



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho.

## El menor y la situación de desamparo.

Presentado por:

***Marta Pérez Sierra.***

Tutelado por:

***Fernando Crespo Allue.***

Valladolid, 22 de junio de 2022

## **RESUMEN.**

Este Trabajo tendrá como objetivo exponer la protección de los menores declarados en desamparo en España. De manera inicial se realizará un análisis de los factores a tener en cuenta antes de declarar al menor en desamparo; como por ejemplo la edad o el principio del interés superior del menor; seguidamente se conceptualizará y desarrollará la figura de desamparo.

Se analizará la intervendrán los poderes públicos, las consecuencias y efectos de la declaración de desamparo e incluso la oposición frente a esta declaración. Se expondrán también las distintas medidas de protección adoptadas tras la declaración de desamparo.

Finalmente, este Trabajo intenta dar a conocer el peligro al que se encuentran expuestos los menores de edad, siendo un grupo vulnerable en la Sociedad; y como se les protege por parte de la Administración, teniendo en cuenta el interés superior de este en todo momento y el principio de reinserción en la familia si el anterior principio así lo aconseja.

## **ABSTRACT.**

This essay will have aim to expose the minor's protection, because they had been declared in helplessness. Initially, an analysis of the factors to be taken into account before declaring the minor in helplessness; for instance, the age or the minor's best interest. Next, the figure of helplessness will be conceptualized hand developed.

The public powers will interpose, the consequences and effects of the helplessness's declaration and even the opposition to this declaration will be analyzed. The different protection measures adopted after the helplessness's declaration.

Finally, this essay tries to make known the danger to which minors are exposed, they are a vulnerable group in Society, and how they are protected by the Administration, taking into account the superior interest of this at all times and the principle of reintegration into the family, if the previous principle so advises.

## **PALABRAS CLAVE.**

Interés del menor, patria potestad, situación de desamparo, menor, Administración Pública, medidas de protección, tutela, guarda, acogimiento.

## **KEYWORDS.**

Minor's best interest, custody, Helplessness's situation, minor, Public Administration, protection measures, guardianship, keeper, foster care of a minor.

# **ÍNDICE.**

## **0. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS.**

### **1. INTRODUCCIÓN**

#### **1.1. Marco normativo.**

1.1.1. Estatal.

1.1.2. Autonómico.

*1.1.2.1. Legislación autonómica en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.*

1.1.3. Internacional.

#### **1.2. Interés superior del menor.**

#### **1.3. La patria potestad.**

## **2. EL CONCEPTO DE DESAMPARO.**

2.1. Indeterminación del concepto de desamparo.

2.2. Circunstancias que dan lugar a la situación de desamparo.

2.3. Existencia de un hermano en desamparo.

2.4. Situaciones que no dan lugar al desamparo.

## **3. DECLARACIÓN DE DESAMPARO.**

3.1. Actuación poderes públicos.

3.2. Competencia.

3.3. Procedimiento de la declaración de desamparo.

3.3.1. Declaración de desamparo en las legislaciones autonómicas.

3.3.2. Declaración de desamparo en Castilla y León.

3.4. Formulación de la oposición.

3.4.1. Legitimación activa y pasiva en el procedimiento de oposición.

3.4.2. Plazo para formular oposición.

3.4.3. Competencia.

3.4.4. Fases.

3.4.5. Acumulación de procesos.

## **4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN.**

**4.1. La reforma realizada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de las instituciones de protección.**

**4.2. Sistema tutelar.**

4.2.1. Características.

**4.3. La tutela.**

4.3.1. Tutela autonómica o administrativa.

*4.3.1.1. Características.*

*4.3.1.2. Cese.*

**4.4. El defensor judicial del menor.**

**4.5. La guarda administrativa,**

4.5.1. Guarda provisional.

4.5.2. Guarda voluntaria.

**4.6. Guarda de hecho.**

**4.7. El acogimiento.**

4.7.1. Acogimiento familiar.

4.7.2. Acogimiento residencial.

4.7.3. Extinción del acogimiento.

**4.8. Oposición a las medidas de protección de menores.**

**4.9. Posible retorno del menor a la familia de origen.**

**5. CONCLUSIONES.**

**6. BIBLIOGRAFÍA.**

**ANEXO I.**



## **0. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS.**

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es realizar un estudio de la declaración de desamparo que sufren, por desgracia, los menores; los cuales constituyen un grupo muy vulnerable de la sociedad y por ello necesitan una protección eficaz que ni los progenitores, tutores o guardadores han podido ejercer sobre ellos.

El objeto del presente Trabajo será la capacidad de la Administración de conocer la existencia de una situación de desamparo en la que se encuentre un menor, gracias a los indicadores de desamparo como es el abandono; se explicará tanto el proceso para declarar al menor en desamparo como la forma de oponerse a esta declaración.

A su vez desarrollará las medidas de protección que la Entidad Pública encargada de la protección de los menores del territorio correspondiente, puede adoptar para la eficaz protección del menor, siempre beneficiando el desarrollo pleno y el propio interés del menor.

Sobre todo, hacer mención a que este Trabajo tendrá en cuenta las modificaciones realizadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; ya que afecta a la legislación sobre la que se basa este Trabajo de Fin de Grado; se ven afectadas instituciones como por ejemplo la tutela o la guarda de los menores.

Además, es necesario hacer un estudio de la materia a través de las bases de datos como Aranzadi Digital o La Ley Digital, entre otras o los propios manuales de Derecho de Familia; a su vez relacionarlos con bases de jurisprudenciales y doctrinales como son Iustel o el CENDOJ; y evidentemente no puedo olvidar la legislación, la cual es un factor muy importante para el desarrollo del Trabajo.

## 1. INTRODUCCIÓN.

La edad es un elemento determinante para el desarrollo de este trabajo; y podemos definirla como: tiempo de existencia de la persona desde su nacimiento hasta el momento del cómputo.<sup>1</sup>

Además, debemos distinguir la mayoría de edad de la minoría de edad; la mayoría de edad supone que la persona tiene la madurez necesaria para considerar sus actos como eficaces y responsables, convirtiéndose en una persona adulta con plena capacidad de obrar; la Constitución Española en el artículo 12 establece que la mayoría de edad se alcanzará a los dieciocho años.

El menor de edad ve su capacidad de obrar limitada; las limitaciones a la capacidad de obrar velarán por el interés superior del menor como refleja el artículo 2. II Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor.

El Código Civil regula que el menor de edad está sometido a la representación legal de sus progenitores, artículo 154.2, o de su tutor, artículos 199 y 225. Como dice BERCOVIZ RODRIGUEZ- CANO<sup>2</sup>, la representación legal que poseen los progenitores o el tutor sobre los menores de edad, los legitima a actuar por el menor en defensa de sus intereses.

La Constitución Española establece un marco jurídico de protección del menor y a la infancia, y en su artículo 39 se regula la protección de la familia, la protección de los hijos y la protección a los menores que reconocen los tratados internacionales.

No solo hace referencia como núcleo protector del menor a la familia, si no que la Administración Pública también tiene sus responsabilidades, y así el artículo 39 de la Constitución otorga tanto a los progenitores como los poderes públicos la función de proteger y prestar asistencia a los menores.

La familia debe ser la que se encargue de la guarda del menor, de su formación y de su crianza, los menores deberían crecer bajo la supervisión y responsabilidad de sus progenitores, siendo una obligación legal asistir a los menores, uno de los deberes y facultades de la patria potestad:

---

<sup>1</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Protección de Menores e incapacitados” *Lecciones de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Coordinador Martín García-Ripoll Montijano/ Diego Marin Librero- Editor, Murcia, 2016, p 401.

<sup>2</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, “Limitaciones de la capacidad” *Manual de Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho de la persona*. (8ª ed) Bercal S.A, Madrid, 2021, p 124.

*“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y representarlos y administrar sus bienes”.*<sup>3</sup>

El derecho a la vida familiar está formado por varios principios reconocidos tanto a los padres como a los menores y son el principio de prevención, integración y reintegración en la familia.

A su vez la Administración Pública debe garantizar que los menores disfruten de sus derechos; y garantizará el disfrute de esos derechos asistiéndoles y protegiéndoles tanto a nivel personal como social, en ámbitos familiares, educativos, en la justicia, en la salud o en el consumo; pero hay que tener en cuenta que la actuación de la Administración será subsidiaria.

Cuando un menor se encuentre desasistido de hecho, existirá la situación de desamparo (*artículo 172 del Código Civil*); en el momento que una persona conozca de la existencia de esta situación deberá denunciarla, y así se refleja en la Sentencia Tribunal Supremo 657/2012 de 15 noviembre de 2012, FJ 2: *“la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos, como lo es también que protección a la infancia se constituye como un límite a la libertad de expresión prevista en el artículo 20.4 de la CE. Se trata sin duda de una materia en la que se debe actuar con indudable rigor de tal forma que para notificar una de estas situaciones no es necesaria una certeza absoluta sino una simple sospecha o indicio razonable de que esto se está produciendo, sin perjuicio del deber de denunciar los hechos si estos fueran constitutivos de delito”.*<sup>4</sup>

En el momento en que la Entidad Pública encargada de la protección de los menores, conozca de la situación de desamparo de un menor, tendrá por ministerio de la ley la tutela del mismo, adoptando a su vez las medidas de protección necesarias; y el Ministerio Fiscal conocerá el asunto en todo momento.

La Sentencia del Tribunal Supremo, númº 535/2017, de 2 de octubre de 2017, en el FJ 1; expresa que vulnerando el artículo 172 del Código Civil; se regula también que se actuará siempre buscando el interés superior del menor (*también regulado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*). Se mantendrá la declaración de desamparo del menor

---

<sup>3</sup> DE PALMA DEL TESO, A.: “El papel la familia y las Administraciones Públicas en la atención y protección de los menores”, *El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p 187//Regulado en el artículo 154.2 de nuestro Código Civil.

<sup>4</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, númº 657/2012, 15 noviembre de 2012, FJ 2º.

siempre que sea lo más beneficioso para el interés superior del menor, por los reiterados incumplimientos y desasistencia, en este caso de la madre, con el menor<sup>5</sup>.

Hay que hacer mención a la reciente modificación realizada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; debido a que la figura de la tutela se ve afectada.

