sentido que el cónyuge que tenga el ejercicio parcial o total de la patria potestad tiene, también, la guarda. Por ello, no es cierta la afirmación que van separados ejercicio de la patria potestad y guarda, porque quien tenga la guarda, tendrá, también el ejercicio total o parcial de la patria potestad. El derogado art.177,3.º Cc utilizaba el término «cuidado» como equivalente a guarda. Como vemos, los conceptos «cuidado» o «guarda» y ejercicio de la patria potestad aquí son distintos.

En el art. 96,1 Cc, se prescinde, en cambio, de quien tiene el ejercicio de la patria potestad, al atribuir el uso de la vivienda familiar «al cónyuge en cuya compañía queden» los hijos; el fundamento para otorgar la vivienda familiar no está en quien tiene atribuido el ejercicio de la patria potestad, sino quien tenga en «compañía» a los hijos menores. Quien tenga en su compañía a los hijos, que es lo mismo que quien tenga a su cuidado o quien tenga la guarda, se le atribuye la vivienda familiar. Los términos «compañía» y «cuidado» los utiliza el código como sinónimos de guarda y distintos a ejercicio de la patria potestad.

Siguiendo con el estudio del concepto de guarda nos encontramos con el art.103,1.º Cc., que utiliza el concepto «compañía» distinto al de guarda. En este artículo, en su primer párrafo distingue entre a quien se atribuye el ejercicio de la patria potestad y quien queda privado de este ejercicio. A quien se le atribuye el ejercicio, tiene, además, el derecho de guarda, porque dice el citado artículo que «el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía»; el término «compañía», en este artículo, no equivale a guarda, sino que se está haciendo referencia al derecho de visita, comunicación y estancia, que ya hemos visto en el art. 90, A Cc., que se otorga al cónyuge que no tiene la guarda. Vemos que quien tiene la guarda tiene, por esto sólo, el ejercicio, ya sea total o parcial, de la patria potestad; pero quien no tiene la guarda, siempre tiene el derecho de visita, comunicación y estancia. Este derecho es, por tanto, ajeno al derecho de guarda, y propio de quien no la ostenta.

En estos supuestos analizados la potestad de guarda está incluida en el ejercicio de la patria potestad.

2.— La atribución de la «potestad de guarda» determina quien tiene el ejercicio de la patria potestad.

Volviendo al razonamiento anterior hemos visto que quien tiene la guarda, puede tener, además, el ejercicio de la patria potestad, incluso se puede afirmar que, salvo medidas excepcionales, se acuerda que quien tiene la guarda es quien ostenta el ejercicio de la patria potestad, y esto lo vemos plasmado en el art.156,5 Cc que dice: «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva». La regla general es que quien tiene el derecho de guarda, o sea quien convive con el menor, tiene, por esto sólo, el ejercicio de la patria potestad. Este mismo artículo nos demuestra, además, que el ejercicio de la patria potestad y guarda son distintos, como se ha dicho. Y son distintos porque el mismo artículo añade: «sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio». Sin tener el derecho de guarda, el otro titular de la patria potestad, puede tener el ejercicio conjunto o parcial de la patria potestad, como hemos visto en el art.92,4 Cc.

Hemos visto que la guarda era el punto de conexión para la atribución de la vivienda familiar (ex art. 96,1 Cc.); de nuevo, en el art.171,1 Cc., la compañía, funciona como punto de conexión para atribuir la patria potestad rehabilitada. El mayor de edad (que por tanto no está sujeto a patria potestad, ni ostentan sobre él el derecho de guarda) que fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, cuya titularidad y ejercicio corresponderá al padre o padres en compañía de los cuales viva el hijo incapacitado. Aquí el término «compañía» equivale a «convivencia». Podemos distinguir: «compañía» que es propio de la guarda de menores de edad e incapacitados; de la «compañía» que equivale a «convivencia» de los mayores de edad no incapacitados, art. 171,1 Cc. En este sentido vemos los arts. 4.1 y 24.1 LAU. También en el art. 976 LEC vemos el término «compañía» que equivale a «convivencia».

Si nos detenemos en el derecho de guarda, propio del acogimiento familiar y del internamiento, vemos que, también, existe un titular de la potestad de guarda, y sin embargo, las funciones propias del acogimiento familiar (art.173,1) las ostenta quien tiene al cuidado al menor, esto es, quien acoge al menor, y no quien ostenta la titularidad, sino quien lo tiene en su compañía. En tanto que el derecho de visita y comunicación lo tienen los padres del menor (art.161 Cc.), a quienes se les ha suspendido de la potestad de guarda.

1.1.3. *La potestad de guarda y las «funciones tutelares» provisionales*

Veamos «la potestad de guarda» incluida en el ejercicio de las funciones tutelares conferidas a un tercero.

En el segundo párrafo del art. 103,1.º CC. se alude, nuevamente, a la guarda, al decir que, «excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea...». Esta solución es excepcional y limitada en el tiempo al ser «provisional» pero puede darse que se atribuya la guarda a una tercera persona o institución, en tal caso, dice el citado artículo, que se le confieren las funciones tutelares».

1.2. LA ASUNCIÓN DE LA TITULARIDAD DE GUARDA POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA. COEXISTENCIA DE LA POTESTAD DE GUARDA, COMO POTESTAD MENOR, CON OTRAS TITULARIDADES DE INSTITUCIONES TUTIVAS

La titularidad de la guarda la asume siempre la Entidad pública, cuando concurren unos determinados supuestos. En tanto que el ejercicio de la función de guarda puede disponerse mediante acogimiento familiar o internamiento del menor. Veamos ambos supuestos:

En primer lugar analizaremos los supuestos en que la Entidad pública adquiere la titularidad de la guarda. Esta se asume por dos motivos diferenciados:

1.^o Cuando existe situación de desamparo la Entidad pública asume la tutela, por ministerio de ley, automáticamente. En los supuestos en que existe situación de desamparo, la Entidad pública asume la tutela automática (art. 172.1 Cc), que tiene como contenido la titularidad de la guarda (art. 172.3 Cc.), no el ejercicio porque se hace cargo de éste quien tiene en su compañía al menor.

2.^o Cuando concurren las circunstancias que determina el párrafo 2.^o del art. 172 Cc., la Entidad pública asume, si bien temporalmente, la guarda; siempre que lo soliciten quienes tienen potestad sobre el menor, alegando no poder atenderlo. Cabe entender, como hemos dicho, que además de asumir la titularidad, que la asume siempre, asuma, también, el ejercicio, si bien temporalmente, hasta que se coloque al menor en internamiento o acogimiento familiar.

De la redacción del artículo no resulta claro que, también, en este supuesto, se exija una situación de desamparo, sin embargo, de las causas que originan tal situación y de la misma necesidad que se solicite por parte de los titulares de la patria potestad o del tutor, como del hecho que no entra la tutela automática (ex art. 172.2 principio Cc.), parece derivarse que no existe situación de desamparo (4). Nos hallaríamos, más bien, en la fase previa, que de no solicitarse unas determinadas medidas (que la entidad pública asuma la guarda) desembocaría en una situación de desamparo.

Si no existe situación de desamparo seguirá, el menor, bajo patria potestad o tutela limitada por la guarda, siempre que se den unas determinadas circunstancias que así lo requieran. ¿Cuáles son estas circunstancias? Del apartado 2.^o del art. 172 Cc. debe concurrir una determinada situación: En primer lugar puede darse entrada a la guarda cuando los titulares de la patria potestad o tutela así lo soliciten justificando tal solicitud en base a no poder atender al menor ya sea por enfermedad, ya sea por otras circunstancias graves. También entrará la guarda cuando el juez lo acuerde en los casos que proceda.

En estos supuestos, se seguirá manteniendo la patria potestad o tutela ordinaria limitada, en cuanto a sus deberes, por la guarda ajena.

La situación de desamparo, en consecuencia, sólo da entrada a la constitución automática de la tutela legal, no a la mera guarda que es insuficiente. La sola guarda es consecuencia de circunstancias menos graves que el desamparo.

(4) VALLADARES RASCÓN entiende que hay dos situaciones de desamparo, una que da lugar a la constitución de la tutela y otra que sólo implica la guarda del menor. *Notas urgentes sobre la nueva ley de adopción*. «Poder Judicial» n.^o 9, mayo 1988, pp. 33 y 34.

El derogado artículo 239 Cc. daba por sentado la existencia de guarda sin atribución de tutela. El *prius* era la guarda, consecuencia de la existencia de esta guarda sin la existencia de una institución tuitiva, ya fuera patria potestad o tutela, daba lugar a la constitución de la tutela que podía ser atribuida al Director del establecimiento. La actual redacción del art.239 Cc. otorga la tutela legal automática de los menores desamparados a la entidad pública correspondiente (5). No hay, por tanto, una situación de guarda previa y posterior constitución de la tutela, sino que ésta entra, *ope legis*, automáticamente, sin menoscabo que, posteriormente, se pueda constituir la tutela ordinaria si existen personas que puedan asumirla, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, como dice el citado artículo.

Hemos visto que la entidad pública asume la titularidad de la guarda. También hemos visto, al hablar de la tutela automática, que la entidad pública, también, la asume. La siguiente reflexión que debemos proponer es saber como limita esta potestad menor a las otras potestades superiores que coexisten, esto es, la patria potestad o la tutela ordinaria.

La nueva Ley no introduce la suspensión de la patria potestad. El originario art. 170 Cc preveía la suspensión de la patria potestad, además de estar regulada, también, la pérdida de la misma (art.169 Cc originario). Ahora nos interesa saber si en los supuestos de asunción de la guarda por parte de la entidad pública, ya sea en los supuestos de asunción de la tutela automática (art. 172,1 Cc), ya sea en los de solicitud por parte de los padres por no poder atender al menor (art. 172,2 Cc), como queda la patria potestad. ¿Seguirá coexistiendo con la potestad de guarda? En principio parece que debemos inclinarnos por postular la no coexistencia de ambas, porque dentro del ejercicio de la patria potestad está la potestad de guarda. Esto no es óbice, como hemos visto al analizar el concepto de guarda, para que se mantenga la patria potestad por un lado, atribuida a los padres y la potestad de guarda a la entidad pública. Lo que debemos propugnar es que aún manteniéndose la patria potestad o la tutela, la potestad de guarda de éstas debe suspenderse para que sea atribuida a la entidad pública.

¿Qué base legal puede apoyar tal argumento? En primer lugar el Cc nos proporciona argumento suficiente para mantener que la potestad de guarda puede cambiar de titular (ex art. 158,2.º Cc). Lo que no nos dice este artículo es que el cambio de la potestad de guarda conlleve la suspensión de la misma para el que hasta entonces la ostentaba; incluso, derogado el art. 170 Cc, no se prevé ningún tipo de suspensión de la patria potestad sino su privación (art. 170 Cc). No por ello, en otra

(5) Como dice el párrafo sexto de la E. de M. se ha «cambiado el criterio a que respondía el anterior art. 239 Cc, se ha estimado, atendiendo a la situación de urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la entidad pública...».

sede, podemos encontrar el argumento que nos falta; el art. 243,1.º Cc prevé, expresamente, la existencia de suspensión del derecho de guarda. En base a lo dicho podemos concluir que del Cc. podemos extraer no sólo la existencia de cambio de titularidad de la potestad de guarda, sino que en estos casos se puede entender que existe una suspensión de este derecho.

La conclusión a que podemos llegar es que la potestad de guarda puede coexistir con otras potestades superiores (en manos de distintas personas) ya sea la patria potestad o la tutela, porque la guarda necesita de ellas para su existencia, pero lo que no puede darse es una duplicidad del derecho de guarda, o la asumirá quien ostente la patria potestad o la tutela o pasará a un tercero su titularidad, y en tanto éste la ostente quedará suspendido para aquél que hasta entonces lo tenía atribuido.

1.3. CAUSAS QUE DAN LUGAR A LA ASUNCIÓN DE LA GUARDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

El titular de la guarda es la Entidad pública, porque es quien la asume por ley (art. 172,2 Cc), aunque su ejercicio pueda encomendarse al director del establecimiento donde está internado el menor o bien a la persona o personas que tengan al menor en acogimiento familiar (art. 172,3 Cc). Y la guarda entra en dos supuestos distintos: unas veces la guarda procede como contenido de la tutela automática (art. 172,1 Cc); otras, la guarda es autónoma (art. 172,2 Cc).

1.3.1. *Los supuestos de constitución de tutela automática*

Todos los supuestos en el que el menor se halla bajo la situación general de desamparo que llevan aparejada la constitución de la tutela automática y esta engloba las funciones de guarda (art. 269 Cc). Tenemos, por tanto, en primer lugar que la constitución automática de la tutela *ope legis*, da lugar a la guarda; si bien la interpretación de las causas que dan lugar a la constitución de la tutela automática deben interpretarse restrictivamente. Esto nos lleva a decir que en todos los supuestos que exista tutela automática comporta guarda (art. 172,1 Cc), aunque no todos los casos de guarda, comportan tutela automática (art. 172,2 Cc).

1.3.1.1. La tutela automática como fuente de la guarda y ésta, a su vez, del acogimiento. Estudio de la tutela automática y de la guarda, que es su contenido

Podemos encontrarnos con la coexistencia de la titularidad de la patria potestad o de la tutela, con la tutela automática; y eso es así, por-

que no se ha reformado el art. 170 Cc ni el art. 248 Cc, que requieren decisión judicial, en tanto que la constitución de la tutela automática es administrativa. Será preciso que el juez declare la privación de la patria potestad (art. 170 Cc), o la remoción de la tutela ordinaria (art. 248 Cc), para que termine la coexistencia de la tutela automática y la titularidad de la otra función tuitiva existente, al tiempo de constituirse la tutela automática u *ope legis*.

Antes de pasar al estudio de estas cuestiones veamos, como determina el art. 172 Cc, si se produce, efectivamente, la constitución de la tutela automática, *ex lege*, siempre que exista una situación de desamparo. Para llegar a tal conclusión debemos analizar, en primer lugar, que se entienda por situación de desamparo (6) que da lugar a la constitución de tutela automática.

1.3.1.1.1. La situación de «desamparo» que da lugar a la constitución de la tutela automática, que incluye la guarda

Según el apartado 1 del art. 172 Cc se entiende que existe desamparo cuando se «produce de hecho a causa de un incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores» y como consecuencia «queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Ante todo se califica el desamparo como una situación de hecho, esto quiere decir que no requiere de una previa declaración judicial (7), sino que se atiende, simplemente, al hecho de quedar privado, el menor, de la necesaria asistencia moral o material. Se trata, en consecuencia, de una situación existente actualmente. Y esta situación puede ser imputable o no a los padres o al tutor.

Podemos hacer un parangón con el derogado art. 174 Cc (8), respecto al abandono, necesario para la constitución de la adopción. Se entendía que existía «abandono» cuando el menor de 14 años carecía de persona que le asegurara guarda, alimento y educación, siendo irrelevante que

(6) El término «desamparo» fue objeto de numerosas enmiendas por parte de los grupos parlamentarios cuando se estaba en fase de redacción de la ley; se aceptaron las enmiendas n.º 7 (Grupo Vasco) y 37 (Grupo Socialista), con parte de las correcciones técnicas de la 164 (Grupo Mixto-Agrupación PDP), que dió lugar a la actual redacción y definición de lo que es «desamparo».

(7) SANCHO REBULLIDA, Francisco, muestra su preocupación por la ausencia del control judicial ante la declaración de desamparo, que trae consigo tan grandes consecuencias. En todo caso, entiende el autor, que deberá estar sometida a la superior vigilancia del Ministerio Fiscal. *El nuevo régimen de la familia. IV Acogimiento y adopción*. Cuadernos Cívitas. Madrid 1988, pp. 37 y 38.

(8) Aunque este precepto fue muy criticado por la doctrina. *Vid. per tot.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. III, vol. 2, Madrid 1982, pp. 340 ss.

esta situación se produjera por causas voluntarias o involuntarias (confr. párr.2 del derogado art. 174 Cc); sin embargo esta situación de hecho que producía el abandono tenía que ser declarada judicialmente (párr. último del derogado art.174 Cc); en consecuencia, la situación de «abandono» no era sólo una situación de hecho, sino que tenía que ser declarada judicialmente. No ocurre lo mismo con la situación de «desamparo», ésta lo es de hecho y no hace falta la intervención del juez para declararla, sino que es competencia exclusiva de la Entidad pública. Será la Administración quien declarará que existe una situación de desamparo de la cual resultará *ope legis* la constitución automática de la tutela. Por tanto la Administración declara el desamparo, la ley crea la tutela automática ante la existencia de tal situación.