La tutela estaba contemplada para cuatro situaciones en el artículo 222 del Código Civil entre las que se encontraba: *“los menores que se hallen en situación de desamparo”*. Pero con esta modificación, el artículo 199 del Código Civil regula dos situaciones, y una de ellas es: *“Los menores no emancipados en situación de desamparo”*.

Además otra de las modificaciones realizadas por la Ley 8/2021, hace referencia al carácter exclusivo de la tutela respecto a la protección de los menores, y está destinada a la protección de las personas con discapacidad; y así aparece reflejada en Sentencia del Tribunal Supremo núm: 706/2021, 19 de octubre de 2021, en su FJ: 6 establece que tras la reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por la Ley 8/2021: *“(…) la sustitución de la tutela por la curatela, ya que aquélla queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo( art. 199 CC).”*<sup>6</sup>

El tutor actuará bajo la vigilancia y control del Ministerio Fiscal y del Juez; concretamente en este trabajo, hay que hacer especial relevancia a la tutela automática de los menores desamparados, la cual suspende la patria potestad de los progenitores del menor en situación de desamparo, encomendando la tutela de ese menor a la entidad pública encargada de la protección de los menores en el correspondiente territorio. Todo ello recogido en los artículos 172 y 222 del Código Civil y el artículo 18 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor.

Hay que tener en cuenta siempre el interés superior del menor, lo que implica que la Administración Pública deberá tener cierta flexibilidad y revisará las medidas de protección adoptadas porque la situación de la familia y del menor puede evolucionar, y se puede pasar de una situación de desamparo a una situación de riesgo o viceversa; por ello tiene que adaptar las medidas de protección a cada situación.

---

<sup>5</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª númº 535/2017, 2 de octubre de 2017, FJ 1º.

<sup>6</sup> STS Sala de lo Civil, sección 1ª, nº resolución 706/2021, 19 de octubre de 2021 FJ: 6.

Las medidas que se adoptadas cuando existe una situación de desamparo, son de carácter temporal y tienen que adecuarse al interés superior del menor; siendo su que el objetivo el retorno a la familia; y así lo ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kutner contra Alemania, en la sentencia 26 de febrero de 2002: *“la decisión de las autoridades de tomar un menor a su cargo debe ser adoptada en principio como una medida temporal, a anular en cuanto las circunstancias se presten a ello, y todo acto de ejecución debe estar de acuerdo con un fin último: unir de nuevo a los padres biológicos con el niño”*.<sup>7</sup>

La Sentencia Tribunal Supremo, núm: 858/2021, de 10 de diciembre de 2021, , en la que se estima el recurso de revisión, debido a la medida de acogimiento familiar interpuesta en resoluciones anteriores; donde el padre es “apoyado” por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quién considera que la medida impuesta por las autoridades españolas es muy radical para las circunstancias del caso<sup>8</sup>.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, vela porque el menor se mantenga en la familia sólo si es posible, si el menor se encuentra en una situación grave de desprotección no podrá mantenerse en el núcleo familiar.

En la exposición de motivos de esta Ley se distingue entre situación de riesgo y desamparo de los menores, en el primer caso las medidas de protección se imponen en el propio ámbito familiar y las medidas que se adoptan, si se da la situación de desamparo del menor, implican que el menor se separe de su familia.

Lo que implica el derecho familiar es que preferentemente se actúe y se adopten medidas en el ámbito familiar; y cómo último recurso la adopción de medidas que establezcan la separación del menor de su familia.

---

<sup>7</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kutner contra Alemania, en la sentencia 26 de febrero de 2002. //La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 170/2016, de 17 de marzo refleja que *“las medidas que deben de adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor”*

<sup>8</sup> Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 858/2021, de 10 de diciembre de 2021 FJ *“La vulneración del art. 8 del Convenio, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, consistió en que en el procedimiento de acogimiento las autoridades españolas (administrativas y judiciales) no realizaron los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante (el Sr. Lucio) a vivir con su hija junto a sus hermanos. Los efectos derivados de esta vulneración del art. 8 del Convenio, la privación de relación y convivencia familiar del Sr. Lucio con su hija, junto con sus otros dos hijos, persisten como consecuencia del acogimiento autorizado. (...)”*

Otro ejemplo de Revisión de medidas: Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, 17 de enero de 2022, FJ 4: *“La decisión de este tribunal se va a asentar tanto en las circunstancias que llevaron a la declaración de la situación de desamparo, como en la presencia actual de elementos y circunstancias que permitan considerar si debe o no cesar la protección pública cuando ya han transcurrido más de dos años desde entonces”*.

Es muy importante que se tenga en cuenta el interés superior del menor, que se recoge en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor, tanto para la adopción de medidas para su protección como para su retorno a la familia.

La evolución de la familia, siempre que sea positiva y los progenitores se hagan cargo de las responsabilidades que habían dejado de lado; junto a la revisión de las medidas adoptadas para la protección del menor; podrán dar lugar al regreso del menor a su familia biológica, y así lo recoge la nueva redacción regulada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en su artículo 1.13; del artículo 19.bis de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor.

### **1.1. Marco normativo.**

El maltrato infantil por desgracia está presente en nuestra sociedad aumentando la preocupación, la sociedad cada día es más consciente del problema tan grave que conlleva este delito.

*“La detección y la notificación de posibles situaciones de maltrato a la infancia es una labor que incumbe a toda la sociedad y ese deber legal debe estar en la conciencia de todos los ciudadanos y, especialmente, de aquellos profesionales que más cerca están de los niños que pueden estar viviendo situaciones de maltrato”.*<sup>9</sup>

#### **1.1.1. Estatal.**

Primeramente, hay que hacer mención el papel que realiza la Constitución Española de 1978 en relación a la protección de la familia, y con ello al menor.

El artículo 39 de la Constitución Española, regula el papel de los poderes públicos en la protección de la familia, con una especial referencia a la protección del menor en sus apartados 3 y 4.

Seguidamente el Código Civil abarca un conjunto de artículos en los que se protege al menor, se le reconocen derechos y libertades. Los artículos de especial interés para este trabajo son: artículo 172 y ss relativos a la guarda y acogimiento de menores, recogidos en el “Capítulo V: De la adopción y otras formas de protección de menores”

Así como los artículos 199 y ss, recogidos en el Título IX, referidos a la tutela y guarda de menores; el Código Civil regula también la “Patria potestad” la cual atribuye

---

<sup>9</sup> Decreto núm: 1/2021, de 14 de enero, por el que se modifica el Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo. Publicado en el BOCYL, 18 de enero de 2021. Castilla y León.

responsabilidades a los progenitores, y si no cumplen con ellas, se suspenderá. Y así lo recoge el Código Civil en el Título VII, Capítulos II y IV.

Con la reciente reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la figura de la tutela queda limitada exclusivamente a los menores de edad no emancipados y no sujetos a la patria potestad, asumiendo el protagonismo la curatela como método de cuidado, asistencia y apoyo para las personas con discapacidad; fomentando la guarda de hecho y un nuevo procedimiento de provisión de apoyos.<sup>10</sup>

Antes de la reforma la tutela era una de las formas de guarda y protección tanto de la persona como de los bienes, y así lo regulaba el anterior artículo 215 del Código Civil.<sup>11</sup> Después de la reforma, el artículo 199 del Código Civil, restringe la tutela a los menores no emancipados en situación de desamparo y a aquellos no emancipados, pero no sujetos a la patria potestad.

Los menores de edad son los únicos que pueden estar representados legalmente por la figura de la tutela, reservando la curatela y otras medidas a los mayores que necesiten ese apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor, reformó artículos del Código Civil, incluso de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su preámbulo indica que a raíz de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se introdujo la institución de desamparo sustituyendo al concepto de abandono. Además, se la diferenció de la situación de riesgo por el grado de intervención de la entidad pública.<sup>12</sup>

A lo largo de la Ley Orgánica 1/1996 se exponen las situaciones que dan lugar al desamparo, la forma de actuación, derechos de los menores... Ha sido modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

---

<sup>10</sup> LASARTE ALVAREZ, C., “Capacidad, discapacidad y cargos tuitivos” *Parte General y Derecho de la Persona. Principios del Derecho Civil I*, Marcial Pons, 26 edº, Madrid, 2021, pp 211-212.

<sup>11</sup> Junto a la tutela el artículo 215 del Código Civil señalaba también como medidas la curatela y el defensor judicial. La tutela encomendaba la representación legal del menor o discapacitado de manera estable; mientras que la curatela, también de manera estable, complementaba la capacidad, sin llegar a representarle y el defensor judicial se asimilaba al curador, pero lo que le caracterizaba era su temporalidad.

<sup>12</sup> En la situación de riesgo no se separa al menor del núcleo familiar porque la gravedad de la situación es menor que en la situación de desamparo, se interviene dentro del núcleo familiar. Pero en la situación de desamparo la entidad pública tendrá la tutela del menor, con la suspensión de la patria potestad.

En la primera se completa la definición de la situación de desamparo; esto es importante porque al estar regulada en el artículo 172 del Código Civil, se establecen criterios ya unificados, y se regulan los deberes de los menores, en lo relativo al ámbito familiar, escolar y social.

En el caso de la segunda, se refuerza el principio del interés superior del menor, y da la posibilidad de que los menores con comportamientos de mala conducta sean internados en centros de protección específico para menores, utilizando medidas de seguridad y estableciendo restricciones de derechos o libertades.

### **1.1.2. Autonómico.**

En cada Comunidad Autónoma existen leyes destinadas a la protección del menor, y es así porque la Constitución Española en lo referente a la regulación de asistencia social, otorga el poder legislativo a las Comunidades Autónomas, y así lo establece el artículo 148.1.20.

Por ejemplo, en Madrid con la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia; en Andalucía nos encontramos con la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía; en Aragón con la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia... etc.

Todas ellas contienen las medidas y métodos destinados a la protección del menor, e incluso también completarán la definición de desamparo indicando y enumerando las circunstancias y situaciones que dan lugar a dicha situación; y así aparecerá regulado en nuestra Ley autonómica, Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.

#### *1.1.2.1 Legislación Autonómica en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.*

La Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, se ve afectada por la modificación realizada a nivel estatal de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

En la Ley 14/2002, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, y el Título III está dedicado a la acción de protección de los menores, constituyendo un sistema de intervención administrativa especializado en menores en situación de riesgo o desamparo.

El artículo 1 de esta Ley en su apartado c) refleja que uno de los fines que persigue esta Ley es: “*Establecer el marco jurídico de actuación en orden a la atención de aquellos que sufran de desprotección social por encontrarse en situación de desamparo o de riesgo*”.<sup>13</sup>

Por lo tanto, Castilla y León sí que tendrá un proceso que permita la protección del menor en estas situaciones, tanto de riesgo como de desamparo, las situaciones de riesgo las recoge en los artículos 47 y 48; mientras que las de desamparo en los artículos 55 y 56.

Tomando como referencia las circunstancias que da el Código Civil para que se declare la situación de desamparo; el artículo 56 de esta Ley enumerará hasta 15 situaciones en las que por su intensidad, repetición o privación de la asistencia tanto moral como material se presentará la situación de desamparo, por ejemplo: “*La ausencia de reconocimiento de la filiación materna y paterna del menor, así como la renuncia de ambos progenitores a mantener cualquier derecho sobre él*”.<sup>14</sup>

En los artículos 57 y ss se desarrolla el procedimiento para la declaración de las situaciones de desamparo por Castilla y León, y también para la adopción y ejecución de las medidas en situaciones de desprotección.

Hay que hacer especial referencia también al Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo.

El cual fue aprobado para que la Ley 14/2002 tuviera más facilidad a la hora de ejecutar y asegurar su efectividad, “*en relación a la actividad administrativa que resulta del ejercicio de las competencias y funciones ligadas a la acción específica de protección, es decir, a la intervención reparadora de las situaciones de desprotección en que pueda encontrarse un menor, para promover, mediante la adopción de las medidas y actuaciones precisas, su integración definitiva, segura y estable en los grupos naturales de convivencia, en el menor tiempo posible, y posibilitar su participación normalizada, y su pleno desarrollo y autonomía*”.<sup>15</sup>

Pero es ampliado por el Decreto 1/2021, de 14 de enero, por el que se modifica el Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores

---

<sup>13</sup> Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, artículo 1. Publicado en el BOE, 17 de agosto de 2002, España, Castilla y León.

<sup>14</sup> Ley 14/2002, de 25 de julio... Artículo 56....

<sup>15</sup> Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo. Publicado en el BOCYL, 19 de noviembre de 2003. Castilla y León.

de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo.

Se lleva a cabo la introducción de un capítulo más, el Capítulo VIII, que comprende los artículos 92 a 99, relativos al sistema coordinado de actuación ante la detección de situaciones de desprotección.

Y por último, el Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o desamparo.

### **1.1.3. Internacional.**

Los menores gozan de los derechos recogidos tanto en la Constitución Española como en los tratados internacionales de los que España sea parte, y los tratados internacionales más importantes y de especial aplicación en este ámbito son los promulgados en las siguientes convenciones:

La Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, de 20 de octubre de 1989 a lo largo de sus 54 artículos velan por que los derechos del niño se ejerciten y permitan que el niño se desarrolle física, moral y socialmente.

La Convención de Estrasburgo, sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, de 25 de enero de 1996; el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia de ley aplicable, reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; y la Convención de Nueva York de derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

En Europa encontramos el Convenio europeo para la protección de los Derechos y libertades fundamentales, de 1950; o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 10 de diciembre 2000.

Por ejemplo, el Convenio europeo para la protección de los derechos fundamentales y libertades fundamentales en su artículo 6 hace referencia a que el menor deberá ser oído cuando su propio interés así lo exija.

Y en la Carta de Derechos Fundamentales en el artículo 24 se regulan los derechos del menor, *“los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar (...)”*<sup>16</sup>; y si se

---

<sup>16</sup> Carta de derechos fundamentales, artículo 24. (2000).

declara la situación de desamparo este derecho será vulnerado. También este artículo hace hincapié en el interés superior del menor, el cual siempre ha de ser tenido en cuenta.

La Unión Europea aprobó el 15 de febrero de 2011 su Agenda para los Derechos del Niño, la cual fija los objetivos para que los niños y niñas en Europa puedan acceder fácilmente al sistema de justicia, sobre todo cuando son víctimas o testigos; a su vez se busca la facilidad a la hora de emprender acciones para la protección de los menores más vulnerables.<sup>17</sup>

## **1.2. El interés superior del menor.**

*“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”.*<sup>18</sup>

En la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor el artículo 2 regula el interés superior del menor, estableciendo los criterios generales para la interpretación y aplicación del interés superior del menor

El sistema de protección tiene como principio base el interés superior del menor, éste no solo obliga a las instituciones públicas, si no que los tribunales, autoridades administrativas o las autoridades privadas, deben dar carácter preferente al interés superior del menor.

El carácter principal y esencial que tiene el interés superior del menor se ve reflejado en el apartado 4 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor; si hay más intereses legítimos a parte del interés superior del menor, se priorizaran las medidas que respeten todos a la vez, pero si no se pueden respetar todos los intereses legítimos priorizara siempre el interés superior del menor.

Tiene como objetivo proteger al más débil, este objetivo se persigue con la ayuda del Ministerio Fiscal, de la abogacía, los jueces y la autoridad administrativa. Además, la valoración del interés superior del menor debe ser personalizada y concreta para cada caso y circunstancia.

El interés superior tiene carácter de prioritario para decidir si se debe proceder a la suspensión o no de la patria potestad; así como en las limitaciones a la capacidad de obrar del menor el interés superior del menor juega un papel importante, porque esas limitaciones tienen que

---

<sup>17</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil). Lefebvre.  
<https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL/#%2FpresentarMemento.do%3Fhref%3D7dbdbc4d%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3DA849%26marginal%3D2701%26rnd%3D0.5867668905110972%26idConsultaActiva%3D2%26fulltext%3Don> p 4.

<sup>18</sup> Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 1/1996, Artículo 2.1 (1996). Publicada en el BOE, 17 de enero de 1996.

interpretarse de forma restrictiva, pero siempre teniendo presente el principio del interés superior del menor.

Y así se ve reflejado en las Sentencias, formando una extensa jurisprudencia, por ejemplo; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm 565/2009, de 31 de Julio de 2009; hace referencia al principio del interés superior del menor junto con el principio de reinserción en la propia familia como pilares de la protección de menores desamparados; la Sentencia del Tribunal Supremo, núm: 126/2019, de 1 de marzo de 2019, resalta que el recurso de casación no es una tercera instancia para valorar el interés superior del menor, lo único que puede ser objeto de revisión es que no se haya respetado ese interés; la Sentencia del Tribunal Supremo, núm 147/2022, 23 de febrero de 2022<sup>19</sup>, en la que se apoyó la medida de que la menor se mantuviera con la familia ajena, ya que siguiendo el principio del interés superior del menor y leyendo los informes psicosociales, era más beneficioso, no aconsejando que volviera a la familia biológica.

### **1.3. La patria potestad.**

La patria potestad, regulada en el artículo 154 del Código Civil, está formada por obligaciones y deberes que la ley impone a los progenitores, debiendo ejercerlas en beneficio de los hijos y teniendo en cuenta el interés superior del menor. Se manifiesta a través de la responsabilidad parental.

La patria potestad no la entendemos como un derecho que poseen los padres sobre los hijos, si no como un conjunto de deberes encaminados a la protección del menor; respetando el interés superior del menor; por ello aparece definida como la responsabilidad parental de los progenitores, los cuales deben cumplir con los deberes y facultades correspondientes.

El Código Civil regula la patria potestad en los artículos 154 a 170; pero a su vez la responsabilidad parental aparece regulada en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, donde se encomienda la función a los progenitores de proporcionar las condiciones idóneas para su desarrollo, así como físico, moral, espiritual, social y mental; conforme siempre con el interés superior del menor; respetando su personalidad, integridad física y mental.

---

<sup>19</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 565/2009, de 31 de Julio de 2009// STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 126/2019, de 1 de marzo de 2019// STS Sala de lo civil Sección 1ª, núm 147/2022, 23 de febrero de 2022.

Tras la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por la Ley 8/2021; se modifica por ejemplo el artículo 162 del Código Civil, los padres en los actos que tengan relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor, y éste posea la madurez necesaria, podrá ejercitar sus derechos sin la representación legal de sus padres; si no posee la madurez suficiente, los padres actuarán cumpliendo con sus deberes y facultades para el cuidado y asistencia en lo que se refiere a la protección de los menores.

La responsabilidad de proteger y asistir a los menores que les otorga la patria potestad a los progenitores está sujeta a control judicial; y este control es más importante en situaciones donde un mal ejercicio de la patria potestad perjudique al menor, dependiendo del nivel de gravedad se podrá restringir, suspender o privar a los progenitores de la patria potestad.

El control judicial se caracteriza por la inmediatez y rapidez que presenta, ya que se busca evitar que el menor sufra perjuicios por largos y rígidos procesos, sobre todo en aquellos casos donde el menor se encuentre en una situación de riesgo o sea víctima de malos tratos.

El artículo 158 del Código Civil establece, incluso, que la Autoridad Judicial de oficio, comunicará la posible situación de desamparo del menor a la Entidad Pública territorial correspondiente, y así iniciar los mecanismos necesarios para dar fin a la situación.

El artículo 155 del Código Civil, establece deberes a los hijos relacionados con las facultades que poseen los progenitores, como respetar y obedecer a sus padres.

Las características de la patria potestad son: su irrenunciabilidad, porque es una institución de orden público. La patria potestad es intransmisible, aunque se puedan delegar funciones como por ejemplo a los abuelos; también hay que destacar su temporalidad, ya que la patria potestad se extinguirá, por regla general, por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, la emancipación o la adopción del hijo y así lo recoge el artículo 169 del Código Civil.

El artículo 170 del Código Civil, determina que se tiene que haber dictado una sentencia para que se produzca la privación de la patria potestad; la cual se basa en el incumplimiento de los deberes de la patria potestad o por una causa criminal o matrimonial; pero si hay una situación de desamparo se suspende la patria potestad de forma automática; por lo que podríamos decir que es una regulación contradictoria a la actuación automática por parte de la Entidad Pública.