No deja de ser peligrosa esta fijación administrativa de la situación de desamparo, sin dar entrada, cuanto menos, al Ministerio Fiscal, cuya actuación está presente en todas las instituciones tuitivas, incluso en el mismo acogimiento, sin ser preceptiva su actuación en este supuesto. De la interpretación del párrafo segundo del art.174, que determina la obligación de la Entidad pública de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los nuevos ingresos de menores, y de su obligación de promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias, podemos interpretar que el Ministerio Fiscal puede instar al Juez para valorar la situación de desamparo, aunque sea a *posteriori*. Sin embargo, por otro lado no deja de ampliar la esfera protectora del menor que pueda declararse la situación de desamparo administrativamente, para dar entrada, automática, a la tutela, ya que evitará que la situación de desamparo del menor se prolongue (9), pudiendo, posteriormente, los padres o el tutor, impugnar la constitución de tutela automática o incluso el mismo Fiscal puede promover las medidas necesarias (art. 174,2 Cc).

No deja de ser peligrosa la declaración de desamparo, por parte de la administración pública, por cuanto no queda muy perfilado en la ley que se entiende por «desamparo» (10). Para que se produzca una situa-

(9) Esta es la idea que presenta, como defensa al Proyecto de Ley, la senadora Sauquillo Pérez del Arco: «sería muy grave, y no haríamos nada con este Proyecto de Ley, si tuviéramos que esperar a que los jueces decidiesen para estas situaciones de desamparo, porque habría muchos niños que desgraciadamente, cuando obtuvieran la resolución judicial, ya no podrían estar en la presencia del Juez, porque se habrían muerto de frío, de hambre..., nosotros creemos que precisamente el avance de este Proyecto es esa tutela automática». *Diario de Sesiones*, n.º 46, pág. 1743.

(10) En el propio Código civil existían ya, antes de la reforma de 1987 procedimientos para evitar el abandono, tanto en el supuesto del art. 222,1 Cc, que declara que el menor que no esté bajo patria potestad debe estar bajo tutela. Así como el art. 250 determina que se procederá al nombramiento de un nuevo tutor cuando se haya declarado judicialmente su remoción. PILLADO MONTERO, al comentar el Proyecto de esta ley ya hizo hincapié en la necesidad de perfilar lo que debe entenderse por desamparo y quien debe declararlo, si la entidad pública o si debe darse entrada al Juez. *Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción*. RDP mayo 1987, p. 448.

ción de desamparo tiene que dar como resultado, 1) la privación de asistencia moral o bien de asistencia material, y que ésta, 2) sea consecuencia de un incumplimiento, de un imposible o de un inadecuado ejercicio de los deberes de protección (11), propios de las instituciones tuitivas, esto es, de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

1) La conjunción de los términos «moral» y «material» van referidos al ámbito personal y de bienes (art. 215 Cc.).

1.º El término «moral» (12) tenemos que entenderlo objetivamente, esto es, lo que el colectivo social entiende por ético o moral, sin dar entrada a valoraciones subjetivas. Así lo que podría determinar la falta de asistencia moral, para el supuesto de estar los hijos sujetos a patria potestad, sería el impedir el libre desarrollo de la personalidad del menor; no proporcionarle una formación integral (art. 154,1 Cc.), ni educación (arts. 92,2; 142,2; 154,1 Cc.); o bien estar incursos en alguna de las causas del art. 756; 853,3.º y 82,2.º Cc. En cuanto a la tutela ordinaria, también nos hallaríamos ante un supuesto de falta de asistencia moral del tutor si éste no proporciona educación y formación integral al tutelado (art. 269,2 Cc.), o descuidara su deber de «promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor reinserción en la sociedad» (art. 269,3.º Cc.).

2.º El término «material» podría corresponder a la falta de alimentos (art. 154,1; 142,1; 269,1 y 854,2.º Cc.).

2) El desamparo que da lugar a la constitución de la tutela automática se produce de hecho, por faltar a los hijos la necesaria asistencia material o moral, siempre que se derive de un incumplimiento, inadecuado o imposible ejercicio de la patria potestad o de la tutela ordinaria; no es necesario que los padres queden privados de la titularidad de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a esta función, ya sea dictada en causa criminal o matrimonial (arts. 170,1; 82,2 Cc.) o de la tutela ordinaria. El resultado tiene que ser el incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad (art. 154,1 Cc.),

(11) Para SANCHO REBULLIDA «no está claro (dice el autor) si la privación de la necesaria asistencia moral o material es un requisito acumulado al incumplimiento de aquellos deberes o alternativo al mismo. Es decir, si, para que exista desamparo en sentido legal, ha de haber incumplimiento productor de inasistencia o basta que haya incumplimiento (aunque se preste una asistencia subsidiaria), o que haya desasistencia (pese al cumplimiento de los deberes)». *El nuevo régimen...*, cit. p. 35.

(12) Para EGEA FERNÁNDEZ, Joan, es un elemento complicado ya que pueden comportar consideraciones de tipo religioso y dependerá incluir en esta expresión la concepción personal, en materia religiosa o moral en sentido estricto, de aquel que tenga que apreciar el «desamparo». Por ello, el autor, se inclina a objetivar este concepto al máximo. *La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nove regulació)*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona 1989 p. 28.

La STS 7 de julio de 1975, dice que «cuando la conducta de los padres ponga o puedan poner en peligro la formación o educación moral del hijo cabe privar o suspender a aquéllos del ejercicio de la patria potestad». (Aranzadi n.º 2945).

o inadecuado ejercicio; o bien el incumplimiento o inadecuado ejercicio (13) de las funciones de tutela (art. 269 Cc). También serían causas que dan lugar a la constitución de la tutela automática el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de representación y administración de los bienes de los hijos (art. 154,2), porque colocan al menor en una situación de desamparo.

Nos queda por concretar que se entiende por «imposible» ejercicio de las funciones de protección que den lugar a la falta de asistencia moral o material. Estaríamos ante supuestos que producen de hecho el desamparo, aunque podrían calificarse de inimputables al sujeto que se encuentra imposibilitado de ejercer la función tuitiva. Podríamos incluir en estos supuestos los de ausencia en sentido vulgar o incapacidad (arts. 156,4; 1694 y 1176,2 Cc); o bien los del 251,1 y 2 Cc, que imposibilitarían el ejercicio de sus funciones, aunque no pudiera imputarse directamente al sujeto, como en el caso del incumplimiento o el inadecuado ejercicio. Por tanto del estudio de los términos incumplimiento, inadecuado o imposible cumplimiento de los deberes propios de las instituciones tuitivas (14) que den lugar a la falta de asistencia material o moral podemos deducir que, por una parte, existirán unas actuaciones que son imputables al sujeto activo, es decir a los padres o a los tutores, incluso al guardador de hecho (art. 303 Cc), y éstas podrían ser el incumplimiento, e incluso el inadecuado cumplimiento; en tanto que otras serán inimputables al sujeto activo, y nos hallaríamos ante el término imposible cumplimiento.

Todos estos supuestos en que se produzca «desamparo» se procede a la constitución automática de la tutela o por ministerio de ley. Y en todos los supuestos de tutela automática se origina, como institución complementaria, que es su contenido: la constitución de la guarda, que se ejerce ya sea mediante el acogimiento familiar, ya sea por el internamiento del menor «desamparado».

1.3.1.1.2. Aproximación a la naturaleza jurídica de la tutela automática, que incluye la guarda

¿Estamos ante una nueva institución, o se trata de una tutela ordinaria, aunque sea automática, por ministerio de ley? Debemos cuestionarnos el término «tutela» y ver si estamos ante la creación de una

(13) EGEA FERNÁNDEZ, Joan, entiende que la expresión «inadecuado cumplimiento» podría quedar incluida en el «incumplimiento» ya que cumplir inadecuadamente es incumplir. *La protecció de menors...*, cit., p. 34.

(14) RUIZ RICO entiende que no cabe el incumplimiento, el inadecuado o imposible cumplimiento por parte del ente público, cuando el menor está bajo tutela automática. *La tutela «ex lege» la guarda y el acogimiento de menores*. Actualidad civil, n.º 2 enero 1988, p. 62.

nueva institución, o bien se trata de la tutela ordinaria, regulada en los arts. 215 y ss., si bien constituida automáticamente (15), sin su procedimiento propio. De la reforma que ha hecho esta ley, en sede de tutela, y más concretamente de los arts. 222,4.º y 239.1, nos hace inclinarse a entender que se trata de la misma institución, aunque colocada en distinta sede, bajo el epígrafe *De la guarda y acogimiento de menores*. Sin embargo el modo de constitución no es el mismo, sino que se efectúa automáticamente, por ministerio de ley, sin intervención judicial (239,1 Cc), ni le son aplicables las normas de nombramiento de tutor, sino que esta función la asume, automáticamente, *ope legis*, la Entidad pública correspondiente. Sin embargo el párrafo 2 del art. 239 Cc determina que se procederá al nombramiento de tutor según las reglas ordinarias si concurren unas determinadas circunstancias, esto nos lleva a concluir que se trata, aunque sea sólo en este supuesto, de un tutor provisional (16).

Es posible afirmar que, seguramente, no nos hallamos ante una nueva institución, pero sí ante un nuevo tipo de tutela. Si añadimos, además, que coexisten patria potestad o tutela ordinaria, junto a la automática, nos llevará, todo ello, a distinguir entre tutela ordinaria y tutela automática *ope legis* (17). Antes de calificar la naturaleza jurídica de esta tutela debemos pasar al estudio de la siguiente cuestión.

1.3.1.1.2.1. Coexistencia de la tutela automática con otra institución tuitiva

Lo que debemos cuestionarnos, porque incide en el anterior punto expuesto, es la coexistencia de dos instituciones tuitivas, cuando se procede a constituir la tutela automática. El n.º 1.º del art. 222 Cc, preceptúa que estarán sujetos a tutela «los menores emancipados que no estén bajo patria potestad». De la lectura de este precepto se deduce la incompatibilidad de la patria potestad y de la tutela; las dos instituciones protectoras no actúan conjuntamente, sino ante la inexistencia de una entra la otra. La STS de 12 de julio de 1985 (18), en su consideración

(15) Para RODRÍGUEZ JORDA, Pilar, se trata de «una nueva modalidad de tutela que se separa bastante en algunos aspectos de la Tutela ordinaria». *Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática, en El régimen jurídico de la adopción*, Colección Aragón de bienestar social, Zaragoza 1989, p. 15.

(16) FELIU REY, Manuel-Ignacio, entiende que se trata de una tutela de carácter diverso a la regulada en la Ley de 1983, al no reunir las notas de estabilidad ni habitualidad, sino que sus características son la provisionalidad. *Comentarios a la Ley ...*, cit., p. 37.

(17) PILLADO MONTERO ha calificado este tipo de tutela como tutela «eminente» que, según el autor «se hará efectiva y directa cuando alguien, no se sabe quien, considere que uno de ellos (se refiere a los menores) está desamparado. *Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma ...*, cit., p. 447.

(18) Aranzadi n.º 4006.

do séptimo dice: «si la tutela es un organismo supletorio de la patria potestad cuyo nacimiento se opera por la inexistencia de ésta, es evidente que probando que la misma existe y radica exclusivamente en la actora-recurrida, el instituto tutelar carece de razón de ser».

El reformado art. 222 Cc ha añadido el n.º 4.º que sujeta a tutela a «los menores que se hallen en situación de desamparo». La situación de desamparo es un hecho, como hemos visto anteriormente, que no requiere decisión judicial; la tutela automática entra, por ministerio de ley, siempre que se de tal hecho, aunque esté, el menor, bajo patria potestad o tutela ordinaria. El art. 172 Cc no prevé la privación de la patria potestad, sino que sólo otorga a la Entidad pública la tutela del menor desamparado. Si acudimos a los artículos de patria potestad y de tutela ordinaria, vemos que no existe privación (art. 170 Cc) de la patria potestad, ni remoción (art. 248 Cc) de la tutela sin declaración judicial, por tanto administrativamente no se puede privar ni remover, en su titularidad, ni a los padres ni al tutor. En cambio, existiendo una situación de desamparo, la ley otorga la tutela, automáticamente, esto es, desde el primer momento de la existencia de la situación de desamparo, coexistiendo las dos instituciones tutelares. Incluso se podría hablar de tutela automática retroactiva, ya que existe desde el momento en que existe desamparo y no desde la constitución (19).

En el Decreto de 11 de junio de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores, en su art.17, B y en su art. 18,2 se preveía la facultad, de suspender a los padres del ejercicio de guarda y educación de sus hijos, y más concretamente el art. 13 del Decreto de 1948 atribuía tal facultad de suspensión a la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores; estos artículos tenían su correspondencia en el original art. 171 Cc que determinaba que los Tribunales podían privar de la patria potestad o suspender del ejercicio de ésta a los padres, si concurrían unas determinadas circunstancias, equivalentes a las determinadas en el art. 9,2 A del Decreto de 1948. Se adoptaba, por tanto, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, ejercicio que se atribuía a la Entidad pública. Incluso el art.13,3 del Decreto decía: «si se decretara por la jurisdicción ordinaria la privación de potestad sobre un menor que estuviere ya sometido a la acción protectora permanente del Tribunal Tutelar con suspensión del ejercicio del derecho de guarda y educación, este Tribunal podrá continuar ejerciendo sobre la persona del mismo la facultad tuitiva que le reconoce la presente ley». Se separaba, por tanto, la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, y era éste, el que estaba atribuido a los Tribunales Tutelares de Menores.

(19) Para RUIZ-RICO RUIZ, J. M., la situación de «desamparo» tiene «un ámbito de actuación mucho más extenso, al ser, por vía indirecta, un mecanismo de privación de la patria potestad, además de la constitución de una concreta tutela». *Acogimiento y delegación ...*, cit. p. 147.

La Ley de 1987 no prevé ni la previa privación de la patria potestad ni la suspensión de su ejercicio (20), y no habiéndose modificado los arts. 170 y 248 Cc, no queda más solución que, en principio, concluir que coexisten ambas instituciones tuitivas, salvo que procedamos a la interpretación del art. 158,2.º Cc que dice que el Juez puede dictar «las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda». Este artículo prevé la existencia de un cambio de titular de guarda, si bien se refiere a los supuestos del art. 156,4 y 5 Cc, se podría ampliar a los supuestos del art. 172 Cc. Se permite que se cambie del ejercicio conjunto de guarda a ejercicio exclusivo, sin disposición judicial, pero lo que no se puede deducir es la extinción de la titularidad de la patria potestad o de la tutela sin declaración judicial (ex arts. 170 y 248 Cc.). Es decir, se puede perder el ejercicio, sin declaración judicial, pero no se puede privar de la titularidad de las instituciones protectoras, ya sea tutela ordinaria ya patria potestad, sin declaración judicial (21).

Esto nos lleva a la coexistencia de dos instituciones tuitivas: tutela automática y titularidad, ya sea de patria potestad o de tutela ordinaria. Y también nos lleva a revisar, nuevamente, el concepto de tutela, que antes hemos apuntado.

1.3.1.1.2.2. La naturaleza jurídica de la tutela automática

Del art. 215 Cc.. podemos extraer la división de tutor de bienes, tutor de persona. Al tutor de persona corresponderán las funciones del art. 269, que son las propias del contenido personal y no patrimonial, y las del art. 154,1.º Cc, en cuanto a la patria potestad, que también son funciones propias del contenido personal. Sólo nos queda por determi-

(20) EGEA FERNÁNDEZ, Joan entiende que cuando se constituye la tutela *ope legis* y hasta que el Juez decreta la privación de la patria potestad se entiende que la patria potestad está suspendida. *La protecció de Menors...*, cit., p. 30. El mismo autor, en otra obra en la que analizaba la Ley catalana 11/ 1985, de 11 de Juny, decía que la tutela prevista en la ley catalana no correspondía al régimen descrito en los arts. 222 ss. del Cc., sino que se trataba de una medida protectora compatible con la subsistencia de otras potestades, por ejemplo, la patria potestad.

Para BOUZA VIDAL, Nuria, se trata de una auténtica tutela y que es incompatible con la subsistencia de la patria potestad. *La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre sobre la adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado*. RGLJ 1987, n.º 6, p. 898.

(21) ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, dice: que así como la Entidad pública tiene competencia para constituirse automáticamente en tutora, «Y, de modo implícito, una competencia (asimismo administrativa) para enervar la posible relación de patria potestad preexistente» por ello argumenta, el autor, que la delación legal de la tutela, presupone «la inexistencia de relación de patria potestad o bien de existir ésta, su enervación siempre judicial» *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*, RGLJ 1987, n.º 5, pp. 756 y 757.

nar cuales son las funciones propias de la tutela automática, para ver si abarca sólo el ámbito personal, y nos hallaríamos ante la división de tutor de bienes, tutor de persona, propio de la tutela ordinaria, para concluir que la tutela automática sólo afecta al contenido personal (22), o por el contrario, también afectaría al ámbito patrimonial del menor.