Una vez extinguida la patria potestad habrá una serie de obligaciones de carácter patrimonial; los progenitores durante la minoría de edad del hijo administraban los bienes de carácter patrimonial y ahora, una vez extinguida, habrá una rendición de cuentas, y así lo regula el Código Civil en su artículo 168.

La patria potestad se podrá recuperar siempre que el tribunal lo acuerde; teniendo, una vez más, en cuenta el interés superior del menor y que la causa que determinó la suspensión o privación de la patria potestad haya finalizado.

Como refleja SANTAMARÍA PÉREZ<sup>20</sup>, la consecuencia inmediata nada más declararse la situación de desamparo de un menor es la separación del núcleo familiar y “colocarlo” en una institución o en una familia en “guarda con fines de adopción” a la que no conoce y por lo tanto, el menor deja de estar bajo la patria potestad de sus padres.

La Sentencia del Tribunal Supremo, núm: 484/2017, de 20 de julio de 2017, entiende que la obligación legal de los progenitores está basada en el principio de solidaridad familiar con fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 Constitución Española.<sup>21</sup>

## **2. EL CONCEPTO DE DESAMPARO.**

La familia es el núcleo donde los menores deben desarrollarse y crecer; desarrollar su personalidad en un ambiente familiar llevará a que el menor obtenga un desarrollo pleno. Aun así, los poderes públicos velarán por la protección del menor, actúan siempre en favor del menor, asegurándoles bienestar y protección.

La definición de desamparo nos la da el Código Civil actual en su artículo 172.1: *“Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.<sup>22</sup>

Y seguidamente el artículo indica la función subsidiaria de la Entidad Pública del territorio correspondiente, que tenga encomendada la función de protección de los menores; una vez que sea consciente de que un menor se encuentra en una situación de desamparo, obtendrá

---

<sup>20</sup> SANTAMARÍA PÉREZ, ML., “Medidas de protección ajustadas a la situación del niño”, *Tesis doctoral, La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional*, Universidad Internacional de Cataluña, 2017, pp 115-116.

<sup>21</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, númº 484/2017, 20 de Julio de 2017, FJ: 2//Véase también: STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 663/2016, 14 de noviembre de 2016.

<sup>22</sup> Código Civil Español (1989), artículo 172.1.

su tutela por ministerio de la Ley y adoptará las medidas necesarias para su protección y guarda.

La actuación subsidiaria de la Administración la encontramos reflejada a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, artículo 9, el 20 de noviembre de 1989: *“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”*.<sup>23</sup>

Me parece interesante traer la doctrina que sigue el Tribunal Supremo sobre la situación de desamparo, y así se ve reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo, núm: 582/2014, 27 de octubre de 2014, FD: 7<sup>24</sup> estableciendo que hay dos tesis doctrinales y jurisprudenciales:

La tesis objetiva establece que el desamparo se da cuando el menor está desasistido, en el momento que alguien lo atiende ya no hay situación de desamparo. En cambio, para la tesis subjetiva, aunque le atienda alguien, un guardador de hecho, si ese alguien no posee la patria potestad o la tutela, el menor se encontrará en una situación de desamparo.

Finalmente se considera como doctrina de la Sala que si un guardador de hecho presta al menor la asistencia que necesita, la cual suple la falta de cumplimiento de los deberes de protección de los progenitores cumpliendo con las leyes que regulan la guarda de este; teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor, no se declarará la situación de desamparo.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; introduce el concepto de desamparo en el Ordenamiento Jurídico español, sustituyendo el concepto de “abandono”.

Según FERNÁNDEZ BERMEJO<sup>25</sup>; la Ley 21/1987 tenía como objetivo desjudicializar los primeros escalones de la protección infantil; debido a que había mucha lentitud en dar

---

<sup>23</sup> Convención sobre los derechos del Niño que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Artículo 9, (1989).

<sup>24</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 582/2014, 27 de octubre de 2014 FD: 7. En el caso que resuelve la sentencia no se declaró la situación de desamparo de la menor, porque estaba recibiendo la asistencia necesaria por parte del abuelo paterno, siguiendo la tesis objetiva.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO «Derecho del menor: la reforma de 1987». Revista Menores, 7, 1988

respuestas judiciales, además tampoco favorecía que los jueces y trabajadores sociales estuvieran tan desconectados entre sí.

La aparición del concepto de desamparo en esta Ley sustituyendo el concepto de abandono, ha dado agilidad a las respuestas judiciales sobre protección del menor, ya que permite que la Entidad Pública competente actúe automáticamente en cuanto conozca de la situación de desamparo de un menor.

Pero no solo realizó esta sustitución, esta Ley es importante también porque introdujo la adopción en relación con la integración familiar, la figura del acogimiento familiar como nueva institución para la protección de los menores, intensificó la importancia del principio del interés superior del menor en todas aquellas situaciones que le afecten y las funciones relativas al Ministerio Fiscal respecto de los menores también.

En 2015 se reformó la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y gracias ello el Ordenamiento Jurídico cuenta con una regulación a nivel estatal más completa, a parte de las previsiones que se puedan hacer en la legislación autonómica.

En la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor aparece regulado de igual manera que en el Código Civil el concepto de desamparo en su artículo 18; y a nivel autonómico en nuestra Comunidad Autónoma, la Ley de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, en su artículo 55 remite al Código Civil, dando con ello una uniformidad al concepto de desamparo.

### **2.1. Indeterminación del concepto de desamparo.**

El concepto de desamparo es indeterminado y como refleja ARCE FERNÁNDEZ<sup>26</sup>, hay que ir precisando supuesto a supuesto su contenido.

Primeramente, podemos decir que una de las causas que pueden determinar que hay una situación de desamparo es el incumplimiento de los deberes de protección de los menores por parte de los progenitores o tutores, ya que estos deben velar por los menores que estén a su cargo; alimentándoles, cuidándoles, educándoles y permitiéndoles un desarrollo integro.

La segunda causa trata el cumplimiento de los deberes por parte de los progenitores o tutores, porque puede que sea insuficiente o inadecuado, perjudicando el desarrollo del menor no

---

<sup>26</sup> ARCE FERNÁNDEZ, I, “El concepto jurídico de desamparo en nuestro Código Civil”, *El desamparo de Menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011, P 45

cubriendo adecuadamente las necesidades del menor, lo que provoca carencias tanto físicas como afectivas.

Y una tercera causa es el imposible ejercicio de los deberes de protección; si no se cumple con alguno de los deberes de protección se produce una aparente situación inicial de desamparo; por ejemplo si los progenitores fallecen, el menor queda desprotegido sin nadie que vele por él; o por ejemplo surge una incapacidad de los progenitores a causa de enfermedades físicas o mentales, las cuales impida una adecuada atención del menor.

Las leyes de guarda de menores marcan los deberes que deben cumplir los tutores o progenitores para la protección de los menores; si se incumplen el menor se verá privado de la adecuada asistencia tanto material como moral:

- La falta de asistencia material hace referencia a la falta de medios para que el ejercicio de los deberes paterno-filiales se desarrollen adecuadamente; que haya una ausencia que impida cubrir necesidades como la alimentación, higiene, vivienda o educación del menor, da lugar a esta falta de asistencia material.
- La falta de asistencia moral hace referencia a la ausencia de ambiente familiar de ayuda, cariño, amor... Ausencia que impedirá que el menor desarrolle su personalidad y persona de forma plena por las carencias afectivas derivadas de esa ausencia de ambiente familiar.

La falta de asistencia moral y material<sup>27</sup> aparece en la definición como “privación”, pero esta privación de la asistencia moral y material refleja la intensidad de las carencias más que la duración de estas.

Se nos plantea un problema que da lugar a un concepto jurídico indeterminado, y es el término “necesaria” en la definición. La doctrina marcará un mínimo social necesario formado por los parámetros de evaluación en lo que se refiere a necesidades morales y materiales en el desarrollo de un menor.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Véase Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº de recurso casación 1239/2020, con fecha de 28 de octubre de 2020. Los menores fueron declarados en Desamparo y se recurrió ante el Tribunal Supremo pero por las circunstancias familiares, el riesgo, desprotección y las carencias asistenciales en las que vivía el menor, se mantuvo la declaración de desamparo de acuerdo al interés superior del menor. // Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil, núm: 10/2012, fecha 22 de febrero de 2012, donde se aprecia las carencias de la asistencia necesaria para el cuidado y protección del menor, aunque se rebajan las medidas restrictivas a la madre.

<sup>28</sup> ARCE FERNÁNDEZ, I, “El concepto jurídico de desamparo...” p 39.

## 2.2. Circunstancias que dan lugar a la situación de desamparo.

Hay una obligación de denuncia si se tiene conocimiento de una situación de desamparo, y así lo refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, númº: 657/2012 de 15 de noviembre de 2012 FJ: 2: *“obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos, como lo es también que protección a la infancia se constituye como un límite a la libertad de expresión prevista en el artículo 20.4 de la CE. Se trata sin duda de una materia en la que se debe actuar con indudable rigor de tal forma que para notificar una de estas situaciones no es necesaria una certeza absoluta sino una simple sospecha o indicio razonable de que esto se está produciendo, sin perjuicio del deber de denunciar los hechos si estos fueran constitutivos de delito”*.<sup>29</sup>

El Tribunal Supremo señala que puede haber un obstáculo a este deber de denunciar, y es el concepto de “resiliencia”, conocida como la facultad o capacidad de los seres humanos para adaptarse a situaciones adversas; y así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 2, núm 658/2019, de 8 de enero de 2020, entiende la dificultad de la víctima de salir de situaciones donde el maltrato físico o moral es reiterado, no pudiendo salir de esa situación por sí sola, necesitando ayuda de su entorno para encontrar vías de escape<sup>30</sup>.

Las circunstancias y situaciones que dan lugar a la situación de desamparo las encontramos enumeradas en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor:

En el apartado a) se hace referencia al abandono del menor, es decir, la falta de personas que lleven a cabo la guarda del menor, provocando la desprotección total del menor.

El abandono comprende aquellas situaciones en las que el menor se encuentra en una situación de desprotección absoluta, porque los padres han fallecido o porque de forma voluntaria los padres, tutores o guardadores se desentienden de su cuidado, y no hay nadie que ejerza esa guarda del menor de manera voluntaria dando lugar al abandono del menor.

En conclusión, el abandono se entiende como aquella situación en la que el menor se encuentra desprotegido y sus necesidades básicas no son atendidas temporal o permanentemente como es la alimentación o la educación.

---

<sup>29</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 657/2012 de 15 de noviembre de 2012. FJ: 2.

<sup>30</sup> PÉREZ VALLEJO, AM.; “Violencia ejercida por uno de los progenitores o personas con vínculo afectivo-familiar que no implica desamparo”, *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tirant lo blanch, 2021 Valencia, pp 140-141.

En la Sentencia Tribunal Supremo, núm: 747/2016, de 21 de diciembre de 2016<sup>31</sup>; se apreciaba un abandono voluntario por parte de la madre, e incluso la entrega de la menor a terceros con fines económicos; la menor carecía de la asistencia moral y material necesarias; los antecedentes de la madre y la cronicidad de la situación familiar.

La Sentencia del Tribunal Supremo, núm 235/2018, de 23 de abril de 2018, versa sobre un menor que padece una enfermedad, el cual finalmente falleció, el menor se encontraba en una situación de abandono, no se cumplía con los deberes inherentes a la patria potestad y había carencias tanto físicas como morales, sumándole la falta de protección .<sup>32</sup>

En el apartado b) se hace referencia al transcurso del plazo de guarda voluntaria. Este apartado regula dos situaciones, primeramente, los responsables legales están en circunstancias de cuidar del menor y no quieren hacerlo; o quieren hacerlo, pero no están en condiciones de hacerlo.<sup>33</sup>

Una vez notificada la situación de desamparo, se dará un plazo de dos años, para que los progenitores que tengan suspendida la patria potestad o los tutores que se encuentren en la misma situación; pueden solicitar a la Entidad Pública que interrumpan la suspensión de la patria potestad o de la tutela y se revoque la declaración de la situación de desamparo, siempre que cesaran las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

Si la Entidad Pública considera que va a ser imposible el retorno a la familia, porque va a perjudicar el completo desarrollo, bienestar e interés, se adoptarán y ejecutarán medidas de protección, por ejemplo, proponer la adopción del menor, y todo ello bajo el conocimiento y supervisión del Ministerio Fiscal; llegando incluso a privarles de la patria potestad o tutela.

Una vez finalizado el plazo de dos años los progenitores o tutores no tendrán derecho a oponerse a las medidas de protección del menor declarado en desamparo. Sin embargo, podrán poner en conocimiento de la propia Entidad Pública o del Ministerio Fiscal el cambio o cese de aquellas circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo; y así lo regula el artículo 172 del Código Civil.

El artículo 172 Bis del Código Civil regula la guarda voluntaria: los progenitores o tutores que no se encuentren en condiciones de cuidar el menor, por circunstancias graves y

---

<sup>31</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 747/2016, de 21 de diciembre de 2016.

<sup>32</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 235/2018, de 23 de abril de 2018//Véase otro ejemplo; Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 29 octubre 2013.

<sup>33</sup> Salvo las excepciones en las que el plazo de dos años pueda prorrogarse.

transitorias, pueden solicitar a la Entidad Pública que durante dos años cuiden de manera temporal al menor.

Si finaliza el plazo y la situación de riesgo o aquellas circunstancias que impidan su cuidado y protección no han desaparecido, se declarará al menor en desamparo.

Se debe dejar constancia por escrito de dos requisitos: Primero, se ha informado a los tutores o progenitores de las responsabilidades que tienen respecto del menor, y segundo, cómo ejercerá la guarda voluntaria la Entidad Pública correspondiente.

El artículo 172 Ter del Código Civil, regula el carácter preferente del acogimiento familiar, y sólo si este no es posible o conveniente para el interés superior del menor, la guarda se realizará mediante acogimiento residencial.

*“La declaración de desamparo y la constitución de un acogimiento son medidas que deben adoptarse siempre con la máxima cautela y de manera subsidiaria, buscando siempre un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de las relaciones paterno-filiales, pues la práctica muestra que la declaración de desamparo se suele convertir en definitiva y de difícil retorno con su familia cuando se prolonga en el tiempo”.*<sup>34</sup>

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, núm: 492/2018, 14 de septiembre de 2018, nos ejemplifica este apartado; el caso trata de la guarda de la menor que ejercita su tía, debido a la falta de capacidad del padre para la protección y asistencia de la menor; ella le aporta un entorno estable favoreciendo al interés superior de la menor.<sup>35</sup>

O la Sentencia del Tribunal Supremo referida a la guarda de hecho 582/2014, de 27 de octubre 2014, FD: 10 sobre guarda de hecho: *“cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”.*<sup>36</sup>

En el apartado c) se hace referencia al riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. Si el menor es víctima de malos tratos físicos graves, abusos sexuales o no cuenta con la necesaria asistencia, por ejemplo, alimentaria o sanitaria, por parte de la familia o de terceros con el consentimiento de la familia; e incluso se puede dar el acto de que el menor consuma

---

<sup>34</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., “El menor en situación de desamparo”, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, DYKINSON S.L ed, p 229.

<sup>35</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 492/2018, 14 de septiembre de 2018.

<sup>36</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 582/2014, 27 de octubre de 2014 FD: 10.

sustancias adictivas incitado por los progenitores, tutores o guardadores, y estos no hayan reaccionado frenando el comportamiento.

El maltrato físico es entendido como una acción voluntaria por parte de los progenitores que lleve como consecuencia un daño físico o sea la causa de una enfermedad del menor. Para detectar este maltrato físico hay signos de violencia física por ejemplo las quemaduras, moratones o fracturas; lesiones en definitiva que no están justificadas.

Autores como ARCE FERNÁNDEZ<sup>37</sup> reflejan que también se entiende como maltrato físico cuando la madre gestante tiene hábitos tóxicos como el alcoholismo o las toxicomanías; o actitudes de descuido frente a su embarazo no acudiendo a las revisiones médicas.

MÚRTULA LAFUENTE<sup>38</sup> entiende que la patria potestad se suspende solo cuando la gravedad del delito así lo exige, delitos como la tentativa de homicidio u homicidio de la madre, del padre o de alguno de los hijos menores, así como si el menor ha sido víctima de violencia física o de abusos sexuales. Produciendo con ello la situación de desamparo.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, núm: 407/2015 de 9 julio de 2015, se declara a la menor en desamparo a los 6 días de nacer, debido a los malos tratos y agresiones entre los progenitores, a parte de la minusvalía que padecían, no presentaban las facultades necesarias para proporcionar la debida asistencia a la menor, existiendo factores de riesgo para la menor y antecedentes familiares que versan sobre las mismas circunstancias (hermanos tutelados por la Administración Pública).<sup>39</sup>

Por ejemplo el Auto del Tribunal Supremo, JUR/2016/36716, de 10 de febrero de 2016, en el que se desestima el recurso de casación interpuesto por la madre de las menores para que estas volvieran al núcleo familiar<sup>40</sup>.

Una de las menores había sido víctima de abusos sexuales y del delito de lesiones por el padre; la madre no confió en ella, dando lugar a la declaración de desamparo. La guardadora de las menores es la abuela, la cual les proporciona un entorno estable, respetando el principio del interés superior del menor.

---

<sup>37</sup> ARCE FERNÁNDEZ, I, “El concepto jurídico de desamparo...” p 48.

<sup>38</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., “El menor en situación de desamparo....” p 122

<sup>39</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 407/2015, de 9 de julio de 2015// véase Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, núm 585/2020, 28 mayo 2020, donde se aprecia el peligro grave que sufren los menores debido al maltrato físico de gravedad moderada, y el emocional o psicológico de gravedad muy elevada, negligencia en atender sus necesidades físicas, incapacidad para controlar a los menores, y violencia cronificada mutua, llegando a darles oportunidades a los padres de solventar el problema, lo agravaron más.

<sup>40</sup> ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, JUR/2016/36716, 10 de febrero de 2016.

En el apartado d) se hace referencia al maltrato psicológico continuada o la falta de atención y asistencia que sufre el menor, causándole riesgos para su salud mental e integridad moral y perjudicando el desarrollo de su personalidad; por parte de los tutores, guardadores o progenitores.

Si se trata de una situación causada por el consumo de estupefacientes o sustancias adictivas, se entenderá como indicador de desamparo si los responsables de la guarda del menor no adoptan medidas destinadas al cese de la conducta.

Los malos tratos psíquicos son igual de peligrosos que los físicos, siendo incluso más difíciles de percibir. Conductas o actos del menor como por ejemplo el aislamiento o miedos injustificados, pueden indicarnos que el menor está sufriendo maltratos psicológicos.

La falta de asistencia moral a un niño pequeño produce un abandono moral que si se prolonga en el tiempo y es una situación reiterada en el tiempo se podrá declarar la situación de desamparo.

En la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, 535/2017, de 02 de octubre de 2017, las actitudes sobre protectoras de la madre produjeron en el menor conductas de aislamiento y un absentismo escolar; además se demostró tras varios informes que no había vínculo afectivo alguno del menor hacia su madre; gracias a la declaración de desamparo del menor y al acogimiento residencial del menor se vio beneficiado el interés superior del menor.<sup>41</sup>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, núm 810/2021, fecha 7 de diciembre de 2021; el acogimiento de la menor en un centro ha favorecido al desarrollo de su personalidad, disminuyendo la ansiedad y las conductas de aislamiento que mostraba; en el entorno familiar se encontraba expuesta a una situación de maltrato psicológico.<sup>42</sup>

En el apartado e) se hace referencia a las malas de condiciones de vida familiar o al grave deterioro del entorno familiar, lo cual perjudica el desarrollo y crecimiento del menor.

---

<sup>41</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 535/2017, 2 de octubre de 2017.

<sup>42</sup> SAP Tarragona Sección 1ª, núm 810/2021, fecha 7 de diciembre de 2021// Véase también: En el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm rec: 186/2021, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, con fecha 10 de diciembre de 2021; el hijo menor fue declarado en desamparo porque la madre no poseía las facultades para poder desempeñar plenamente los deberes de la patria potestad, el padre no tenía plena salud, la vivienda no era la adecuada para el desarrollo y crecimiento del menor, produciendo una falta de asistencia al menor, tampoco cumplía con el régimen de visitas para ver al menor, produciéndole secuelas psicológicas.