En la nueva redacción de la ley de 1987, no se determina cual es el contenido de la tutela automática, tan sólo del acogimiento familiar (art. 173,1 Cc). Sin embargo, del art. 172,2 y 3 Cc, puede inferirse que la Entidad pública, lo que asume es la guarda, correspondiéndole la vigilancia de la misma (ex art. 172,3 Cc), que puede ser ejercida mediante dos modalidades: internamiento del menor o acogimiento familiar (art. 172,3 Cc).

Si mantenemos que se trata de una tutela que sólo abarca el ámbito personal (ex art. 215 Cc), el menor desamparado podría quedar desprotegido (23). El art. 215 Cc tenemos que ponerlo en relación con el art. 236, 1.º Cc, y la consecuencia es que la existencia de un tutor de persona es una excepción, ya que la tutela se ejercerá normalmente por un sólo tutor, que abarca persona y bienes. Y no sólo es una excepción sino que, además, va unido a la existencia de un tutor de bienes, es decir, siempre que exista un tutor de persona, existirá, a su vez, un tutor de bienes (confr. art. 236,1.º Cc). Si esto es así, no podríamos seguir en la línea de entender que la tutela automática, que no deja de ser tutela (art. 222,4 Cc), sólo abarca el ámbito personal.

Sin embargo hay que insistir que no se trata de una tutela ordinaria, por cuanto puede coexistir con la patria potestad e incluso con la tutela ordinaria. La forma de constitución es, también, distinta, ya que no interviene el Juez (24), sino que su constitución es administrativa (25); como es distinto el nombramiento de tutor (art. 239,1 Cc) y su obligación de prestar fianza (art. 260 Cc). Parece, sin embargo, aplicable el art. 262 Cc.

En último extremo (y esto nos marcaría el criterio para poder seguir manteniendo que la tutela automática sólo alcanza al ámbito personal, junto al contenido que nos proporciona la Ley 21/1987), el tutor

(22) RODRÍGUEZ JORDA, Pilar, entiende que la tutela se ejerce, exclusivamente, sobre la persona del menor y no sobre sus bienes, de ahí que no exista la obligación de prestar fianza y de hacer inventario. *Las entidades competentes...*, cit, p. 16.

(23) Aunque tratándose de menores desamparados, normalmente serán familias marginadas con pocos recursos económicos; no por ello nos podemos hallar ante una situación de tener que aceptar una herencia, para lo cual se requerirá un representante en el ámbito patrimonial, es decir, un tutor de bienes.

(24) LORCA MARTÍNEZ, José, se cuestiona porque no hay control judicial sobre «las tutelas ex lege», habiéndolo en los supuestos de internamientos urgentes del menor o incapaz (art. 211 Cc). *La tutela «ex lege» o tutela de los menores en situación de desamparo*. Actualidad Civil 1989, n.º 24, p. 1820.

(25) SANCHO REBULLIDA la ha calificado de «administrativa». *El nuevo régimen...*, cit., p. 52.

es provisional, como se desprende del párrafo 2 del artículo 239 Cc, preceptuando que si se dan «ciertas circunstancias» se tendrá que proceder al nombramiento de tutor por las reglas ordinarias y ello arrastra, ciertamente, el cambio de tutela, ya que sólo la Entidad pública está contemplada en el art. 172,1 Cc; y bien es cierto que estas circunstancias no pueden ser otras que se derive la obligación de tener que intervenir en el ámbito patrimonial. Si ello es así y teniendo en cuenta que el contenido de la tutela automática, según la Ley 11/1988, es la guarda, que comprende sólo el ámbito personal, como hemos visto, no nos queda más que concluir que la tutela automática, aunque potestad cuyo contenido es la guarda, sólo alcanza, porque otra cosa no se desprende de la ley, al ámbito personal de protección propio de la tutela ordinaria para el supuesto del tutor de persona. De todo lo expuesto parece que puede concluirse que no se trata de una nueva institución, pero sí de un nuevo tipo de tutela.

1.3.1.2. La entidad pública. Sujeto titular de la tutela automática y de la guarda

La entidad pública es el sujeto titular de la tutela automática, para los casos que exista «desamparo» y el sujeto titular de la guarda, exista o no «desamparo».

En la Ley 21/1987 de 11 de noviembre se hace referencia, insistentemente, a la entidad pública correspondiente; la Entidad pública tiene la tutela por ministerio de ley (art. 172,1 Cc); la tutela de los menores desamparados corresponde a la Entidad pública (art. 239 Cc); la Entidad pública asume la guarda (art. 172,2 Cc); además de todas las funciones de mediación y vigilancia que se le atribuyen (arts. 172,3; 173,2; 173,3,2.º; 174,2; 174,3 Cc).

¿Quién es la entidad pública? Según la disp. ad. primera las entidades públicas son «los organismos del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Entidades locales a las que, con arreglo a las leyes corresponda la protección de menores», y esto vendrá determinado por los respectivos Estatutos de Autonomía, ya que las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia en esta materia (art. 148,20 CE), al no ser materia reservada al Estado (art.149 CE).

A la entidad pública la Ley 21/1987 le atribuye numerosas funciones y es la única que tiene por ministerio de ley la tutela de los menores desamparados; es titular de la potestad de guarda (art. 172,2 Cc); como es la única legitimada para constituir el acogimiento familiar (salvo los supuestos que deba formalizarse judicialmente, confr. art. 173,2 *in fine* Cc); así como la única para intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares y adopciones, se trata, esencialmente, en este punto, de terminar con lo que se viene denominando «tráfico de niños».

Debemos distinguir, no obstante, los organismos de las entidades colaboradoras. Los organismos de las Comunidades Autónomas (disp. ad. primera, proposición primera) pueden habilitar a instituciones colaboradoras (disp. ad. primera, prop. segunda). Estas instituciones colaboradoras (arts. 103,1.^o,2 y 242 Cc) tienen que ser habilitadas por dichos organismos. ¿Quiénes pueden ser instituciones colaboradoras?; según la proposición segunda de la disp. ad. primera se pueden habilitar como instituciones colaboradoras de integración familiar a Asociaciones o Fundaciones (26), no lucrativas, que tienen que reunir unos determinados requisitos: 1) que estén constituidas válidamente, 2) que su finalidad sea la protección de menores (27) y 3) que «dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas» (28). Esta habilitación otorgada por los organismos de la Comunidad Autónoma debe realizarse previo expediente; esta habilitación puede ser retirada si estas instituciones colaboradoras dejan de reunir los requisitos exigidos o bien infringen las normas legales en sus actuaciones (proposición quinta de la disp. ad. primera).

El campo de intervención de las instituciones colaboradoras se reducen a intervenir en funciones de guarda y mediación (29) dentro de los límites que la Comunidad Autónoma les señale, en este sentido están sometidas a las directrices y control de quien les ha habilitado (confr. disp. ad. primera, proposición tercera).

1.3.2. *Los supuestos de mera guarda del art. 172,2 Cc: la solicitud de los padres; la declaración judicial*

Tenemos otro bloque de supuestos o causas que dan lugar a la guarda y son las que se contienen en el n.º 2 del art. 172 Cc. Estas causas no llevan aparejada la privación de la patria potestad, ni la remoción de la tutela ordinaria, porque nos hallamos en una situación diferente al «desamparo». Tales causas se dividen en dos bloques: 1) Cuando

(26) Vid. RICO-RUIZ, Francisco, *La función tutelar de las Fundaciones*, RGLJ 1988, n.º 3, pp. 371-386.

(27) Requisitos semejantes a los exigidos en el art. 242 Cc.

(28) ARCE Y FLOREZ-VALDÉS al reflexionar sobre los requisitos que exige la ley para ser instituciones colaboradoras dice: «¡ Casi nada! En la previsión legal se cierra los ojos a la realidad, ignorando que estas instituciones habitualmente no tienen los medios necesarios por sí mismos, sino que precisamente por la destacada función social que cumplen han de ser ayudadas por la Administración». *El acogimiento familiar y la adopción ...*, cit., p. 755.

(29) El interés del menor se ve reflejado en impedir funciones de medicación de acogimientos a personas o entidades que no sean calificadas como tales (disp. ad. primera, prop. cuarta).

quienes ostenten la patria potestad o la tutela soliciten el acogimiento por circunstancias inimputables que darían como resultado no poder atender al menor. 2) Cuando lo acuerde el juez en los casos que proceda legalmente.

Veamos ambos supuestos:

1) la solicitud de los padres. Entrará como causa de asunción de guarda por parte de la Entidad pública cuando se produzca la solicitud, por parte de los padres, de modificación del ejercicio de la patria potestad o bien cuando el tutor así lo solicite.

Las modificaciones del ejercicio de la patria potestad no conllevan necesariamente la privación de la titularidad; ambos padres continúan siendo titulares de la patria potestad, pero del ejercicio se desgajan las funciones propias de la guarda, que son las propias del ámbito personal (art. 154,1 Cc), que se entienden suspendidas en tanto la titularidad de la guarda pasa a la entidad pública. Esta modificación se produce por la existencia de ciertas causas que dificultan o imposibilitan el ejercicio de los deberes propios de la patria potestad. Si esta causa concurre en uno de los cónyuges no se presenta ningún problema, ya que el otro cónyuge será quien tendrá encomendado este ejercicio, que dejará de ser conjunto. El problema se plantea, y es cuando ha lugar la asunción de la guarda, cuando ninguno de los padres puede ejercitar estos deberes. Todos estos supuestos tienen que partir a instancia de parte, ya que el n.º 2 del art. 172 Cc dice, expresamente, cuando lo soliciten.

El art. 172,2 Cc, nos dice que puede solicitarse por los padres a la Entidad pública, para que ésta asuma la guarda, cuando éstos justifiquen no poder atender al menor si concurren unos ciertos presupuestos, y éstos son: en caso de enfermedad o bien por otras circunstancias graves. Parece que el caso de enfermedad está indicado a modo de ejemplo y que las circunstancias graves deben referirse a supuestos análogos a la enfermedad. Sin embargo parece correcto entender que estos supuestos en que se den circunstancias graves deben ir referidas a las que el Código civil nos proporciona, para la patria potestad o para la tutela ordinaria, y en ningún caso puede tratarse, simplemente, de cesión de hijos o pupilos a la Entidad pública, sin que concurren causas que lo justifiquen.

De los arts.156,4 y 251 Cc podemos obtener respuesta a lo que debe entenderse por circunstancias graves, que no sean enfermedad. Y estas circunstancias no deben comportar *a priori* «desamparo», porque nos hallaríamos ante un supuesto de tutela automática, sino que del hecho de no asumirse la guarda, por la Entidad pública, podría desembocar en una situación de «desamparo». Por tanto, todos estos supuestos deben partir a instancia de parte y deben tratarse de situaciones que, previsiblemente, si no se tomara la iniciativa de solicitar a la entidad pública que asuma la guarda, desembocarían en una situación de desamparo.

Estos casos pueden ser la ausencia o la incapacidad (art. 156,4 Cc), siempre que estas causas sean previsibles (no consumadas porque estaríamos ante supuestos de desamparo) y que puedan desembocar en un desamparo si no se solicita a la entidad pública la asunción de la guarda.

En estos casos la titularidad de la potestad, ya sea patria, ya sea tutela, continuará en manos de los padres o del tutor, sólo se desgajará la potestad de guarda que asumirá la Entidad pública, y quedará en suspenso para los padres o el tutor.

2) La declaración judicial. En este supuesto nos hallamos ante los casos que, cuando lo acuerde el Juez, se constituye la guarda de la Entidad pública, pero se mantiene la titularidad de la patria potestad y de la tutela ordinaria.

Los supuestos de tutela ordinaria pueden hallarse en el supuesto de nombrar el juez un tutor de bienes (art. 215 Cc), y confiar la guarda a un tercero, en régimen de acogimiento. Como también, en los supuestos de remoción de tutor (art. 247 Cc), el juez decida sólo la remoción en el ámbito personal, pero no en el patrimonial, con lo cual el menor continuará bajo tutela ordinaria, pero la guarda estará confiada a una tercera persona.

En los supuestos de patria potestad podrán quedar los hijos bajo guarda de un tercero, en los casos de separación, nulidad o divorcio, art. 92,2 Cc, en que los padres no pierden la titularidad de la patria potestad, sino sólo parte del contenido del ejercicio. Y en los supuestos del art. 170 Cc, para los casos de privación parcial de patria potestad, podría entenderse que el juez determine que queden en régimen de guarda, manteniéndoles en la titularidad de la patria potestad. También puede constituirse la guarda como resultado de los reiterados desacuerdos entre los padres (art. 156,2 Cc.), por un plazo máximo de dos años (confr. art. 156,2 Cc), si el juez lo considera conveniente, cuando entienda, en interés del menor, más conveniente esta medida que la de distribuir entre los padres las funciones de la patria potestad. Y en los casos del art. 103,1.^o,2 Cc también se prevé que «los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea...».

2. LOS MODOS DE EJERCICIO DE LA GUARDA: EL INTERNAMIENTO Y EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Pasemos a estudiar el segundo punto, antes enunciado: formas en que puede ejercerse la guarda, cuyo titular es la Entidad pública.

La guarda del menor tiene dos modalidades de ejercicio (ex art. 172,3 Cc), el internamiento en un centro de la Entidad pública o colaboradoras (ex disposición adicional Primera), o el acogimiento fa-

miliar (30). La ley de 1987 parece que denomina «guarda» que es el término genérico, a la que se realiza mediante internamiento del menor. El art.172,4 Cc dice «...que la guarda o acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona...». El término «guarda» se aplica al caso en que el menor es confiado a un establecimiento, y cuya guarda se puede ejercer por el director del establecimiento o casa (art. 172,3 Cc.) (31); en tanto que el acogimiento familiar es cuando se confía, al menor, a una persona o personas que lo reciben (32). Podríamos hablar, también, de «acogimiento familiar» (ex disp. adicional primera, prop. cuarta) y «acogimiento por establecimientos o centros tutelares», que equivale a internamiento.

En el derecho italiano se distingue entre *affidamento-ricovero* y *affidamento*; el primero se trataría de la guarda en establecimiento público, en tanto que el segundo se corresponde al acogimiento familiar. Lo que parece en nuestro derecho es que el primero da paso al segundo, la

(30) De la Exposición de Motivos de la Ley de 1987, el acogimiento familiar podría tener dos formas: el acogimiento familiar stricto sensu y el acogimiento previo a la adopción. En este sentido la E de M dice que la figura tiene sustantividad propia, aunque «se espera» que se utilice como figura previa a la adopción, si bien para precisarlo sólo se tendrá constancia *a posteriori*, cuando el acogimiento se sustituya por la adopción. En el Código civil italiano se determinan las dos modalidades de *affidamento*. La cuestión se centrará en determinar cuando se trata de un *affidamento* temporal o con vistas a la adopción. PERLINGIERI, para distinguirlo dice que debe diferenciarse la situación de dificultad temporal de la familia de origen, de la situación de abandono y de la privación de asistencia material y moral debida a causa de fuerza mayor de carácter no transitorio. La no temporalidad de la situación de abandono es presupuesto necesario y suficiente para la declaración del estado de adoptabilidad. *Legge 4 Maggio 1983, n.º 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. Le Nuove Legge civili commentate n.º 1-2. Padova 1984, p. 17. Por tanto en la legislación italiana, se recogen ambas figuras: 1) *l'affidamento*, cuando el menor es colocado en acogimiento por faltarle el medio idóneo, pero con ámbito temporal y 2) *l'affidamento preadottivo*, que coloca al menor en acogimiento, intentando tutelar situaciones de abandono. Se trataría, por tanto, de los supuestos en que existiendo situaciones de desamparo se constituye la tutela automática, en tanto no se procede a la adopción; atendiendo a la situación de provisionalidad. Si se trata de un «desamparo» provisional o de un «desamparo» definitivo, podría procederse a la constitución de la adopción.

(31) En este sentido lo entiende RUIZ-RICO RUIZ: «guarda que, a pesar de ser en la ley un término amplio, susceptible de abarcar unitariamente a las dos figuras, hace más bien alusión a los casos en que es la propia entidad pública asistencial con competencias en cada territorio la que acoge al menor (por imposibilidad paterna o por decisión judicial), con ejercicio —no— de las funciones por el director de la casa o establecimiento», en *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, cit., p. 135.

(32) PINTO RUIZ, describió el acogimiento de la legislación administrativa (Orden de 1 de abril de 1937) diciendo: «Así como la adopción se acerca a la filiación ... el acogimiento se asemeja a la tutela pues, como ella, significa también una función al menos cuasi pública ..., no tiene, como la adopción, la misión de colocar a una persona en el lugar del hijo, sino cuidar, acoger, asistir a un menor, sin producir transmutación alguna en su estado familiar, sin constituir, modificar o extinguir parentesco alguno»; en *Acogimiento familiar*, Nueva Enciclopedia jurídica SEIX, tomo 11, Barcelona 1975, p. 268.

guarda-internamiento es el primer estadio que puede dar lugar al acogimiento familiar o no. Aún existiendo la distinción entre acogimiento familiar y guarda-internamiento lo cierto es que todo acogimiento familiar debe ir canalizado por mediación de la Entidad pública (disp. adicional primera, prop. cuarta); los padres (o el tutor) no pueden por sí dar en acogimiento a su hijo a quien les parezca idóneo (art. 172,2 y 3 Cc). Es discrecional de la Entidad pública que en las situaciones de guarda se proceda al acogimiento familiar o al internamiento del menor. Esta discrecionalidad está matizada respecto del acogimiento judicial, que requerirá unos determinados consentimientos para formalizarse (art. 173,2 Cc).

El concepto de «acogimiento familiar» no lo proporciona la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, como tampoco proporciona el de guarda. Acogimiento familiar no es otra cosa que ejercicio de la guarda y ya hemos estudiado lo que se entiende por guarda. La Llei 11/1985 de 11 de Juny de Protecció de Menors de la Generalitat de Catalunya fija la noción de acogimiento familiar desde dos puntos de vista; uno desde la perspectiva de la delincuencia infantil y juvenil y dice que «consistirá a confiar el menor a una persona o familia pel temps que l'autoritat judicial determini, a fi de procurar tornar-lo a la família d'origen o reinserir-lo en el medi social si el citat entorn familiar pogués resultar-li perjudicial»; y otro concepto lo proporciona al referirse a la forma de atención del menor por falta o inadecuado ejercicio de la patria potestad y dice: «l'execució de l'acollida familiar consistira a confiar el menor a una persona o família per un temps indeterminat fins a retornar-lo a la família d'origen o fins que sigui adoptat» (33).

Se trata de analizar, para saber que se entiende por acogimiento familiar, que se entiende por «confiar» al menor a otra persona; y este concepto nos lleva, como hemos visto, a la «guarda». El acogimiento familiar no es otra cosa que el ejercicio de la potestad de guarda.

Siempre se asume, en primer lugar, la guarda por medio de la Entidad pública; tanto si nos hallamos en una situación de desamparo, con constitución automática de la tutela, como si nos hallamos en el caso de solicitud por parte de los padres, por no poder atender a su hijo menor, entrará en funcionamiento la guarda-internamiento por parte de la Entidad pública, que podrá desembocar en un posterior acogimiento familiar o no. La única solución o inmisión en este acogimiento que les queda a los padres o al tutor es negar su consentimiento (ex art. 173,2

(33) Algún autor ha intentado un concepto de acogimiento familiar, así MERIN I CAÑADA, Tomás, dice que es «la mesura de protecció de menors, administrativa o judicial, que otorga la guarda d'un menor a una o diverses persones que no son els seus pares perquè hi visquin, en tinguin cura, l'eduquin i l'alimentin, per un temps determinat o no, i amb el fi d'integrarlo en una vida de família que substituïxi le que els seus pares no li poden donar». *El Projecte de modificació del Codi Civil en matèria d'adopció*. Cuaderns de Serveis Socials, n.º 1, octubre 1986, p. 25.

Cc) y en tal caso el acogimiento tendrá que ser constituido judicialmente, quedándoles a los padres el derecho a ser oídos por el Juez (ex art. 1828,2 LEC).

Aunque distingamos «internamiento» de «acogimiento», lo cierto es que su contenido debe ser el mismo, la sola diferencia está en que una se ejerce por el director del establecimiento, en tanto que la otra se confía a persona o personas que acogen al menor; no hay razón para estudiar por separado ambas figuras, podría englobarse dentro de la figura del acogimiento. Aunque el contenido de la guarda sólo la proporciona el art. 173,1 Cc para el acogimiento familiar.

Aquí sólo se estudiará el «acogimiento familiar».

2.1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR. SUS PRECEDENTES

La ley 21/1987 de 11 de noviembre prevé la figura del acogimiento en los arts.172 y ss, figura hasta ahora regulada, como dice la E. de M. en su párrafo quinto por «dispersas normas administrativas». Esta figura, que hasta ahora no había sido regulada en el ámbito civil tiene, sin embargo, similitudes en otras figuras que recoge nuestro Código. Procedamos al análisis de ambas normativas.

2.1.1. *Precedentes en normas administrativas:*

En efecto, se habla de acogimiento en la Orden de 30 de diciembre de 1936 de atención a los niños huérfanos y abandonados; en la Orden de 1 de abril de 1937 de Colocación familiar de niños. En el Decreto de 11 de junio de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores; y en el Decreto de 2 de julio de 1948 de Protección de Menores. Veamos como se configura, el acogimiento familiar, en estas distintas normativas:

1) La Orden de 30 de diciembre de 1936 de atención a los niños huérfanos y abandonados se dictó para proteger y paliar los problemas a estos menores durante la Guerra civil española. En la E. de M. de dicha Orden se decía: «la primera medida adoptada por el Gobierno del Estado, ha sido la designación de personas que con la debida preparación y los elementos indispensables, tienen por principal misión la recogida de niños desvalidos a la entrada en Madrid, atendiendo en los primeros momentos a su alimentación, cuidados sanitarios y alojamiento».

Esta Orden contiene, específicamente, el término «acogidos». Se establecen medidas de urgencia sobre la asistencia que debe prestarse a estos niños, a los que se pretende colocar en acogimiento familiar y proceder, luego, si es posible a la adopción. La primera medida que adopta el Gobierno es la designación de personas que pueden acoger a estos niños; para ello se crean en cada localidad unas Juntas presididas

por el Alcalde de ésta, e integrada por los párrocos más antiguos, un Inspector municipal de Sanidad y un Maestro de superior categoría (art.1). Estas Juntas tienen por misión hacer una relación de las familias que pueden dar albergue a uno o dos niños «acogidos así en el santo calor de la familia» (art.1). Para ello las Juntas deberán tener en cuenta, respecto a las familias que se ofrezcan, la moralidad y la religión de las mismas, porque se pretende «que a los acogidos se les albergue en familias que por sus costumbres, por su religión y moralidad puedan ser para los niños escuela y asilo ejemplar, al mismo tiempo que satisfacción de su necesidad material y cuidado de educación cristiana y Santo amor a la Patria» (art.2).

Estas Juntas, una vez hecha la relación de las familias, se remitirá por el Alcalde a los Gobernadores civiles de su provincia, los cuales deberán enviar al Gobierno General el número de posibles «adoptados» después de cubrir las necesidades de su provincia, para dictar instrucciones para la implantación del servicio de «colocación familiar» (art.3).

Estas instrucciones sobre «colocación familiar» se plasman en la Orden de 1 de abril de 1937.

2) La Orden de 1 de abril de 1937, de Colocación familiar, se dicta para desarrollar la Orden de 30 de diciembre de 1936. Como se dice en la E.de M. «se hace preciso, de acuerdo con lo dispuesto en el art.3.º de la referida disposición, dictar las instrucciones ampliatorias conducentes a la completa implantación de este importantísimo servicio de colocación familiar».

En esta Orden se determina expresamente la palabra «acogimiento» y éste puede realizarse de dos formas, ya sea de carácter permanente, ya sea con carácter temporal (ex. art.1). Incluso se determina que pueda existir acogimiento de hecho, es decir aquél por el cual «una persona que...venga atendiendo voluntariamente a alguno de los niños comprendidos en esta disposición...» y posibilita que se transforme en acogimiento permanente o temporal, recayendo la preferencia de este acogimiento en aquélla persona (ex art.4). Cabe, por tanto, según esta Orden, el acogimiento familiar con carácter permanente (art.1.A) y con carácter temporal (art.1.B), sin perjuicio de la adopción según la regulación del Código civil. En este sentido se da preferencia a los solicitantes que acojan al menor con carácter permanente (art.2), y se permite elegir de entre la relación de los posibles adoptandos (que según el art.3 de la Orden de 30 de Diciembre de 1936 tenía de confeccionarse en cada provincia y según la relación que deberán formar a este efecto las Juntas Locales de Colocación familiar (34)) (art.6), con

(34) Estas Juntas deberán formar en el mes de enero de cada año una relación de niños que puedan ser objeto de colocación familiar, que estén abandonados dentro del territorio de su jurisdicción, remitiendo un ejemplar a la Junta Provincial de Beneficencia. Estas, en el mes de febrero remitirán la relación al Gobierno General (art.5).

arreglo a las características de sexo y edad (art.2). Para ello, en la relación para poder acogerse con carácter permanente se destinarán los niños que sean huérfanos de padre y madre que estén abandonados, o aquellos niños abandonados que se desconozca «la existencia de sus familiares obligados por Ley a su sostenimiento» (art. 3). Se permite, también, acoger con carácter permanente a instancia del solicitante, los que no se encuentren en la situación antes descrita, siempre que medie el consentimiento de la persona llamada a ejercer la tutela (art. 3). Se refiere a los supuestos de niños no abandonados, aunque si huérfanos, porque de otro modo no estarían bajo tutela, sino bajo patria potestad. E incluso cabe el acogimiento de niños abandonados por incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad (art. 13,1 y 2). Los que se acojan con carácter temporal, el acogimiento durará «hasta la edad o momento que en cada caso se estipule» (art. 1. B). La Orden no determina quienes pueden ser acogidos con carácter temporal; debemos entender que serán los que se encuentren en la situación antes descrita, con la única diferencia que se dará preferencia, para la colocación, a aquellos que lo soliciten con carácter permanente (ex art. 2).

También se determinan los deberes de la persona que acoge a los menores y éstos son: la obligación de «darles instrucción escolar hasta los 12 años como *minimum*» (art. 8), así como «alimentarles, vestirlos y educarles dentro de los más sanos principios de religión y moral cristiana, amor patrio etc.» (art.10); así como el deber de poner en conocimiento de la autoridad correspondiente si el niño llega a poseer bienes (art. 11.2), porque se procede a la constitución del Consejo de familia (art. 11.1). La vigilancia del cumplimiento de estos deberes está a cargo de las Juntas Locales de Colocación familiar (art. 10) y pueden proponer a las Juntas Provinciales de Beneficencia las sanciones pertinentes, en caso de incumplimiento, e incluso pueden proceder a retirar el niño (art. 10).

Y por último se habla de una tutela del Estado, que podríamos parangonar con la tutela automática regulada en la nueva Ley de 1987. En este sentido dice el art.9 de la Orden de 1937 que «siendo la colocación Familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, por analogía con el principio sustentado en el artículo 212 del Código civil para los niños recogidos en establecimientos benéficos, la tutela correspondiente a los acogidos a esta disposición, se ejercerá por las Juntas Locales de Colocación Familiar, bajo la inspección de la Junta Provincial de Beneficencia y el Gobierno General del Estado, quienes investigarán en la forma que en cada caso crean más conveniente, como cumplen aquéllas su obligación tutelar». Se trata de una tutela desnaturalizada, como la que nos proporciona la ley de 1987, por cuanto no alcanza a la representación ni la administración de los bienes de los acogidos (confr. art 9,2 y art 11). Este art. 11 determina expresamente que «si uno de los niños colocados, en virtud de esta disposición, llegase en cualquier momento a poseer bienes, se

constituirá el Consejo de Familia para la guarda de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el Código civil y disposiciones vigentes». Esta tutela del Estado se transforma en una tutela ordinaria según las normas de la legislación civil.

3) En el Decreto de 11 de junio de 1948 que aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en el Capítulo tercero de dicha Ley se regulan las normas de procedimiento de estos Tribunales y las medidas que pueden adoptar. En estas medidas vemos un precedente del acogimiento, es decir de guarda encargada a una persona o familia y de otra modalidad de guarda (que también veremos recogida en la actual ley de 1987) consistente en colocar al menor en internamiento a cargo de una Entidad pública (arts.17,B y 18,2). En estos artículos no se habla de acogimiento sino que se utiliza la palabra «confiar». Al menor se le confía ya sea a una persona o familia, ya sea a una sociedad tutelar o Establecimiento.

¿Cuáles son las causas por las que se confía al menor a una persona o se le interna? En esta Ley existen dos modalidades de ejercicio: la reformadora y la protectora. Analizaremos sólo la protectora, por ser la más afín a la institución que tratamos de estudiar. Es competencia de los Tribunales Tutelares conocer de «la protección de menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho o la guarda y educación» (art. 9,3). Este indigno ejercicio es consecuencia de los «casos previstos en el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores» (art. 9,3.A); y en los casos del art. 584, 5, 6, 8,10, 11 y 12 del Código penal, así como el art. 3 de la Ley 23 de julio de 1903 (art. 9,3.B). En estos supuestos entra la modalidad protectora al menor, por parte de los Tribunales Tutelares, y así, en el ejercicio de esta facultad protectora puede adoptar unas determinadas medidas, ordenando que el menor «sea confiado a la correspondiente Junta de Protección de Menores, o bien a una persona, familia, sociedad tutelar o Establecimiento» (art. 17,B).

Se trata, por tanto, de dos modalidades de guarda, ya sea el acogimiento familiar, ya sea el internamiento en un establecimiento o sociedad tutelar. El Tribunal Tutelar dictará tales medidas previo expediente (art. 77,3 Rgto), para ello deben ser oídas «las personas que pudieran dar razón de los hechos atribuidos a los padres o al tutor», y además se practicará por parte del Presidente del Tribunal «una investigación respecto del carácter y antecedentes del menor, de la conducta moral y social de los padres o tutores y del concepto público que de estos últimos merezcan a personas de notoria probidad» (art. 79,1 Rgto). En tanto se practica la investigación y se resuelve se puede acordar el internamiento o el acogimiento familiar del menor (art. 79,2 Rgto), que es apelable cuando se suspende el derecho a la guarda y educación (art. 45 Rgto) y siempre que se acuerde la separación del menor de los padres, por más de treinta días, durante la tramitación (art. 45 Rgto). Esta facultad de suspen-

der el derecho a la guarda y educación es competencia de los Tribunales Tutelares, sin perjuicio que puedan corresponder a los Tribunales ordinarios según el art. 171 Cc (art. 13).

En la Ley y el Reglamento sobre los Tribunales Tutelares de Menores se determina específicamente a cargo de quien corren los gastos de mantenimiento y educación, cosa que no sucede en la Ley 21/1987. El art. 25,2 de la Ley de Tribunales Tutelares dice que «serán sustentados y educados por cuenta de los Municipios en que hubiesen nacido, y a falta de medios municipales, por las Provincias a que dichos Municipios pertenezcan» salvo que los padres tengan medios suficientes (art.12). El Reglamento amplía este punto; en primer lugar determina que se entiende por gastos, y son, según el art.148 del Reglamento: «los indispensables para contribuir a su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción». En segundo lugar nos dice a cargo de quien corren estos gastos, y corren a cargo de los padres si tienen medios económicos necesarios (art. 149 Rgto). Si el menor se halla sometido a tutela y posee bienes patrimoniales suficientes para satisfacer los gastos, serán a cuenta de éste (art.150). También corren a cargo del menor cuando reciba, éste, una retribución por su trabajo suficiente para sufragarlos (art. 151). En el caso que no puedan sufragarlos íntegramente, las personas expresadas, los abonarán conjuntamente y de forma proporcional, el Estado, el Ayuntamiento donde hubiere nacido el menor, la Diputación Provincial a cuya jurisdicción corresponda dicho Ayuntamiento, el padre o representante legal del menor, o el menor con parte del producto de su trabajo (art. 153 Rgto).

En este Decreto no queda tan clara la función tutelar, que encomiendan a los Tribunales Tutelares. Si bien en el art. 18,1 determina que los Tribunales tutelares ejercerán «su acción tutelar sobre el menor de un modo permanente» hasta que desaparezcan las causas que la motivaron; en su apartado segundo, concreta las funciones tutelares, distinguiendo que la guarda corresponde a las personas o Entidades en que se coloca al menor, en tanto que los Tribunales Tutelares asumen «las facultades que a los padres o tutores competen para autorizar los contratos de aprendizaje o trabajo, la emigración o la instrucción del menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercante». Tenemos por tanto un ámbito de la representación, reducido a lo indicado en este artículo. La acción tutelar cesa cuando el menor llega a la mayoría de edad civil (art. 18,1).

4) Por último analizaremos el Decreto de 2 de julio de 1948 que aprueba el texto refundido de la legislación de Protección de Menores. En el art. 2 se declara que «quedan sujetos a la protección establecida por las disposiciones que se refunden en el presente Decreto los menores de ambos sexos hasta la edad de dieciséis años»; también se incluyen los mayores de dieciséis años hasta los veintiuno (mayoría de edad) cuando se hallaren bajo la acción tutelar permanente de los Tribunales de Menores (art. 2,2). La protección alcanza, por tanto, hasta

la mayoría de edad, si antes de cumplir los 16 años ya se hallaren protegidos por dichos Organismos (art. 2,2 y 4).