Las actuaciones de progenitores, tutores o guardadores influyen en el desarrollo del menor, cuando sus capacidades para ejercer los deberes y obligaciones respecto del cuidado y asistencia del menor se ven alteradas.

El alcoholismo o las drogodependencias por parte de progenitores o guardadores pueden alterar las condiciones de la vida familiar, perjudicando el interés superior del menor y su propio desarrollo. Normalmente suele ir asociado a otro tipo de maltrato por las condiciones en las que se encuentran, dando lugar a una situación de desamparo del menor.

Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, núm: 84/2011, 21 de febrero de 2011, , se declaró al menor en situación de desamparo debido a los malos tratos del padre a la madre, los antecedentes y consumo de drogas del padre; sumando los antecedentes de la madre como la falta de escolarización, lo que provocaba una situación de riesgo y desprotección para el menor; pero finalmente se revocó la declaración de desamparo debido a varias contradicciones sobre la declaración de desamparo sin haberse producido la situación de hecho y a la evolución del padre.<sup>43</sup>

Otro ejemplo interesante de este indicador de desamparo puede ser el que expone el Auto del Tribunal Supremo, JUR\2016\117956, 18 de mayo de 2016; la madre es consumidora de cocaína, heroína y metadona; además tiene otros hijos y todos ellos han sido tutelados por la Administración Pública; y la menor sobre la que versa el Auto padece síndrome de Down y una cardiopatía congénita, por lo tanto necesita cuidados especiales; la situación que vive el padre no beneficia tampoco a la correcta asistencia y protección de la menor. Es decir, el entorno familiar no era el adecuado para el correcto cuidado de la menor.<sup>44</sup>

Sin embargo; la pérdida del empleo de los padres, una mala situación económica o una enfermedad, en definitiva, situaciones que pueden perjudicar el entorno familiar; no dan lugar a la declaración de desamparo del menor.

Son circunstancias que gracias a las medidas de apoyo familiar pueden solventarse o sobrellevarse, sin declarar el desamparo del menor.

---

<sup>43</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 84/2011, 21 de febrero de 2011. // Véase también la SAP de Zamora núm 41/2016, de 26 febrero 2016, se muestra que el entorno familiar no es el adecuado para el cuidado y asistencia del menor, debido a los maltratos físicos del padre hacia alguno de los hijos, e incluso el consumo de drogas y alcohol.

<sup>44</sup> ATS Sala de lo Civil , Sección 1ª, JUR\2016\117956, 18 de mayo de 2016 , Véase también el Auto Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 9 Jun. 2021, Rec. 6322/2020, por el que se desestima el recurso de casación, la pretensión consistía en que la menor volviera con la familia, dándole la guarda a la abuela, pero la situación familiar seguía perjudicando al interés del menor, se había declarado en desamparo a la menor por ello y por el consumo de drogas y alcohol por parte de los progenitores.

No hay que descartar tampoco que una situación económica mala que desestabilice el entorno familiar pueda dar lugar a una situación de desamparo.<sup>45</sup>

En el apartado f) se hace referencia a la incitación u obligación a practicar la mendicidad, prostitución o cualquier otro tipo de explotación con un nivel de gravedad similar, a los menores por parte de los progenitores.

Incitando al menor a realizar actos ilícitos buscando, normalmente, el beneficio económico; perjudicando al menor moralmente. Como una solución a esta situación el menor puede buscar consuelo en el consumo de estupefacientes, provocando conductas de aislamiento e incluso enfermedades.

En Sentencia Tribunal Supremo, núm: 162/2020 de 19 mayo 2020, se declarará a los menores en desamparo, porque la madre les obliga a acudir con el agresor y así obtener un beneficio económico, constituyendo el delito reiterado de prostitución (*a parte de los maltratos de la madre a los hijos, y del consumo de drogas y alcohol*).<sup>46</sup>

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, núm: 210/2015, 21 de mayo de 2015, nos da un ejemplo de que los padres no prestaban la asistencia necesaria a los hijos, usaban a sus hijos para la mendicidad en ámbitos marginales, no mostraban interés por ellos, e incluso tenían problemas de aprendizaje debido al absentismo escolar. Los progenitores no cumplían los deberes que les imponía la patria potestad.<sup>47</sup>

En el apartado g) se hace referencia a la ausencia de escolarización del menor y a la permisividad, por parte de tutores o progenitores, del absentismo escolar durante la enseñanza obligatoria.

Un ejemplo de este indicador lo encontramos en el Auto Tribunal Supremo recurso núm 50/2020, 13 enero 2021, se había declarado a la menor en desamparo en procesos anteriores, y se refleja como una de las causas el absentismo escolar permitido por la madre; la permisividad total de la madre con su hija pone a la menor en un peligro y riesgo constante.

48

---

<sup>45</sup> Auto del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm rec 5530/2021, con fecha 26 de enero de 2022: se declaró la situación de desamparo por la inestabilidad económica de la familia, debido a que no podía atender las necesidades básicas de la menor, cuando se recuperó y pidió la revocación de la declaración de desamparo, el principio del interés del menor no lo permitió.

<sup>46</sup> STS Sala de lo Penal, Sección 2ª, núm: 162/2020 de 19 mayo 2020

<sup>47</sup> SAP de Sevilla, Sección 2ª, núm 210/2015, 21 de mayo de 2015.

<sup>48</sup> ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, recurso núm 50/2020, 13 enero 2021// Véase también Auto del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, con fecha de 27 de mayo de 2014 que desestima (JUR\2014\163585), donde la declaración de desamparo se fundamentaba en la desatención de las

La Audiencia Provincial de Zaragoza, núm 6/2021, 13 enero 2021, cuando se declaró a la menor en desamparo la menor vivía con la madre, y una de las causas era el absentismo escolar; en esta sentencia en cuestión se revoca la declaración de desamparo y al reinsertarse en la familia, en este caso con el padre, las necesidades de la menor se encuentran cubiertas.<sup>49</sup>

El último apartado, el h), hace una referencia genérica a cualquier otra situación que sea del mismo nivel de gravedad que las anteriores, y que supongan un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de la patria potestad, de la guarda o de la tutela; y la única solución es la declaración de desamparo separando al menor de su familia.

Un buen ejemplo de la generalización que regula el apartado, sería la violencia de género en el núcleo familiar, el Juez apoyándose en el artículo 158 del Código Civil, podrá de oficio o a instancia de parte (del hijo, del Ministerio Fiscal u otro pariente), tomar medidas prohibitivas dirigidas a los progenitores, tutores, parientes o terceras personas prohibiendo el acercamiento al domicilio o a la escuela; la comunicación tanto escrita, verbal o visual. Tomando como base los principios del interés superior del menor y el principio de proporcionalidad.

Podrá suspender el ejercicio de la patria potestad, guarda o tutela de manera cautelar, incluso el régimen de visitas y comunicación que haya establecido una sentencia o un convenio judiciales... Con el objetivo de evitar circunstancias peligrosas y perjuicios provocadas por el entorno familiar o terceras personas.

Si se da la situación de un posible desamparo el Juez comunicará estas medidas a la Entidad Pública correspondiente.

Por ejemplo, en la Sentencia Tribunal Supremo, núm: 665/2019, 14 de enero de 2020, se declaró al menor en desamparo en procesos anteriores, y uno de los indicadores a parte del consumo de drogas y alcohol, fueron los episodios de violencia de género en el ámbito familiar, y además en muchas de las ocasiones la víctima, a parte de la madre era el menor.<sup>50</sup>

Completando las situaciones que nos proporciona el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en sus 8 apartados; en nuestra legislación autonómica se desarrollan más detalladamente las situaciones que pueden dar lugar al desamparo del menor,

---

necesidades de la menor; la situación de aislamiento de la familia y el absentismo escolar de la menor por ver la televisión en casa.

<sup>49</sup> SAP de Zaragoza, Sección 2ª, núm: 6/2021, 13 de enero de 2021.

<sup>50</sup>STS Sala de lo Penal, Sección 2ª, núm 665/2019, 14 de enero de 2020//Véase también el ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 1 de abril de 2014, donde a causa de la violencia entre los progenitores y la entrada en prisión del padre; se desestabilizó la familia, sin poder proporcionar la asistencia necesaria a los menores.

y así lo regula el artículo 56 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León<sup>51</sup>:

- A) Ausencia de personas que por Ley deben encargarse de la guarda del menor.
  - B) No reconocimiento de la filiación tanto paterna como materna y renuncia sobre cualquier derecho sobre el menor por parte de los progenitores.
  - C) Imposibilidad de cumplir y ejercer con los deberes de protección del menor.
  - D) Abandono del menor tanto negligente como voluntario.
  - E) Víctimas de malos tratos físicos o psíquicos, contando también que el menor sea víctima de abusos sexuales, por parte de los propios progenitores, familiares o terceros que cuenten con el consentimiento de los padres o que estos últimos omitan las medidas que puedan impedir la situación.
  - F) Que el menor sea inducido a cometer actos delictivos o tener conductas antisociales.
  - G) El ejercicio inadecuado de los deberes de protección del menor, por parte del responsable de éste, que lo ponga en riesgo o peligro.
  - H) Que el menor consuma drogas o alcohol con el consentimiento de sus responsables o que sea inducido por estos a ese consumo.
  - I) Que los responsables de los menores obstaculicen la investigación para la averiguación de la situación de desprotección que sufre el menor, poniendo en riesgo la seguridad del menor o no haya colaboración por parte de estos en la ejecución de las medidas de protección destinadas al menor provocando, incluso, que la situación de peligro y riesgo se agrave más.
  - J) Explotación económica del menor, dando incluso el consentimiento para ello los responsables de este.
  - K) Un a vez que las situaciones o circunstancias de peligro para el menor han desaparecido, que los padres no muestren interés en recuperar la guarda del menor.
  - L) La falta de asistencia y desatención tanto física como psíquica del menor.
  - M) La existencia de factores en el ámbito familiar o social del menor que impidan su normal desarrollo, lo deterioren y no le permitan ejercitar sus derechos libremente.
  - N) Situaciones que cada vez son más graves privando al menor de la necesaria asistencia física o moral.
- Ñ) Y por último, como en el caso de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, hay una clausula general que incluye cualquier otra circunstancia o situación en

---

<sup>51</sup> Ley 14/2002 de Protección... Artículo 56.

la que el menor se encuentre desprotegido y se le prive de la necesaria asistencia moral y física, debido al incumplimiento de los deberes de la patria potestad, tutela o guarda o de su inadecuado ejercicio.