La protección consiste en aquello que se determina en el art.5 y especialmente alcanza «al amparo a los menores moralmente abandonados, recogiénolos en la vía pública y proporcionándoles educación protectora y enseñanza profesional» (art. 5,5). Los deberes que se imponen son, en consecuencia, la educación protectora y la enseñanza profesional: así como la educación e instrucción de los «llamados anormales» (art. 5,6). En este punto hay que tener en cuenta que se trata de una ley de Protección de menores, por ello se tratará de incapaces menores de edad. Esto mismo sucede en la ley 21/1987, que aún sin mencionar a los incapaces o «anormales» se subsumen dentro de los menores de edad ya sean desamparados, ya sea que existe una imposibilidad por parte de los padres o el tutor de ejercer los deberes propios de protección. Otro punto contenido de la protección es la de ostentar la representación legal de los menores, «que carezcan de ella» (art. 5,8). Sin embargo esta representación es temporal y subsidiaria. Es temporal porque sólo se ostenta «en tanto no se confiera a los Organismos establecidos a este respecto por la legislación civil» (art. 5,8); y es subsidiaria porque sólo se ostenta a falta de existencia de tal representación legal por quien corresponde. La representación legal, en estos casos, correspondería a la Junta Provincial (art. 5,8). Este Decreto introduce la representación legal que no es propio de la guarda y que no se menciona en la Ley 21/1987.

La función protectora de este Decreto se puede ejercer mediante dos modalidades, ya sea por «ingreso del menor en instituciones», o sea, mediante internamiento, ya sea mediante «colocación en familias», es decir, mediante acogimiento familiar. Estas dos modalidades son las que se presentan en la Ley 12/1987. Y serán quienes tienen acogidos al menor, o el Director del establecimiento donde está internado quienes cumplirán con estos deberes de protección, que, por otra parte, son propios de la guarda, excepto la representación legal que la ostenta la Junta Provincial.

En este Decreto no se menciona la función tutelar, pero va más allá de la mera guarda, al determinar que la representación legal del menor corresponde a la Junta Provincial, aunque se trate de una representación subsidiaria y temporal. Esto supone, sin embargo, que la protección de menores queda reducida al ámbito de la guarda, ya que la Entidad pública debe instar a constituir la tutela según la legislación civil (art. 5,8).

2.1.2. *Precedentes en normas civiles*

En el ámbito de la legislación civil podemos encontrar, desde la reforma de 1983 una parca regulación sobre la guarda de hecho, figura,

ésta, que ya se apuntaba en el art.103 Cc, redactado conforme a la ley de 1981, y en los arts. 303 y ss. de la ley de 1983.

A) El art.103,1 proposición 2 Cc, dice: «los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares». De la dicción del artículo se desprende la existencia de las dos modalidades de guarda, antes apuntadas, la guarda por parte de una persona y el internamiento del menor en una institución idónea. El problema estriba en saber si se abre la tutela. De la dicción del artículo no se sigue, necesariamente, que se constituya la tutela; encomendar a los hijos a otra persona parece, más bien, que se coloca al menor, en guarda; sin embargo, «conferir las funciones tutelares» distorsiona esta conclusión (35). Si entendemos que funciones tutelares son las enunciadas en el art. 269 Cc, no coincidirán con las funciones propias de la guarda, y son incompatibles con la patria potestad. Hay que dilucidar sobre el concepto de «funciones tutelares», que es una expresión ambigua: por una parte parece referirse sólo a la tutela; en los arts. 216 y 220 Cc se habla de «funciones tutelares», refiriéndose al ejercicio sobre el «tutelado»; por otra parte puede entenderse que «funciones tutelares» sean la guarda y protección de la persona y bienes (ex art. 215 Cc) y sea aplicable, no sólo a la tutela, sino a la curatela y al defensor judicial, es decir, que se refiera a todos los cargos (art. 215 Cc). Caben dos posibilidades, primero, que «funciones tutelares» sean las del art. 269 Cc, pero sin el cargo de tutor, esto es, sin que exista tutela. O bien una segunda posibilidad, que las «funciones tutelares» del art. 103.1.2 Cc sean distintas a las de los arts. 216 y 220 Cc y se entiendan estas funciones en sentido vulgar, es decir, como funciones de protección. Si es así, podemos mantener que los padres sigan en la titularidad de la patria potestad, ejerciendo otra persona las funciones de protección propias de la guarda, que sería el supuesto del acogimiento familiar.

Sin embargo, dado que se trata de una medida provisional puede terminar y ser sustituida, de acuerdo con el primer párrafo del art. 106 Cc, en la sentencia. El juez, siempre en interés del menor, puede acordar, o bien proveer de la forma más conveniente, que podría ser mantener a los padres en la titularidad de la patria potestad, confiando la guarda a un tercero que acoja al menor; o bien privar a los padres de la titularidad, constituyendo la tutela automática (arts. 172,1 y 239,1 Cc, según la nueva redacción), y abrirse un nuevo proceso para el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (art.239,2 Cc).

(35) El derecho francés distingue entre guarda confiada a un tercero y guardián provisional con apertura de la tutela. El art. 373,2 Cc francés dice que si la guarda fue confiada a un tercero, los otros atributos de la autoridad continúan siendo ejercidos por el padre y la madre, pero el Tribunal, al designar a un tercero como guardián provisional, puede disponer que éste deberá solicitar la apertura de la tutela.

B) Otra norma que podríamos entender que es un precedente del acogimiento, en la legislación civil, la encontramos en el art. 303 Cc, que regula la guarda de hecho (36), sin embargo tiene una regulación distinta. No es semejante al acogimiento familiar. El sujeto pasivo que engloba el art. 303 Cc, es más amplio que el que se contiene en el nuevo art. 172 Cc; en aquél entran tanto los menores, como los incapacitados, en tanto que en éste, sólo puede serlo el menor; la sección primera del Capítulo V del Título VII, del Libro 1, se enuncia «De la guarda y acogimiento de menores», en consecuencia sólo los menores pueden estar bajo el régimen de acogimiento, no estando contemplados los mayores incapacitados. También es más amplio el contenido de la guarda de hecho que la del acogimiento legal. El guardador de hecho hace las veces de tutor de hecho, por tanto actúa no sólo en el ámbito personal sino en el patrimonial y esto se deduce de los arts. 303, 304 e incluso 306 que remite al art. 220 Cc; en el acogimiento legal sólo actúa en el ámbito personal (ex art. 173,1 Cc) y no es representante del menor. En este mismo ámbito podemos decir que el guardador de hecho puede ser indemnizado con cargo a los bienes del menor o presunto incapaz por los daños o perjuicios que le haya ocasionado la guarda (confr. art. 306 Cc que remite al art. 220 Cc); en tanto que el sujeto que acoge no puede repercutirlos. Y esto por dos razones: en primer lugar sólo afecta al ámbito personal; en segundo lugar se trata de una institución colocada en el ámbito de la adopción, y en ésta no se prevé tal efecto; y en tercer lugar se desprende de la clasificación misma del acogimiento, que puede ser remunerado o no (confr. art. 173,2). Por otra parte, también, podemos diferenciar la guarda de hecho del acogimiento, aquélla es previa a la constitución de la tutela; sobre el menor o el presunto incapaz no existirá una institución tuitiva y posterior guarda; en tanto que siempre que se constituye el acogimiento es porque existe, anteriormente, alguna institución tuitiva, ya sea tutela automática, en caso de menores desamparados (art. 172 Cc), o tutela ordinaria o patria potestad.

2.2. LA CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO. DOBLE MODALIDAD: NEGOCIAL Y JUDICIAL

La constitución del acogimiento tiene lugar mediante una doble modalidad, bien sea de carácter negocial, bien sea, según los supuestos que veremos, de forma judicial. Junto a la constitución del acogimiento puede darse, un negocio accesorio, que entrará cuando el acogimiento se constituya con carácter remunerado.

(36) Sobre la guarda de hecho existen diversos trabajos. *Vid. per tot.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo *De la guarda de hecho*. Madrid 1984, y ROGEL VIDE, Carlos *La guarda de hecho*. Madrid 1986.

2.2.1. Negocio de acogimiento

El negocio de acogimiento sólo se regula para el acogimiento familiar; en cambio cuando se trata de un internamiento la ley no prevé un negocio jurídico otorgado mediante unos determinados consentimientos sino que se configura como un acto de autoridad por parte de la Entidad pública que decide, discrecionalmente, el ingreso del menor en un establecimiento *ad hoc*.

La constitución del acogimiento se efectúa mediante un negocio jurídico de derecho de familia. Como todo negocio de derecho de familia carece de causa y es formal, es decir el control de la autonomía de la voluntad no está en la causa sino en la forma. Si bien encuadramos el negocio de acogimiento dentro de los negocios de derecho de familia (37), en este caso no es suficiente, ya que se trata de un negocio complejo, en que se unen negocio principal, que es el acogimiento familiar y negocio accesorio cuando el acogimiento sea oneroso.

Veamos esta afirmación: El negocio principal de acogimiento se otorga mediante unos determinados consentimientos que exige la ley y perfeccionado el negocio nace una determinada situación: la relación de acogimiento que tiene un determinado contenido. Sin embargo el art. 173,2 Cc añade que para formalizar el acogimiento se tendrá que expresar «su carácter remunerado o no». Es evidente que se trata de otro negocio conectado al principal, que no es el de carácter personal, en el que confluyen unos determinados consentimientos, que no son todos necesarios para el negocio accesorio. Calificando este negocio de accesorio nos soluciona algunos problemas que pueden surgir a la hora de la cesación del negocio principal. Así por ejemplo, el negocio principal cesa por decisión de las personas que lo tienen acogido, dice el art. 173,3,2.º Cc. Si la retribución fuera un elemento del negocio principal, cosa que repugnaría en un negocio de familia, el incumplimiento de una prestación afectaría a la otra. Si se configura como negocio accesorio cuando se extingue el principal queda extinguido el accesorio, y por el contrario si se extingue el accesorio no arrastra la extinción del principal.

El negocio principal de acogimiento se configura mediante unas determinadas declaraciones de voluntad que producen la relación de acogimiento. Deben prestar el consentimiento la Entidad pública, los que reciben al menor (acogedores) (38) y el menor si tuviere doce años

(37) GARCÍA CANTERO entiende, respecto del negocio de adopción, dada la destacada participación de la Administración pública, que cada vez presenta más dificultades para seguir calificándola como un negocio de familia. *Presentación*, RGLJ 1987, n.º 5.

(38) La redacción del párrafo 2 del art. 173 Cc es confusa debido a la omisión de una coma. El artículo dice textualmente: «se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela de las personas que reciban al menor

(art. 173,2 Cc). En principio son tres las declaraciones de voluntad que deben manifestarse. Sin embargo hay otro consentimiento que constituye un presupuesto de eficacia del negocio que es el de los padres o el tutor (art. 173,2 Cc).

Hay tres tipos de declaraciones de voluntad que intervienen en el negocio:

1) Dos son declaraciones de voluntad esenciales, que constituyen un sólo negocio, un acuerdo de voluntades entre la entidad pública que cede el ejercicio de la guarda, conservando sólo la titularidad y por otra parte la persona o personas que reciben al menor que quedan a la vez legitimados y obligados para el ejercicio de la guarda.

2) Una tercera declaración de voluntad que debe constar en el negocio es la del menor, si tiene 12 años. Esta declaración de voluntad no es constitutiva (39) sino que es requisito de eficacia, ¿por qué? La ley exige la declaración de voluntad del menor para la constitución del acogimiento, pero no contempla la oposición del menor como supuesto para que se formalice judicialmente (art. 173,2 Cc), y en la E. de M. se señala que debe valorarse, especialmente, su negativa; no significa que su negativa sea esencial para no constituir el acogimiento, lo que nos lleva a determinar que esta declaración de voluntad es esencial como requisito de eficacia, pero podrá consentir o negarse, es decir es esencial que se manifieste, por tanto se trata de una declaración de voluntad consultiva.

La ley no prevé, como lo hace para la constitución del acogimiento judicial, que si el menor tiene menos de 12 años debe ser oído, siempre que tenga suficiente juicio; entiendo que, analógicamente (40), debe aplicarse a la constitución del acogimiento administrativo y más teniendo en cuenta que debe valorarse su negativa.

3) Por último hay una cuarta declaración de voluntad, que si bien no es esencial, es complementaria, y ésta es la de los padres del menor o del tutor. Esta declaración de voluntad es también requisito de eficacia del negocio de acogimiento. La declaración de voluntad de los padres o del tutor es necesaria sólo en el caso de que sean conocidos y no estén privados de la patria potestad (respecto del tutor hay que entender que no haya sido removido de la tutela, porque, evidentemente, ya no sería tutor). Se trata del supuesto del art. 172,2 Cc y en los del art.

y de éste...», es evidente que después del término tutela debe ir una coma y lo que se requiere es el consentimiento de las personas y no que la entidad pública tenga la tutela de las personas que reciban al menor.

(39) FELIU REY entiende que la declaración de voluntad del menor, mayor de doce años, es un auténtico consentimiento negocial. *Breve estudio sobre las nuevas figuras...*, cit., p. 807.

(40) En este mismo sentido y aplicando, analógicamente, los arts. 1828 LEC y de los arts. 92.2; 156.2; 177.3; 231; 273 Cc y a la luz del art. 24 de la Constitución.

172,1 Cc siempre que no hayan sido privados de la patria potestad (como se ha visto la tutela automática coexiste con la patria potestad porque ésta sólo puede privarse judicialmente, ex art. 170 Cc), y sean conocidos (cabe ante el supuesto de desamparo que no lo sean). Aún en el caso de que los padres sean conocidos y no estuvieren privados de la patria potestad (lo mismo para el tutor), el consentimiento «necesario», según dice el art. 173,2 Cc, puede ser suplido por el Juez. El art. 173,2 Cc determina que «si se opusieran al mismo (se refiere al acogimiento) o no comparecieran, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez».

Nos encontramos que ante la manifestación de voluntad negativa de los padres, el acogimiento cambia a judicial, es decir, se impone la privación, judicialmente, de la potestad de guarda. El consentimiento de los padres, cuando se dan unas determinadas circunstancias (que sean conocidos y no estén privados de la patria potestad) es un requisito de eficacia del negocio, porque es un consentimiento que «necesariamente» ha de ser positivo para que surta efectos el negocio, ya sea por los padres o el tutor, y esta declaración de voluntad de los padres puede ser consentir el acogimiento u oponerse al mismo, en cuyo caso, es decir, si el consentimiento es negativo, supletoriamente lo acuerda el Juez.

Y es necesario el consentimiento de los padres, aún sin tener valor negocial, sólo como requisito de eficacia, porque el acogimiento es una pérdida voluntaria (41) del derecho de guarda propio de la patria potestad. Cuando la pérdida es impuesta, no es necesario el consentimiento de los padres porque se impone como sanción por haber incumplido los deberes legales de guarda (art. 172,1 Cc) propios de la patria potestad. Como tampoco en los casos que lo acuerde el Juez (art. 172,2 *in fine* Cc) porque también tiene carácter sancionador, o bien porque debido a la negativa o a la falta de comparecencia se priva judicialmente de la guarda (art. 173,2 *in fine* Cc), determinada en interés del menor.

Por lo tanto el negocio consta de las declaraciones de voluntad esenciales, de la Entidad pública y de quien reciba al menor en acogimiento. La complementaria del menor si ha cumplido 12 años, como requisito de eficacia. Además hay otra declaración de voluntad que, también, es requisito de eficacia del negocio, que es la de los padres o tutor, si son conocidos y no estuvieren privados de la patria potestad o removido de la tutela, que de no otorgarlo, por incomparecencia o por oposición es el Juez quien lo acuerda en interés del menor. No queda claro si se trata de un «consentimiento», éste que deben otorgar los padres o el tutor, o de un «asentimiento», como se preceptúa para la

(41) Si bien esta pérdida de la guarda está fundamentada en la imposibilidad de atender al menor (art. 172,2 Cc). Este artículo permite la renuncia voluntaria, cuando exista motivo justificado, ya que de otra forma es irrenunciable.

adopción (art. 177,2,2.º Cc). En realidad el asentimiento, creo entender, es un consentimiento más débil, si es que se puede medir éste (42), si bien en el art. 1827 LEC parece considerar «asentimiento» igual a «consentimiento» (art. 173,2 Cc); aunque el art. 1830 LEC parece que los diferencia. Se trata de un consentimiento sin valor negocial, sólo necesario como requisito de eficacia. Por el contrario si los padres se hallan privados de la patria potestad o no son conocidos, no es necesario su asentimiento, ni debe suplir, su falta, el Juez, porque en estos casos no existe privación de la potestad de guarda, ya sea porque están privados de la patria potestad, ya sea, al no ser conocidos, porque no la ostentan, si no ha quedado determinada la filiación. Por tanto, en realidad, debemos decir que sólo son necesarios dos consentimientos, el de la Entidad pública y el de quien acoge al menor. El consentimiento del menor sólo es necesario en el supuesto que haya cumplido 12 años. Y, el de los padres o el tutor, en caso que tengan que otorgarlo, puede ser suplido por acuerdo del Juez.

2.2.2. Acogimiento judicial

Cuando sea el Juez quien deba «acordar» el acogimiento, en los casos que sea necesario que presten el consentimiento los padres o el tutor, y no lo hagan o se opongan, el acogimiento se convertirá en judicial y, el Juez, decidirá unilateralmente «resolviendo lo procedente en interés del menor» (arts. 1828,2 y 3 *in fine* LEC y 173,2 Cc). A la decisión antecede la tramitación de un expediente, dentro del cual tiene que recabar unos determinados consentimientos, no vinculantes, y que son preparatorios para el otorgamiento final del acogimiento familiar. Recabará, en primer lugar, el consentimiento de la entidad pública, salvo que fuera promotora del expediente y el de la persona o personas que acojan al menor. También tiene que recabar el del menor si tiene 12 años. Estos tres consentimientos son suficientes para decretar, unilateralmente, el Juez, el acogimiento familiar. Esto quiere decir que puede, el Juez, valorar estos consentimientos en interés del menor, resolviendo lo que crea procedente (art. 1828,2 *in fine* LEC). El consentimiento del menor no es necesario si tiene menos de 12 años. Los consentimientos de la entidad pública y de los acogedores tienen un doble valor: uno formal, es decir, forman parte del expediente previo que instruye el Juez y que éste valorará unilateralmente a la hora de decidir; otro valor material, esto es, la entidad pública mediante su con-

(42) Para FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, el consentimiento es un requisito esencial del negocio a diferencia del asentimiento. *La adopción*, ADC 1970, p. 725. Para LLEDO YAGÜE, si bien el asentimiento no está definido en el Código civil, entiendo que, no es requisito sustancial, sino complementario y prescindible en algunas hipótesis, del negocio jurídico. *Comentario al proyecto de Ley de Adopción*, ADC 1986, p. 1207.

sentimiento decide desprenderse del ejercicio de la guarda en favor de un tercero, siempre en interés del menor. El acogedor manifiesta su voluntad de asumir el ejercicio de la guarda del menor; y finalmente será el Juez quien resuelva lo procedente.

El consentimiento de los padres o el tutor no se recaba, ya que la constitución del acogimiento se convierte en judicial debido a la oposición de éstos, o bien porque no han comparecido. Sin embargo, el Juez, deberá oír a los padres y al tutor, si no estuvieren privados de la patria potestad, ni suspendidos de su ejercicio (de otro modo no daría lugar a la constitución judicial porque se prescinde de este consentimiento). Esta necesidad de que el Juez oiga a los padres o al tutor cesa cuando «no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutor, o si citados no comparecieren» (art. 1828.3 LEC); es un requisito del expediente que es prescindible (art. 1828,3 LEC). En este caso el Juez puede acordar el acogimiento sin necesidad de oírlos, salvo que aleguen, los padres, que es preceptivo su consentimiento, según se desprende de las reglas comunes «para el acogimiento de menores y la adopción», en el art. 1827 LEC, que dice textualmente: «...en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal». Cabe, por tanto, en el caso que se proceda a la constitución judicial del acogimiento, por causa de haberse opuesto los padres, al mismo, que el ser citados para oírlos manifiesten nuevamente su oposición al acogimiento y en tal caso el Juez debe interrumpir el expediente y conocer esta oposición. Según se desprende del art. 1827 LEC no es aplicable al tutor.

No se trata, por tanto, de prescindir totalmente del consentimiento de los padres, cuando se opongan, y constituir, el Juez, el acogimiento, sino que éste debe ventilar, mediante juicio verbal, tal oposición. Creo que es posible mantener que no se trata tanto de que el Juez, tramitada la oposición de los padres, no proceda al acogimiento, porque si se ha iniciado es porque existe alguna de las causas que lo hacen necesario (art. 172,1 y 2 Cc), sino que se proceda a la elección de otra persona o personas para acoger al menor, e incluso, tener en cuenta que los padres prefieran un internamiento para su hijo. En estos casos, el Juez, aún teniendo discrecionalidad para decretar el acogimiento debe ponderar el interés del menor (art. 1826,1 y 1828,2 LEC).

Cuando el menor no tenga 12 años puede, el Juez, prescindir de su consentimiento, pero no de oírlo (art. 1828,2 LEC), si tiene suficiente juicio. El derogado art. 1827 LEC determinaba para la adopción que «cuando el adoptando sea mayor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice». Esta necesidad de explorar al menor, mayor de siete años, para ser oído, ha quedado suprimida. Sin embargo, es obvio, ante la necesidad de oír al menor, que

tiene el Juez, si tiene suficiente juicio, no le queda otra solución que explorarlo previamente, de otra manera no puede determinar si tiene suficiente juicio para ser oído. En la Exposición de Motivos de la ley 21/1987 dice que deberá tenerse en cuenta la negativa del menor, no sólo cuando sea mayor de 12 años y debe prestar su consentimiento, sino también cuando siendo menor de esta edad tenga suficiente juicio.

Cuando la formalización del acogimiento es judicial los consentimientos no son declaraciones de voluntad dirigidas a crear un negocio jurídico sino que son meros trámites de formación de un expediente que finalizado, sólo es el Juez quien, unilateralmente, lo «acuerda».

2.2.3. *Negocio complementario*

El otro negocio, que es accesorio del de acogimiento, ha de ser de carácter oneroso. El art. 173,2 Cc. determina que el acogimiento se formalizará «con expresión de su carácter remunerado o no». Posiblemente estamos ante un negocio atípico, como el que efectúan los padres al internar a su hijo en un colegio extranjero para seguir unos determinados estudios; pero es evidente que puede configurarse como un arrendamiento de servicios, que a cambio de una retribución se presta una determinada actividad (educar, alimentar etc.). No creo que pueda configurarse como un arrendamiento de obra, porque no se trata de profesionales, no se exige una determinada pericia, ni se contrapresta un resultado, con independencia de la actividad llevada a cabo para conseguirlo.

En este negocio accesorio son esenciales dos consentimientos, el de la persona o personas que reciben al menor en acogimiento y el de la Entidad pública. No entiendo que sea necesario el consentimiento de los padres, en un caso, porque puede que este consentimiento, incluso, no sea necesario para el negocio principal, y en otro caso que sería el enunciado en el art. 172,2 Cc, porque es la Entidad pública quien tiene la facultad de mediación en los acogimientos, aunque sean los padres quien, en último caso, si ello fuere posible, sean quienes paguen la contraprestación a la Entidad pública para que ésta la entregue a los acogedores.

Dado que se tratan de dos negocios consensuales se tendrá en cuenta los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación, falta de capacidad), para poder declarar su nulidad o anulabilidad. Si se declara nulo el negocio principal conllevará la nulidad del negocio accesorio, no a la inversa.

2.3. DIVERSAS FASES DE LA FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

La formación del expediente de acogimiento familiar pasa por diversas fases: la promoción, la formación del expediente y termina con la constitución o formalización del acogimiento familiar.

La formalización o constitución del acogimiento familiar puede ser administrativa o judicial y debe ser siempre en interés del menor (confr. art.173,2 *in fine* Cc y 1826.1; 1828,2 *in fine* LEC). El interés del menor, en la constitución del acogimiento está siempre presente, tanto dándole entrada para prestar su consentimiento, si tiene 12 años, como oyéndole si es menor de esta edad, pero tiene suficiente juicio. Se refleja en el procedimiento administrativo (art. 173,2 Cc) como en el judicial, dando entrada al Ministerio Fiscal (art. 1828,1 LEC); así como al encomendar a las entidades públicas la propuesta y vigilancia del acogimiento (confr. arts.173,2; 172,3; 174,3 Cc) y al Ministerio Fiscal (art. 174,1 Cc). En la E de M, en su párrafo quinto dice que «aunque el acogimiento se formaliza en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su iniciación, a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al necesario control judicial», de esto se deduce que la formalización del acogimiento familiar es, en primer lugar, administrativa y, subsidiariamente, cuando se den unas determinadas circunstancias, ha de ser judicial.

1. Promoción del expediente.

Si la formalización es administrativa, la promoción corresponde a la Entidad pública (art. 173.2 Cc). Si la formalización es judicial, la promoción corresponde al Ministerio Fiscal o a la Entidad pública (art. 1828.1 LEC).

2. Formación del expediente.

1.º En primer lugar si la formalización es administrativa, la Entidad pública es quien la promueve e instruye el expediente. El expediente refleja el negocio jurídico de acogimiento (43) haciendo constar los consentimientos prestados por la entidad pública, tenga o no la tutela (ya que es la titular de la guarda); el de la persona o personas que acogen al menor y el de éste, si tiene 12 años (art. 173,2 Cc); como el consentimiento de los padres o tutor del menor, siempre que sean conocidos y no estén privados de la patria potestad (art. 173,2 Cc). También se hace constar en el expediente el carácter de remunerado o no del acogimiento (Art. 173,2 Cc).

2.º La formalización ha de ser judicial cuando se opongan los padres o el tutor o éstos no comparecieran para prestar su consentimiento (art. 173,2 Cc). Para la formación del expediente se requiere que consten unos determinados consentimientos (confr. art. 1828,2 LEC). En primer lugar el de la entidad pública siempre que no sea promotora del

(43) La doctrina ha calificado el negocio por formalización administrativa de «concesión administrativa», según SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen...*, cit., p. 64. De «Acogimiento negocial», según VALLADARES RASCÓN, *Notas urgentes...* cit. p. 39; también ha sido calificado por RUIZ-RICO de «negocio especial de Derecho de familia», *La tutela 'ex lege', la guarda...* cit., p. 24. PILLADO MONTERO dice que es «un negocio entre la entidad pública y el acogedor», *Notas sobre el Proyecto...*, cit. p. 449. Vid. Su naturaleza jurídica en el presente trabajo.

expediente de constitución de acogimiento familiar. Además deberá constar el consentimiento de la persona o personas que acojan al menor y, el de éste si tuviere más de 12 años. Además de estos consentimientos se exigen otros requisitos que deben constar en el expediente y estos son la audiencia de los padres o tutor y la del menor de doce años si tiene suficiente juicio (art. 1828 LCE). Es lógico que no tengan que prestar su consentimiento, ya que la formalización judicial implica que los padres se han opuesto al acogimiento o bien que no han comparecido para prestarlo (confr. art. 173,2 Cc). En este supuesto, que los padres no hayan comparecido, siempre que hayan sido citados, el juez puede prescindir del trámite de oírlos; igualmente podrá prescindir si no se conoce el paradero o domicilio de los padres; ambos supuestos son aplicables, también, al tutor, dice el párrafo tercero del artículo 1828 LEC; cosa que no parece muy lógica ya que tratándose de un caso de abandono, como se trataría, correspondería la apertura de la tutela automática, en consecuencia el tutor sería la Entidad pública correspondiente. Y también se oirá al menor de doce años, que tuviere suficiente juicio.

Para la formación del expediente de acogimiento, el Juez «podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas» a fin de que el acogimiento «resulte beneficioso para el menor» (art. 1826.1 LEC).

Todas las actuaciones que se realicen para la formación del expediente, cuando la formalización es judicial, se llevarán a cabo con la intervención del Ministerio Fiscal (art. 1825 LEC).

3. Formalización o constitución del acogimiento.

Promovido y formado el expediente de acogimiento familiar, termina con la formalización o constitución del acogimiento.

Si la formalización ha sido administrativa, se otorga el acogimiento por la Entidad pública por escrito (art. 173.2 Cc). Deberá remitirse copia de los escritos de formalización administrativa al Ministerio Fiscal (art. 174.2 Cc).

Si la formalización es judicial, el acogimiento será acordado unilateralmente por el Juez (art. 1828.2 LEC), mediante auto, contra el cual cabe recurso de apelación en un sólo efecto (art. 1828.6 LEC).

2.4. SUJETOS DE LA GUARDA Y DE SUS DOS MODALIDADES DE EJERCICIO

1. El sujeto activo o titular de la potestad de guarda es la Entidad pública y ésta puede delegar el ejercicio de la función de guarda en el Director del establecimiento o en una persona o personas que acojan al menor.

En el supuesto de «acogimiento familiar» la delegación de la función se otorga a la persona o personas que lo reciban (172,3 Cc), que serán los sujetos activos del ejercicio de la guarda. Que se refiera a per-

sonas, parece que deben constituir una familia (confr. art. 173,1 Cc); esta familia puede ser matrimonial o de hecho (44). También puede ser sujeto activo una sola persona; esto significa que una sola persona puede acoger al menor, sin que sea preceptiva la existencia de familia, cosa que parece en contradicción con el art. 173,1 Cc, que establece la plena participación del menor en la familia. No sabemos si estamos ante una modificación del concepto de familia (45), entendiendo ésta como la compuesta sólo por la persona que acoge, ya que no puede darse entrada al menor porque este tiene el derecho a la plena participación en la familia (46). Sin embargo no es lo mismo vida de familia, que vida en familia. Es posible que la ley contemple, en este supuesto, el caso de las Aldeas Infantiles, donde una persona se hace cargo de los deberes de guarda de un grupo de menores, semejante a lo que se entiende por familia. La persona que acoge, aunque no sea una familia, debe dar al menor una vida como de familia.

En cuanto a la capacidad que debe tener la persona o personas que acogen al menor, la ley guarda silencio; parece que es oportuno exigir la plena capacidad de obrar. En materia de acogimiento no creo que se pueda aplicar, analógicamente, el artículo 157 Cc que rige en materia de patria potestad, porque el art. 157 Cc da solución a la relación de filiación que surge respecto de un menor no emancipado, cuya relación comporta la patria potestad. En cambio la relación de acogimiento es negocial, y aunque el contenido no es patrimonial, no es menos cierto que se trata de una figura afín a la adopción, que se exige una capacidad especial (47).

Si se trata de un acogimiento familiar «con vistas a la adopción» no podrán ser sujetos acogedores aquellos en quienes concurren causas que impidan ser adoptantes (confr. art. 175 Cc), porque no sería en interés del menor este acogimiento si, posteriormente, por no

(44) Por analogía con la adopción (confr. disp. adicional tercera, que denomina «pareja permanente»).

(45) FINOCCHIARO/FINOCCHIARO, entienden que familia, dicen textualmente: «cioè di una coppia di persone conviventi». *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n.º 184)*. Milano 1983, p. 23.

(46) EGEA I FERNÁNDEZ entiende que el concepto de familia surge a posteriori, será a partir del acogimiento que se creará un grupo social i jurídico formado por el menor y la persona que acoge. *La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985 de Juny de protecció de menors. L'acolliment*. RJC. 1987, p. 319.

En la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida, se baraja de nuevo el concepto de familia formada por «mujer sola» a la que se le aplica dichas técnicas reproductoras y se añade expresamente «desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia». Por tanto el concepto de familia surgiría a posteriori, como indica EGEA.

(47) SANCHO REBULLIDA entiende que no es de aplicación analógica la capacidad para adoptar, sino que debe exigirse tan sólo la plena capacidad de obrar. *El nuevo régimen... cit.*, p. 62.

concurrir las cualidades para ser adoptante se tendría que proceder a un cambio de sujeto activo. Sin embargo, que el acogimiento sea preadoptivo no se sabrá *a priori*, porque no lo califica, expresamente, la ley 21/1987 (48), aunque se desprenda de la E. de M.; sin embargo el Convenio Europeo (49) en materia de adopción de menores, n.º 58 de 24 de abril de 1967, en su art.17 recomienda que la adopción sólo pueda acordarse cuando el menor, previamente, se haya confiado en acogimiento y la autoridad judicial aprecie las relaciones que se establecerían entre adoptante y adoptado, si la adopción fuese concedida.

2. El sujeto pasivo es el acogido o internado, el menor, sometido a tutela automática u ordinaria, o bien a patria potestad.

Que sea menor es esencial para constituir el acogimiento, no para seguir acogido. Se puede seguir en régimen de acogimiento siendo mayor de edad, si voluntariamente se acepta seguir conviviendo con los acogedores, y esto se desprende del art. 176,2,4.º Cc, que permite la adopción de mayores de edad o menores emancipados, en relación con el art. 175,2 Cc que preceptúa que sólo podrán ser adoptados los menores no emancipados, salvo que inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación de acogimiento.

Además del menor de edad, podría darse entrada, también, como sujeto pasivo al mayor de edad incapacitado (50), tanto que se halle bajo tutela ordinaria como bajo patria potestad prorrogada o rehabilitada. La ley no lo contempla, sino que se trata de una ley de protección de menores y sólo son menores los que tengan menos de 18 años; también se considera menor al que esté emancipado (51). En la guarda de hecho puede ser sujeto pasivo el incapaz, por tanto, aunque sea mayor de edad puede estar colocado en guarda de hecho (ex art. 303 Cc), pero no puede estar en situación de acogimiento porque la propia ley lo limita a los menores de edad.