### **2.3. Existencia de un hermano en desamparo.**

El hecho de tener un hermano declarado en situación de desamparo, puede ser un indicador de la situación de desamparo del menor del caso concreto que se esté investigando, y así se regula en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Pero parece que existe una “contradicción” entre lo que expone el Código Civil que determina esta situación como un indicador de una situación de desamparo, con la doctrina que refleja el Tribunal Supremo en sus Sentencias y Autos, ya que no la cuenta como una circunstancia que de lugar al desamparo de un menor, porque hay que valorar la situación de cada menor primando el interés superior del menor sobre el que verse el caso concreto; porque las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo de los hermanos, pueden haber cambiado o cesado desde entonces.

Por ejemplo, en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, con fecha de 28 de octubre de 2020, (JUR\2020\316732)<sup>52</sup>, los Fundamentos de Derecho comienzan exponiendo que la recurrente interpuso dos demandas de oposición a las diferentes declaraciones de desamparo, la más reciente en febrero de 2017 para la hija más pequeña y en enero de 2017 también.

En el Auto no se ve reflejado como una circunstancia que diera lugar al desamparo de la menor, la declaración de desamparo de sus otros dos hermanos el mes antes; si no que se exponían las diversas circunstancias que habían dado lugar a esa declaración de los menores en desamparo como son la higiene de los menores, desestructuración familiar, el abuso de sustancias tóxicas por los progenitores, convivencia en un entorno marginal....

Si que es cierto que el Auto hace referencia que el resto de los hermanos de los tres que son objeto de este procedimiento han sido tutelados por la Administración Pública; pero no lo indica como una situación o circunstancia que dé lugar al desamparo como las anteriores.

La existencia de que un hermano este declarado en situación de desamparo o de riesgo si que es un indicador para declarar la situación de riesgo del menor, artículo 17.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

---

<sup>52</sup> ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, JUR\2020\316732, 28 de octubre de 2020.

Además, los hermanos deberán de permanecer juntos siempre que sea posible en beneficio del interés superior de los menores e intentando por ello que la guarda de los menores sea en la misma familia de acogida o institución, procurando siempre el retorno a la familia biológica de los hermanos siempre que las circunstancias o situaciones que provocaron la declaración de desamparo hayan desaparecido.<sup>53</sup>

ORDÁS ALONSO<sup>54</sup> utiliza dos ejemplos de Sentencias para reforzar el argumento sobre este indicador de desamparo, la primera es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 16/2011, 31 marzo de 2011, FD: 3, la cual afirma que *“no supone necesariamente, una arbitrariedad o una vulneración del principio de igualdad ni de la seguridad jurídica el hecho de que se considere a unos padres biológicos suficientemente capacitados para el cuidado de uno de sus hijos y no de los otros más pequeños, admitiendo la separación de los hermanos por haber quedado la misma justificada en atención al interés superior de los menores”*.<sup>55</sup>

Y la otra es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 298/2014 de 2 de mayo 2014, la cual apoya el argumento de no vincular de forma causal el desamparo de los hijos menores al destino de sus hermanos mayores. Cuestión distinta es que, con independencia de la previa declaración en desamparo de otro hijo, la misma situación de desprotección que llevó en su día a tomar aquella decisión conduzca a la necesaria intervención de la administración para proteger a otro menor, declaración de desamparo que se produciría por concurrir las circunstancias determinantes de tal situación, puede que coincidente en ambos menores, pero no por el mero hecho de tener un hermano en dicha situación.<sup>56</sup>

#### **2.4. Situaciones que no dan lugar al desamparo.**

Reguladas también en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a*

---

<sup>53</sup> Código Civil (1989), Artículo 172 ter// Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor... Disposición final quinta.

<sup>54</sup> ORDÁS ALONSO, M, “El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad”, *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch edº 1ª. LA LEY 10565/2019, 2019

<sup>55</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, num 16/2011, 31 de marzo de 2011, FD: 3.

<sup>56</sup> ORDÁS ALONSO, M, “El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad”...// SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 298/2014, 2 de mayo 2014.

*un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos”.*<sup>57</sup>

En la Sentencia del Tribunal Supremo nº 540/2015, Sala de lo Civil, Sección 1ª, con fecha de 15 de octubre de 2015, se refleja que tanto la delicada situación de pobreza de los progenitores, como la deficiencia que padece la madre, no son los indicadores de la declaración de desamparo; y así lo explica el Tribunal Supremo en su Fundamento Jurídico 3.4 basándose en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, indicando que la situación de pobreza de los progenitores o la discapacidad del menor, de los progenitores o de uno de ellos, no da lugar a la declaración de desamparo del menor; si no la falta de asistencia tanto moral como material.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO<sup>58</sup>, refleja como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga númº 105/2016, Sección 6ª, con fecha de 17 de febrero de 2016<sup>59</sup>; donde se recova la declaración de desamparo de un menor de 5 años hecha por la entidad pública. El menor vive entre un centro social y su familia; que está formada por su madre con un grado de incapacidad psíquica de un 75% debido a una esquizofrenia, y su abuela. Además, la Sentencia hace constar que el menor tiene dos hermanas declaradas en situación de desamparo.

Pero la revocación de la declaración de desamparo por la Audiencia Provincial de Málaga del menor está basada en el artículo 23.4 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006; en el cual se vela porque los Estados Parte aseguren que los menores permanezcan con sus familias, salvo que por el interés superior del menor y por un examen judicial del caso; haya que separar al menor de su familia. Pero este artículo también hace hincapié en que nunca se separara al menor de sus progenitores cuando éste, los padres o solo uno de ellos padezca una discapacidad.

Por ello se entiende que el desamparo debe ser un incumplimiento negligente o voluntario por parte de los padres o tutores; y aquí no entran las situaciones de pobreza o problemas económicos de la familia que pueden dar lugar a carencias materiales o las enfermedades que pueda tener algún miembro de la familia.

Las carencias que pueden ocasionar la situación de pobreza o las enfermedades son consideradas como circunstancias que den lugar a una situación de riesgo, pero no de

---

<sup>57</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.... Artículo 18.2.

<sup>58</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Protección de Menores e incapacitados...”, pp 449-450.

<sup>59</sup> SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 298/2014, 2 de mayo 2014.

desamparo; no se puede comparar una carencia con una inasistencia total llegando al abandono de las necesidades del menor.

### **3. DECLARACIÓN DE DESAMPARO.**

El desamparo no precisa de la carencia de personas que cuiden y asistan al menor; si no que las personas responsables de cuidar al menor existan y por ciertas imposibilidades no puedan hacerse cargo de los diversos deberes de protección del menor; o también que esos mismos deberes de protección del menor se realicen de forma inadecuada, lo que produce una situación de riesgo para el menor y la falta de asistencia moral y material necesarias.

La definición legal de desamparo contiene dos aspectos base: el inadecuado ejercicio o la omisión de los deberes de protección por parte de los progenitores o tutores; y como resultado la falta de asistencia moral y material que perjudica al menor.

ESCALADA LÓPEZ<sup>60</sup> expone los siguientes factores como indicadores de la situación de desamparo: inadecuación, imposibilidad o incumplimiento de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores, la privación de la necesaria asistencia moral o material de estos, y la existencia de un nexo causal entre ambos.

En todas aquellas situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal de los menores la Administración Pública debe actuar de acuerdo con el principio de prevención y detección precoz.

No solo actuará cuando ya se han producido las circunstancias que produzcan una desprotección en el menor; si no que deben tener políticas y métodos para evitar su aparición; son actuaciones públicas con carácter prioritario, que deben de ejercitarse antes de que se dé la situación de desprotección.

Los ciudadanos tienen la obligación de denunciar, al igual que las autoridades, la situación de desamparo o riesgo del menor:

- Toda persona o autoridad -y especialmente aquellos que por su profesión o función- que detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo debe comunicar a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> ESCALADA LÓPEZ, ML, “Supuestos de actuación administrativa: riesgo y desamparo. Proporcionalidad” La oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores particularidades procesales, Tirant lo blanch 2021, Valencia, p 80

<sup>61</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil). Lefebvre... p 10.

- Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, debe ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que han de adoptar las medidas necesarias para su escolarización.<sup>62</sup>

### **3.1. Actuación de los poderes públicos.**

Los poderes públicos deben de actuar de acuerdo con las necesidades y circunstancias concretas de cada caso; teniendo que estar presentes en las actuaciones de protección de los menores.

La finalidad de proteger al menor busca evitar que se provoque una situación que perjudique el desarrollo integral del menor, debido a la omisión o el inadecuado cumplimiento de los deberes de la patria potestad que tienen los progenitores.

Además, los poderes públicos deben ayudar y velar por los progenitores, guardadores o tutores para que puedan ejercer con total normalidad sus responsabilidades, facilitándoles información y ayuda sobre la prevención, acompañamiento y asesoramiento sobre el desarrollo de los menores.

La Administración Pública responsable de la protección de los menores puede mantener la guarda y custodia de los progenitores bajo su control y supervisión; o si observa la situación de desamparo establecer la tutela, teniendo presente la posibilidad de que el menor pueda volver a su familia.

Antes de establecer la tutela se debe investigar y estudiar el caso particular, primando medidas como por ejemplo las familiares antes que las residenciales. La actuación de la Administración está regida por el principio de subsidiariedad progresiva, es decir, dependiendo del grado de desprotección en el que se encuentre el menor deberá actuar la Administración Pública; también por el principio de intervención mínima, en el cual prima el interés del menor, donde velando por este, se dará la mejor solución sobre el mantenimiento o la reintegración en su familia de origen.

### **3.2. Competencia.**

Las Administraciones o Entidades Públicas, que tengan como función la protección de los menores, poseerán la competencia para ejercitar medidas protectoras dirigidas a la situación de desamparo y riesgo en las que se puedan encontrar menores. Pero el artículo 158 del

---

<sup>62</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil) Lefebvre... p 10.