(48) El Proyecto de Ley (BOCG, de 10 de marzo de 1986) tenía en cuenta la preferencia para acoger al menor de las personas que cumplieran las condiciones para adoptar al menor, según se disponía en el art. 173,1 de dicho proyecto.

(49) ARCE Y FLOREZ-VALDÉS entiende que «no hubiera sido superflua una más atenta reflexión sobre el contenido del art. 17 del Convenio europeo en materia de adopción de menores», *El acogimiento familiar y la adopción...*, cit., p. 751.

(50) HAZA DÍAZ, Pilar de la, se manifiesta a favor de una interpretación más flexible en los supuestos de mayores, que no puedan gobernarse por sí mismos, entendiéndose que cabe la asunción de la tutela automática (y por tanto, entiendo, puede derivarse el acogimiento) por parte de las entidades públicas, para que asuman su asistencia en tanto se les incapacita y se les nombra tutor, *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar ...*, cit., p. 982.

(51) SANCHO REBULLIDA entiende que el menor emancipado queda englobado como sujeto pasivo de esta ley. *El nuevo régimen...*, cit., p. 37. FELIÚ REY dice que: «se atiende a la protección del menor «in genere» con independencia de su ámbito de capacidad de obrar». *Breve estudio de las nuevas figuras introducidas ...* cit., p. 807.

2.5. EL INTERÉS DEL MENOR

El interés del menor queda patente desde el inicio del procedimiento de constitución del acogimiento y, posteriormente, durante el acogimiento, por ello vamos a ver este «interés» desde un doble plano:

1) Ya en la constitución del acogimiento familiar existe un deber hacia el menor que es procurar su interés. Incluso en la fase previa a la formalización de la constitución del acogimiento tanto administrativo, como judicial debe realizarse en interés del menor (confr. arts.173,2 *in fine* Cc y 1828,2 *in fine* LEC). Este interés está patente tanto dándole entrada para prestar su consentimiento, si tiene 12 años, como oyéndole si es menor de esta edad, pero tiene suficiente juicio. Se refleja, también, en todo el procedimiento de constitución del acogimiento (art.173,2 Cc) y dando entrada al Ministerio Fiscal (art.1828 LEC). Como, también, al encomendar a las entidades públicas la propuesta y vigilancia del acogimiento (confr. arts. 172,3; 173,2; 174,3 Cc), así como al Ministerio Fiscal (art. 174,1 Cc). Este interés del menor también se ve reflejado en impedir funciones de mediación de acogimientos a personas o entidades que no sean calificadas como tales (disp. ad. primera, prop. cuarta) y, exigiendo una serie de requisitos y controles para habilitar a las entidades privadas colaboradoras (disp. ad. primera, prop. segunda, tercera y quinta). Y, en suma, exigiendo reserva a las personas que presten sus servicios en estas entidades públicas o colaboradoras sobre la información del menor (disp. ad. primera, prop. séptima y art. 173,4 Cc y art. 1826,2 LEC).

2) Este interés del menor queda, también, reflejado en las funciones de vigilancia, que corresponde al Ministerio Fiscal, siendo, también, responsable la entidad pública (art. 174,1 y 3 Cc). Estas funciones de vigilancia se estructuran mediante la comprobación de la situación del menor, semestralmente, y promoviendo, si fuera necesario, ante el Juez, las medidas de protección que estime oportunas (art.174,2 Cc). Por su parte la entidad pública está obligada a dar noticia al Ministerio Fiscal de los nuevos ingresos de menores, así como remitirle copia de los escritos de las formalizaciones de acogimientos (art.173,2 Cc); también está obligada a vigilar el acogimiento, ya sea ejercido por el director del establecimiento o por persona o personas que acojan al menor (art. 172,3 Cc), y a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que detecte en el ejercicio del acogimiento (art.174,3 Cc).

2.6. CONTENIDO DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El efecto que produce la constitución de acogimiento familiar es crear una relación de ámbito personal entre acogedor y acogido y esta relación que se crea produce unos determinados derechos y deberes.

El contenido del acogimiento está compuesto, esencialmente, por deberes o funciones que pesan sobre el sujeto activo que acoge al menor, aunque puedan existir unos determinados derechos.

El conjunto de obligaciones que tiene quien acoge al menor son equiparables a las que tiene el titular de la patria potestad, que tenga atribuido el ejercicio (art.154,1 Cc), y las que tiene el tutor de persona (269 Cc), y éstos son los propios de la guarda (52), aunque se debe matizar: sólo comportan deberes personales y no patrimoniales (art.154,2 Cc), se trata, esencialmente, de los deberes de custodia, educación y alimentación. Una vez cesa el acogimiento familiar no existe una norma como la del art. 304 Cc para la guarda de hecho; en este caso no se pueden impugnar los actos (53) llevados a cabo por el guardador, si redundan en utilidad del menor o del presunto incapaz, lo que quiere decir que si no redundan en su utilidad son impugnables. La razón está en que el acogimiento sólo actúa en el ámbito personal (art. 269, 2.º y 3.º Cc) y no patrimonial; pero no es menos cierto que pueden existir actos, en el ámbito personal que sean desacertados, piénsese en decisiones sobre educación, salud etc., que podría ser oportuno interponer la consiguiente impugnación. Y esto porque cuando los padres o tutor no están privados de la patria potestad, aunque mantengan en suspenso la potestad de guarda, son los representantes legales del menor, aunque la titularidad de la guarda la ostente la entidad pública.

Sin embargo no hay que olvidar que las funciones del que acoge, son normas de la guarda, cuya titularidad corresponde a la Entidad pública (art.172,3 Cc) y están sometidas a la vigilancia del Fiscal y de la Entidad pública correspondiente. Incluso en los casos en que se constituye la guarda o acogimiento, a solicitud de los padres, sin que entre la tutela automática, podría entenderse que tienen que tenerse en cuenta las instrucciones paternas (54) o del tutor, que de no seguirlas, se po-

(52) PERLINGIERI/PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, entienden que los derechos-deberes que pasan del titular de la patria potestad al acogiente son los ligados a la convivencia. *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*. Quaderni della Rassegna, Napoli 1984, p. 57.

(53) La clase de actos que puede ejecutar el guardador y no pueden impugnarse si redundan en su utilidad son cualquier tipo de acto. ROGEL VIDE, Carlos dice «no podrán ser impugnados —nada menos—, y, además, no sólo los actos meramente conservativos, ni sólo los actos de administración —ordinaria o extraordinaria que ésta sea—, sino los actos, sin más paliativos todos los realizados, parece desprenderse, cualquiera que sea su especie, incluidos los dispositivos. *La guarda de hecho, cit.*, p. 31.

(54) El art. 5,1 de la ley de 4 de mayo de 1983, sobre la adopción y el acogimiento, en Italia, contempla la necesidad de tener en cuenta las indicaciones de los padres y del tutor.

EGEA FERNÁNDEZ también entiende que deben seguirse las indicaciones de los padres en los supuestos en que los padres tengan la patria potestad sobre los hijos (art. 172,2 C.c.). *La Protección de menores...*, cit., p. 74.

dría proceder a su impugnación, ya que siguen siendo sus representantes legales. No hay que olvidar que los padres pueden pedir el cese del acogimiento, en cualquier momento (art. 173,3.º Cc). En especial entiendo que cuando el acogimiento es remunerado deben seguirse las indicaciones de los padres, piénsese por ej. en la posibilidad de indicar, los padres, el tipo de centro donde el hijo deba realizar sus estudios.

En el contenido del acogimiento familiar hay obligaciones que son comunes a la patria potestad y a la tutela, sin embargo hay otras que no las tiene el tutor (por ejemplo tenerlo en su compañía, confr. art. 269 Cc), y otras que tiene el titular de la patria potestad y no las tiene quien acoge (ej. la representación y administración de los bienes, art.154,2 Cc). El problema surge respecto al derecho de representación en el ámbito personal, piénsese, por ejemplo en materia educativa: firma de calificaciones, cambio de centro educativo; o en materia de salud; o en el ámbito de los derechos de la personalidad, cuando el menor no pueda actuar por si mismo.

Parece evidente que el acogimiento no contiene el derecho de representación (ex art.1828,5 LEC), será aconsejable que en el ámbito de la representación personal, propia de la guarda, que sea el que acoge quien tenga esta representación, en aras al buen funcionamiento del acogimiento, o cuando menos la ostente la entidad pública que es la titular de la guarda, porque no debemos olvidar que éste se constituye, precisamente, por circunstancias que dificultan la protección de menores, ya sea por causas imputables a los padres o al tutor o bien por causas inimputables.

El derecho de representación siguen ostentándolo los padres o el tutor ordinario. En algunos supuestos no planteará problemas, los padres o el tutor actuarán en este ámbito; los problemas pueden surgir cuando exista imposibilidad de los padres de ejercer tal derecho. De la ley de 1987 no se desprende que la facultad de representación la tenga la Entidad pública, ya que ésta asume sólo la guarda, que no implica representación legal, excepto en los supuestos que asuma la tutela automática, que debe entenderse, como se ha dicho anteriormente, que se configura como el tutor de persona, en el ámbito de la tutela ordinaria; por tanto la entidad pública, en estos supuestos, ostentará la representación legal en el ámbito personal del menor.

2.6.1. Deberes del que acoge y del acogido

El primer deber del acogimiento es la plena participación del menor en la vida de familia (art.173,1 Cc). Esto constituye un deber para el sujeto que acoge al menor, cuando se trata de personas que lo acogen. Este deber no puede predicarse de la institución, por cuanto no tie-

ne el carácter de familia. Inversamente se trata de un derecho del menor a la plena participación en la vida de familia (55).

1. Las otras obligaciones que tiene quien acoge son comunes a la patria potestad y a la tutela, porque son comunes al concepto de guarda y son: velar por él; alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art.173,1 Cc; confr. con los arts.154,1 y 269 Cc). Aunque no lo diga la ley, parece que es deseable que se observe un pleno respeto al desenvolvimiento de su personalidad. La obligación del acogedor, entiendo que, se reduce a ofrecer al menor cuanto sea necesario para su pleno desarrollo de forma proporcional a las posibilidades económicas de la familia que lo acoge, salvo que sea remunerado, en cuyo caso tendrá que seguir las instrucciones de quienes ostentan la titularidad de la patria potestad o del tutor, en su caso, o de la entidad pública, que es la titular de la guarda, cuando tenga la tutela automática.

Tampoco dice la ley, pero parece oportuno, en vistas a la finalidad que debe perseguir el acogimiento (la reinserción en la familia de origen), el deber de cuidar al menor de forma sustitutiva, y no antitética a la de los padres por naturaleza, ya que se debe procurar la reinserción del menor en su familia de origen. No hay que olvidar, sin embargo, que en la Ley de 1987, el acogimiento es sólo el ejercicio de la guarda, cuya titularidad la ostenta la Entidad pública (art.172,3 Cc), por tanto las directrices deberá marcarlas la Entidad pública, en cuanto titular de esta guarda, siempre compatibilizándolo con la representación legal que tienen los padres o el tutor.

Otra obligación propia del acogimiento y la patria potestad y que no lo es en la tutela, es la de tener al menor en su compañía (art.173,1 Cc). Propia, también, del acogimiento y de la patria potestad (art.161 Cc) es la obligación de dejar a los padres el derecho de visita; la nueva redacción del art.161 Cc dispone que «tratándose de un menor acogido, el derecho que a sus padres corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor»; este artículo reconoce a los padres el derecho de visita, salvo que el Juez determine lo contrario. También se desprende del n.º 4 del art.172 Cc, donde preceptúa que se procurará la reinserción del menor en su propia familia, así como el art.1826 LEC que determina que el Juez puede «practicar» cuantas diligencias estime oportunas en beneficio del menor, por tanto este derecho garantiza, judicialmente, su ejercicio. De ellos se puede desprender, tanto la necesidad del derecho de visita, para procurar la reinserción del menor en su propia familia, como la prohibición de este derecho cuando redunde en perjuicio del menor. Salvo disposición ju-

(55) ARCE FLOREZ-VALDÉS, afirma que el acogimiento familiar podría producir «el acceso a la adopción transcurrido un año, sin requerir propuesta de la entidad pública (art 176,2,3.º Cc.)». *El acogimiento familiar. ... cit.*, p. 763.

dicial que así lo determine, es derecho del menor y de los padres, poder visitarlo y relacionarse con el menor. Como vimos anteriormente, el derecho de visita siempre se otorga cuando se suspende el derecho de guarda y en favor del sujeto que tiene suspendido este derecho.

Si quienes acogen son matrimonio o pareja de hecho deben proceder de consuno en la guarda y educación del acogido; es posible acudir al Juez en caso de desacuerdos (por aplicación analógica del art.156,2 Cc), que de ser reiterados, el Juez podrá atribuir el ejercicio del acogimiento a uno de los dos cónyuges.

Parece que entre los deberes de los que acogen está el de corregir moderadamente al acogido, ya que es propio de la función de educarle, y no es exclusivo de la cualidad de padres, sino de las funciones de guarda (ex art.268,2 Cc).

La obligación de promover la tutela (art.229 Cc) no lo es del supuesto de acogimiento legal, porque existe la tutela automática o bien patria potestad y tutela ordinaria, sólo lo es para el supuesto de acogimiento sin formalización, de acuerdo con este Código, es decir de la guarda de hecho.

El sujeto activo es también responsable extracontractualmente de los daños causados por el acogido (art.1903,2 y 3 Cc), ya que la responsabilidad se deriva de la guarda (56).

2. En cuanto al menor la ley no determina cuales son sus deberes (57); analógicamente podría aplicarse los deberes del hijo sometido a patria potestad. El deber de respetar y obedecer a quien acoge no se deriva de la procreación sino de la contrapartida hacia quien ejerce los deberes de guarda (ex art.268,1 Cc).

2.6.2. Derechos del que acoge y del acogido

1. Además de los deberes existen, también unos derechos del sujeto activo. En primer lugar, es derecho del sujeto activo, cuando no se

(56) DÍAZ ALABART entiende que «la *ratio* de la responsabilidad de los padres y tutores se apoya sobre dos pilares. Uno, la obligación de unos y otros de ocuparse de los menores y tutelados, por mor de la relación de filiación o tutela que les une con ellos, tanto para cuidar de esos mismos menores o incapacitados como para que no causen daño a otros. Y otro, la posibilidad de ejercitar esas funciones por medio de los poderes y facultades que sobre aquéllos les concede la ley y la sociedad. Esta razón no se da más que en el caso de padres y tutores, y no en el de los demás parientes, pues a éstos les falta la obligación y los correlativos poderes que ésta lleva consigo». *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*. ADC, julio-septiembre 1987, p. 824. Entre acogedor y acogido existe, efectivamente la relación de acogimiento, y ésta implica ejercicio de la guarda, que a su vez implica cuidado sobre el menor.

(57) VALLADARES RASCÓN entiende que le son de aplicación los propios de la patria potestad. *Notas urgentes sobre la nueva...*, cit., p. 37. ARCE Y FLOREZ-VALDÉS entiende que «a los acogedores les asiste la facultad de exigir obediencia del menor acogido». *El acogimiento familiar...*, cit., p. 763.

trate de establecimiento, sino de persona o personas particulares, y siendo el acogimiento previo a la adopción, ser informado sobre la salud del menor (disposición adicional primera, proposición 8).

Otro derecho que goza, la persona o personas particulares que acogen, es que el acogido quede integrado en el régimen de la Seguridad Social, siempre que el sujeto activo gozare de este beneficio (disposición adicional cuarta).

También tiene derecho a la remuneración, por el acogimiento, si este ha sido estipulado como remunerado (art.173,2 Cc). Sea remunerado o no, parece que es obligación del que acoge, correr con todos los gastos derivados del acogimiento. La doctrina asimiló la guarda de hecho a la gestión de negocios ajenos; por tanto, sería de aplicación las normas de responsabilidad e indemnización por los gastos hechos por el gestor (arts.1893 y 1894 Cc); esta conclusión es debida a que el guardador actúa como tutor, por tanto actúa en el ámbito patrimonial, cosa que no ocurre con el guardador, además es una figura más afín a la del adoptante. Sin embargo, para la guarda de hecho el art.306 Cc dispone que «será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el art.220 Cc respecto al tutor». Este art. 220 Cc confiere al tutor un derecho a ser indemnizado, a cargo de los bienes del tutelado, si sufre daños en el ejercicio de su función. Para que se de este derecho tiene que concurrir: la existencia de daños y perjuicios; que éstos se ocasionen debido al desempeño de las funciones propias del cargo; que no exista culpa por parte del tutor; y, por último, que no tenga otro medio de resarcimiento. Es posible entender que el art. 306 Cc pueda aplicarse analógicamente al acogimiento familiar, sin embargo ya se ha dicho que esta institución es más afín a la adopción que a la tutela o a la guarda de hecho (que no deja de ser, ésta, una tutela de hecho, ya que tiene contenido patrimonial).

2. Existen otros derechos que tiene el menor, y es el de vigilancia sobre el funcionamiento del acogimiento. Esta vigilancia incumbe al Fiscal, y en colaboración con el Fiscal está obligada la entidad pública (art. 174 Cc y 1826 LEC). Como, también, el derecho de que sean confiados, los hermanos a una misma persona o personas, en definitiva, a que no se les separe, salvo que sea perjudicial para el menor (confr. art. 172,4 Cc). Como, también, parece que se desprende del art. 172,1 y disp. ad. primera, aunque no esté formulado de modo explícito, es que viva en la región donde residía el menor, antes de producirse el acogimiento, y ello para facilitar las relaciones con sus padres, así como no producir un perjuicio al menor, al separarle de su entorno habitual.

También tiene derecho el menor a comunicarse con los padres, ya que éstos tienen el derecho de visita (art. 161 Cc), consecuencia de que el fin del acogimiento es la reinserción del menor en su propia familia (ex art. 172,4 Cc).

3. Otro derecho que goza el que acoge y, en particular el acogido, es el derecho de reserva (confr. arts.173,4 Cc; disposición adicional primera, proposición 7 y art. 1826,2 LEC).

2.6.3. Los gastos derivados del acogimiento

La ley de 1987 no determina a cargo de quien corren los gastos de alimentación y educación del menor. Del art.173,1 Cc se desprende que las personas que tienen en acogimiento familiar a un menor deben alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Ciertamente esto son deberes que se imponen al sujeto activo, sin embargo estos deberes parece que imponen que, efectivamente, los gastos que producen la alimentación y la educación corren a cargo de estos sujetos.

El Decreto de 11 de junio de 1948, de Tribunales Tutelares de Menores establecía unas directrices, al respecto. En su art. 12 disponía el deber de los padres, si disponían de medios suficientes, de satisfacer las pensiones para educación, fijadas por el Presidente del Tribunal, tanto si el menor estaba entregado en acogimiento familiar, como internado en un establecimiento público. En los arts. 25 y 26 de este Decreto se dan las directrices de cuando el menor es sustentado por cuenta de los padres o por cuenta de los Municipios. Y más concretamente en su Reglamento se determina quienes deben contribuir en caso de no poderlo hacer los padres o el mismo menor, así como la proporcionalidad (arts.149; 150; 151; 153).

En un intento de suplir la falta de regulación legal, es posible afirmar que, si el acogimiento se ha constituido con el consentimiento de los padres o, en su caso, del tutor (art. 173,2 Cc), es posible mantener que los gastos corren a cargo de los padres, o a cargo del patrimonio del acogido, cuando éste está sometido a tutela, porque sobre estos patrimonios pesa la obligación. Si bien puede hacerse la salvedad en el supuesto que se haya constituido el acogimiento, a instancias de los padres o el tutor, por falta de medios materiales para alimentarlo. En estos supuestos y cuando el menor esté sometido a tutela automática, por encontrarse en situación de abandono, y careciendo los padres o el tutor, si son conocidos, de medios, cabe pensar que los gastos corren a cargo de los sujetos que lo acogen.

En Derecho francés se distinguen dos supuestos: el caso regulado en el art. 375 del *Code*, que podría corresponder al supuesto del art. 172,1 del Cc., y el supuesto de delegación de las funciones de la patria potestad del art. 377 del *Code*, que correspondería, en cierto modo al supuesto del art. 172,2 Cc.; para ambos supuesto se regulan, en el *Code*, sobre quien recaen los gastos que se derivan de la asistencia al menor. Así, para el primer supuesto el art.375-8 del *Code* dispone: «Les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie». En cuanto al segundo supuesto el art. 377-2, segundo párrafo del *Code* dispone: «Dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le tribunal met à leur charge, s'ils ne sont indigents,

le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien». Por tanto, salvo el caso de insolvencia de los padres, son éstos los que corren con los gastos de los hijos, en los supuestos de delegar la guarda de los mismos a un tercero.

2.7. CESACIÓN DEL ACOGIMIENTO. EL EXPEDIENTE DE CESACIÓN

El acogimiento está presidido por la nota de temporalidad: o se trata de un acogimiento, que desembocará en la adopción o tiene como finalidad la reinserción del menor en su familia de origen.

2.7.1. *Causas de cesación*

Si se dan una serie de causas, ya sea por adopción, por reinserción en la familia de origen o bien por obtener el beneficio de la mayor edad, puede cesar el acogimiento por decisión del Juez o de unas determinadas personas que contempla la ley, según se haya formalizado el acogimiento judicial o administrativamente. Parece que no es causa de extinción la constitución de la tutela ordinaria, ya que entre los deberes no está el tenerlo en su compañía (ex art. 269 Cc). Entiendo que podría continuar, el menor, en régimen de acogimiento familiar aún constituyéndose la tutela ordinaria. Como es causa de extinción, las propias que extinguen las relaciones personales, ej. muerte, declaración de fallecimiento etc. del menor; que si se trata del sujeto que acoge no producirá la cesación del acogimiento, sino el cambio de sujeto.

2.7.2. *Procedimiento: con o sin expediente previo*

La cesación del acogimiento deberá ser previo expediente (art.1828,4 LEC), cuando se haya constituido judicialmente; o bien, simplemente por decisión de unas determinadas personas que contempla la ley.

Si se ha constituido judicialmente sólo podrá cesar judicialmente, mediante resolución judicial de cesación (art.173,3 *in fine* Cc). Si se ha constituido administrativamente, cabe la cesación por voluntad de las personas que determina la ley, y, también, por decisión judicial (art. 173.3.1.º Cc).

2.7.3. *Decisión de cesación*

- 1.º Por resolución judicial.

Para que cese judicialmente el acogimiento, el Juez debe iniciar un expediente de cesación del acogimiento (art. 1828,4 LEC). Este expediente se inicia de oficio o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal, o bien de las personas que lo tengan acogido.

Son causas para que cese el acogimiento por resolución judicial (art.173,3,1.º Cc) la constitución de la adopción del menor (art.176,1 y 2,3.º Cc); la concesión del beneficio de la mayor edad (art.321 Cc); que judicialmente se acuerde la recuperación de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, en los casos que se haya perdido por disposición judicial. Y en todos aquellos supuestos en que se haya constituido el acogimiento judicialmente, cuando, el juez, en interés del menor lo determine (art.173,3 *in fine* Cc), así en los casos que se nombre tutor según las reglas ordinarias (ex art. 239,2 Cc), que cesa la tutela automática, puede cesar, también el acogimiento. «Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación a la entidad pública» (art. 173,3,2.º Cc y 1828,4 LEC). En este supuesto se requiere, además, que el Juez declare la cesación del acogimiento, aunque este supuesto no da lugar a la extinción del acogimiento, sino que cesa un determinado acogimiento por una persona o personas y se pasa a otro acogimiento o internamiento. También es causa de cesación la «petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía» (art.173,3,3.º Cc y 1828,4 LEC).

En concreto se procederá a cesar el acogimiento judicialmente cuando cesen las causas que judicialmente los provocaron.

No se contempla, específicamente, como causa de extinción del acogimiento, el supuesto de incumplimiento de los deberes propios del «acogedor» así como el inadecuado o imposible cumplimiento de los deberes de guarda (ex art. 172 Cc), si bien más que ante un caso de cesación estaríamos ante un supuesto de sustitución de la persona que acoge. Parece oportuno insistir que corresponde al Fiscal la superior vigilancia del acogimiento y tomar las medidas que le parezcan oportunas (art.174,1 y 2 Cc), y una de estas medidas sería la sustitución de la persona o personas que acogen al menor. Como también cabe que el MF entienda que cesa el acogimiento, que pondrá en conocimiento del Juez para que se inicie a petición del MF el expediente de cesación (art. 1828,4 LEC). Esta iniciativa del Ministerio Fiscal ante esta causa de cesación o cambio de acogimiento puede tomarla, también, la entidad pública (art.1828,4 LEC), ya que le corresponde la vigilancia del acogimiento (art.172,3 Cc), que deberá ponerlo en conocimiento del Juez para que decrete su cesación.

El Juez podrá acordar la cesación del acogimiento siempre que oiga a la entidad pública, al menor, o a su representante legal (ya sean los padres, si conservan la titularidad o el tutor), y a las personas que tengan acogido al menor (art.1828,5 LEC).

2.º Por decisión de las personas que marca la Ley.

En los supuestos que se haya formalizado el acogimiento por la entidad pública, podrá cesar el acogimiento por decisión de los padres o tutor o por decisión de la persona o personas que lo tienen acogido y también por decisión judicial, aunque se haya formalizado administrativamente el acogimiento, en los supuestos que hemos visto.

1) Cesa, también, el acogimiento, cuando así lo decidan la persona o personas que lo tienen acogido, siempre que lo hayan comunicado previamente a la Entidad pública correspondiente (art.173,3,1.º Cc). La causa, por tanto de cesación es la decisión de los sujetos acogedores. Se trataría de una extinción unilateral del ejercicio de guarda. La ley no determina que deba anunciarse tal decisión en un plazo determinado, por tanto el acogimiento cesará ante la decisión del sujeto que acoge, siempre que lo comunique a la Entidad pública; porque de otro modo podría encontrarse, el menor, en situación de desamparo. La ley exige previa comunicación a la Entidad pública; se puede mantener que rige la teoría de la recepción. Hasta que la Entidad pública no tenga conocimiento de la decisión de las personas o persona que tienen acogido al menor, no pueden dejar de cumplir los deberes propios del acogimiento porque redundaría en contra del interés del menor. Si es por decisión de tales personas no significa que las causas que motivaron el acogimiento hayan cesado, en consecuencia, más que causa de cesación del acogimiento, lo es de sustitución; el menor deberá pasar, en acogimiento, a otra persona o personas, o bien a un internamiento en un establecimiento idóneo.

Si el acogimiento es remunerado y estamos, como hemos visto, ante un arrendamiento de servicios, dado que, como hemos dicho, se trata de un negocio accesorio, se extinguirá si se extingue el negocio principal.

2) Otra causa de cesación del acogimiento es la petición de los padres que ostenten la titularidad de la patria potestad o del tutor, que reclamen su compañía (art.1 73,3,3.º Cc). En estos supuestos se tratará de acogimiento sin constitución automática de tutela, sino que, tanto los padres como el tutor habrán solicitado el acogimiento por alguna causa que imposibilite el ejercicio de la función de guarda. Estaríamos, por tanto, ante un cese de la imposibilidad de tal ejercicio. Esta sería una causa de extinción del acogimiento al quedar integrado el menor, nuevamente, en su propia familia. Se trataría de un supuesto de extinción del acogimiento por reinserción en la propia familia. En la ley se presenta como una facultad resolutoria unilateral por parte de los padres, sin control judicial. Parece que no debiera ser suficiente que reclamen su compañía para que cese el acogimiento, sino que será necesario que manifiesten poder atender al menor, de otra forma podría quedar, éste, en situación de desamparo. Sería deseable que se requiriera la intervención del Ministerio Fiscal para adoptar tal medida, en interés del menor y no funcionara como una facultad resolutoria

unilateral. Tampoco se requiere, como se desprende de la ley, la decisión de la entidad pública para cesar el acogimiento; en interés del menor sería aconsejable interpretar que, o bien la entidad pública o bien el Ministerio Fiscal tendrían que valorar la procedencia de cesación del acogimiento.

3.º En ambos supuestos, tanto si se ha constituido judicialmente el acogimiento, como administrativamente, puede cesar el acogimiento por la mayoría de edad. Sin embargo, dado que el acogimiento incide en el plano personal (58), y no interfiere en el plano patrimonial no es esencial la mayoría de edad para que cese el acogimiento. Será voluntad del acogido que cese el acogimiento sin que tenga que intervenir ni la Entidad pública ni el juez, y podría continuar con el contenido de los alimentos, art. 142 Cc.

(58) El acogimiento puede continuar con el contenido de los alimentos (art.142 Cc), que no es, sólo, propio de la menor edad, sino del estado de necesidad, y no hay razón para que no puedan seguir siendo suministrados por el que tiene al mayor en acogimiento.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AMORÓS MARTÍ, Pedro: *La adopción y el acogimiento familiar*. Madrid 1987.
- ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín: *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley 11 de noviembre de 1987*. RGLJ 1987, n.º 5.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *De la guarda de hecho*. Madrid 1984.
- BOUZA VIDAL, Nuria: *La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado*. RGLJ. 1987, n.º 6.
- BOQUE I CALVET, Jaume: *Centres de protecció i acollida: dues realitats compatibles*. Papers d'estudis i formació, decembre 1988, n.º 4. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- CERDA GIMENO: *Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción*. RCDI 1987.
- CUTILLAS TORNS, José María: *Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces*. La Ley, N.º 1879, Madrid 1988.
- DÍAZ ALABART, Silvia: *La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, ADC 1987.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: *Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de adopción*, RCDI 1989.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, RGLJ 1962,1.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: *La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nova regulació)*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona 1989. *La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985 de Juny de protecció de menors. L'acolliment*. RJC 1987.
- FADIGA, Luigi: *El abuso respecto a la infancia*, Papers d'Estudis i Formació. Decembre 1988, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- FELIU REY, Manuel-Ignacio: *Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Actualidad Civil, n.º 35, 1989. *Comentarios a la Ley de Adopción*, Editorial Tecnos, Madrid 1989.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *La adopción*, ADC 1970.
- FINOCCHIARO, Alfio / FINOCCHIARO, Mario: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n.º 184)*. Milano 1983
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Presentación al número monográfico de diciembre de 1987 sobre la Ley 21/1987 de 11 de noviembre*. RGLJ 1987, n.º 5.
- GARCÍA GARCÍA, Inmaculada: *Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español*. La Ley 1988.
- HAZA DÍAZ, Pilar de la: *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español*. RGLJ 1987 n.º 6.
- JORI TOLOSA, José Luis: *La función de la justicia para la protección de la infancia desde una perspectiva práctica*. Papers d'estudis i formació. Decembre 1988, n.º 4. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*. Librería Bosch. Barcelona 1990.
- LLEDO YAGÜE, F.: *Comentario al Proyecto de Ley de Adopción*, ADC 1986.
- LORCA MARTÍNEZ, José: *La tutela «ex lege» o tutela de los menores en situación de desamparo*. Actualidad Civil 1989, n.º 24.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M.^a: *Aspectos procesales de la nueva ley de adopción*. La Ley, abril 1988.
- MARÍN I CAÑADA, Tomás: *Projecte de modificació del Codi civil en matèria d'adopció*. Cuacerns de Serveis Socials, n.º 1. Barcelona, octubre 1986.

- MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMES, Eduardo: *Comentario al proyecto de ley sobre adopción*. Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, n.º 80, 1987.
- MORRAL I FERRER, Carme: *Reflexions sobre una dialèctica entre la nova llei d'acolliments familiars i adopcions, i una perspectiva psicològica*. Papers d'estudis i formació. Decembre 1988, n.º 4. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Perspectiva judicial del acogimiento y de la adopción*, Actualidad Civil 1989, n.º 9.
- PASCUAL ESTEBAN, José Luis: *La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción*. RDN, n.º 140, abril-junio 1988.
- PÉREZ GALLEGO, Roberto: *La guarda y el acogimiento de menores. Examen parcial de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Revista Tapia, n.º 48, octubre 1989.
- PERLINGIERI, Pietro: *Legge 4 Maggio 1983, n.º 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. Le nuove Legge civile commentate, n.º 1-2. Padova 1984.
- PERLINGIERI, Pietro/PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino: *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*. Quaderni della Rassegna di diritto civile. Napoli 1984.
- PILLADO MONTERO: *Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción*. RDP, mayo 1987.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *El nuevo régimen procesal de la adopción*, RGLJ 1987, n.º 5.
- RICO-RUIZ, Francisco: *La función tutelar de las Fundaciones*, RGLJ 1988, n.º 5.
- RIPOLL-MILLET, Aleix/ RUBIOL, Gloria: *L'acolliment familiar*, Barcelona 1988.
- RODRÍGUEZ JORDA, Pilar: *Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática*. Conferencia pronunciada en la mesa redonda, organizada por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1988; presentada por Gabriel GARCÍA CANTERO, recogidas en *El régimen jurídico de la Adopción*. Colección Aragón de bienestar social. Zaragoza 1989.
- ROGEL VIDE, Carlos: *La guarda de hecho*. Madrid 1985.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *La tutela «ex lege» la guarda y el acogimiento de menores*, Actualidad Civil, n.º 2, enero 1988. *El acogimiento y delegación de la Patria Potestad*. Editorial Comares, Granada 1989.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *El nuevo régimen de la familia. IV Acogimiento y adopción*. Cuadernos Cívitas, Madrid 1988.
- VALLADARES RASCÓN, Eitelvina: *Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción*. Poder Judicial, n.º 9, mayo 1988.
- VERA OLIVER, Antonio: *La función integral de los centros de protección: la educación integral*. Papers d'estudis i formació. Decembre 1988, n.º 4, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.