Código Civil establece una excepción, y es que los Tribunales pueden establecer medidas provisionales.

La competencia para establecer medidas protectoras la tienen las Administraciones Autonómicas, las cuales ejercen sus responsabilidades y funciones destinadas a la intervención de situaciones de desprotección de los menores y así aparece regulado en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en el artículo 12 y en su disposición final vigesimosegunda.

Los Tribunales de la Jurisdicción Civil serán los encargados de comprobar que las medidas que ha ejecutado la Administración han sido adecuadas; sobre todo cuando se hayan interpuesto demandas de oposición de medidas por la declaración de desamparo o por otras medidas empleadas por parte de la Administración.

También, hay que hacer mención a las Entidades Locales por su proximidad con los ciudadanos; y por el reconocimiento por parte de la Administración Autónoma a las Administraciones Locales, por su importante papel en lo que respecta a las medidas de prevención de la desprotección de menores.

El Ministerio Fiscal, es una parte fundamental, porque si una de las partes o interesados es menor o una persona con la capacidad judicialmente modificada su actuación es perceptiva (*regulado por el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*); además, las medidas que se hayan adoptado por la Administración o por los Tribunales están controladas por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal desempeñará la función de vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores<sup>63</sup>; controlando de manera semestral a los menores que se encuentren bajo protección. La Entidad Pública deberá informarle de los menores que han ingresado en los programas de protección y de cualquier modificación que afecte al interés superior del menor

Gracias a los informes remitidos al Ministerio Fiscal, por los servicios correspondientes de la Administración Pública, se podrá realizar una investigación más exhaustiva determinando si el menor se encuentra en una situación de desamparo o riesgo.

El menor puede acudir directamente al Ministerio Fiscal si sus derechos se encuentran en peligro o han sido vulnerados; y así lo regula el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de la Protección Jurídica del Menor. Además, podrá emprender acciones ante la Jurisdicción Civil

---

<sup>63</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil). Lefebvre... p 13.

si encuentra discrepancias con las medidas que se han adoptado por parte de la Administración en el ejercicio de la tutela, y así se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 780.1.

### **3.3. Procedimiento de la declaración de desamparo.**

Como refleja ESCALADA LÓPEZ<sup>64</sup> hay una ausencia de un procedimiento concreto para la adopción de medidas de protección de menores en la legislación estatal, una afirmación basada tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, como en la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.

La intervención realizada por la Administración Pública en caso de desamparo es mucho más intensa que en la situación de riesgo, cuando la Entidad Pública conozca que un menor se encuentra en situación de desamparo, deberá adoptar las medidas de protección correspondientes para la guarda del menor afectado, con el conocimiento del Ministerio Fiscal; y del Juez que acordó la tutela del menor.

Como consecuencia de ello, se separará al menor de su entorno familiar, suspendiendo la patria potestad de los progenitores, asumiendo la tutela ordinaria del menor la Administración Pública correspondiente; y así lo regula nuestro Código Civil en los artículos 172.1 y 222, y el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

ESCALADA LÓPEZ<sup>65</sup> indica las pautas que sigue la tramitación procedimental de la declaración de desamparo:

La Administración Pública iniciará el correspondiente expediente administrativo cuando tenga conocimiento de que un menor se encuentra en una situación de desamparo, y así aparece en los artículos 70 y ss de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; el cual finalizará con una resolución motivada donde se declarará la situación de desamparo y se indicaran las medidas que se han adoptado.

Las medidas adoptadas y acordadas se tienen que comunicar de forma inmediata<sup>66</sup> a los responsables; que serán o bien los progenitores, guardadores o tutores; y, evidentemente, al

---

<sup>64</sup> ESCALADA LÓPEZ, ML, “Ausencia de tramitación especial en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” *La oposición a las resoluciones administrativas...*, pp 71-72.

<sup>65</sup> ESCALADA LÓPEZ, ML, “Supuestos de actuación administrativa: riesgo y desamparo. Proporcionalidad” *La oposición a las resoluciones administrativas...* pp: 82-83

<sup>66</sup> Sin sobrepasar las 48 horas

menor, al cual se le van a aplicar las medidas de protección, pero éste tiene que cumplir los requisitos de madurez o bien ser mayor de 12 años para que le comuniquen las medidas acordadas y la declaración de desamparo.

Se debe de indicar por parte de la Administración el órgano concreto que va a ejercer la tutela del menor; la información debe estar constituida por unas características básicas: clara, comprensible y su accesibilidad tiene que ser fácil; indicará las causas que dieron lugar a la adopción de las medidas y los efectos que conllevaran estas, y el por qué de la intervención de la Administración.

La resolución que da lugar a que la tutela del menor la ejerza la Entidad Pública, tiene como consecuencia la pérdida de la patria potestad o de la tutela ordinaria; esta suspensión es inmediata una vez se declaró la situación de desamparo, debido a la presunción de legalidad.<sup>67</sup>

Pero, si la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal lo creen procedente y necesario pueden promover la privación de la patria potestad de los progenitores y la equivalente remoción de la tutela de los tutores.

Si los progenitores, guardadores, tutores o el menor, es decir, los destinatarios de la resolución; imponen resistencia para aplicarla, se podrá acudir a otras instancias para que colaboren, solicitando a la autoridad judicial correspondiente la adopción de medidas o incluso la cooperación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Se podrá formular contra la declaración administrativa de la situación de desamparo una oposición ante los Tribunales Civiles, como lo regula el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **3.3.1. Declaración de desamparo en las legislaciones Autonómicas.**

La legislación autonómica contiene especialidades en cuanto al procedimiento de la declaración de desamparo; tiene especialidades en todas las fases, tanto en la iniciación, instrucción como en la resolución.

La fase de iniciación puede comenzar tanto de oficio como por instancia de parte debido a una denuncia de la Administración Pública, por una persona o alguna organización o entidad privada que tenga conocimiento de la situación de desamparo en la que se encuentra el menor, o también podrá denunciar la situación el propio menor. El órgano competente en

---

<sup>67</sup> Porque es un acto de la Administración Pública.

esta fase será la Entidad Pública competente en materia de protección de menores de la Comunidad Autónoma.

La iniciación tiene como objetivo verificar que realmente existe la situación de desamparo del menor; una vez verificada se adoptaran las medidas de protección necesarias. En las normas autonómicas se prevé que puedan adoptarse medidas preventivas y medidas inmediatas si las circunstancias y el caso así lo requieren.

Hay Leyes autonómicas como por ejemplo en el artículo 24.2 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia o en el artículo 48.4 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de Canarias; entre otras, donde se regulan los “*procedimientos de urgencia*”.

Los procedimientos de urgencia son aquellos que se adoptan por el grave riesgo en el que se encuentra el menor, donde es necesaria y perceptiva la actuación inmediata y urgente destinada a la protección de ese menor; cubriendo con ello las múltiples faltas de asistencia tanto morales como materiales; adoptando todas aquellas medidas necesarias, como por ejemplo son: la tutela por ministerio de la ley o aquellas de carácter provisional, dependiendo de la situación en la que se encuentre el menor.

La siguiente fase es la de instrucción, en la que procederá la audiencia de los interesados, y estos pueden ser desde el menor, mayor de 12 años o si tiene el grado de madurez suficiente (*ya que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado, y así lo regula el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor*); hasta los responsables de la guarda y cuidado del menor.

El papel del Ministerio Fiscal es muy importante en el procedimiento de la declaración de desamparo, porque es el encargado de velar por la legalidad en la tramitación del procedimiento.

Y la última fase es la resolución de la declaración de desamparo; la resolución debe de ser una resolución motivada, la cual contenga los motivos por los que se declara la situación de desamparo y las medidas adoptadas para solventar la situación; con un plazo máximo de tres meses tanto para dictar la resolución como para notificarla.

### **3.3.2. Declaración de desamparo en Castilla y León.**

Los artículos que regulan el procedimiento de la declaración de las situaciones de desamparo por la Comunidad Autónoma y para la adopción y ejecución de las medidas en situaciones de desprotección, se encuentran agrupados en el Título III, Capítulo IV, artículos 57 a 74

*inclusive*, de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.

El procedimiento se inicia de oficio por la Entidad Pública correspondiente; pero parte de la iniciativa de la solicitud de los padres, del menor, del Ministerio Fiscal o de la misma Entidad Pública cuando obtenga la notificación o información de que un menor se encuentra en una situación de desamparo.<sup>68</sup>

Antes de iniciar el procedimiento de la declaración de desamparo hay que realizar las investigaciones y comprobaciones previas pertinentes. A parte cada caso concreto tendrá un técnico para que controle y coordine las diversas investigaciones, y emita los correspondientes informes.

Las investigaciones realizadas sobre la posible situación de desprotección del menor pueden dar lugar a la necesaria urgencia de la intervención; siempre se intentará tener un encuentro entre el técnico responsable de la investigación con el menor y sus progenitores o tutores.

Estas investigaciones tienen que finalizar en el menor tiempo posible, sobre todo en las situaciones de carácter urgente por el grave riesgo en el que se encuentra el menor; aun así, si el caso lo permite, se podrán alargar estas investigaciones el tiempo que sea necesario para evaluar el caso, pero dentro del plazo máximo establecido en la Ley; pero siempre deberán plasmarse por escrito.

Una vez finalizadas las investigaciones iniciales y no se aprecia la situación de desprotección se archivarán y se cerrarán las actuaciones, mediante resolución motivada comunicándose a aquellas personas interesadas en el procedimiento. Pero, por otro lado, puede que las investigaciones confirmen la situación de desprotección del menor, por lo que se acordará la iniciación del proceso continuando con las actuaciones pertinentes.

La gravedad de la desprotección por el riesgo inminente en el que se encuentre el menor da lugar a adoptar las medidas de urgencia correspondientes (*artículo 62 de la Ley*). Pero además este artículo contempla la posibilidad de que los progenitores, tutores o guardadores del menor obstaculicen el proceso o no colaboren lo suficiente, perjudicando con ello al menor, y por ello se podrá declarar la situación de desamparo formalmente mediante un procedimiento abreviado sumario; y todo ello deberá estar plasmado por escrito.

---

<sup>68</sup> Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción... Artículo 58.

Como el artículo 63 regula *“una vez completadas en su caso las primeras averiguaciones sin que se estime la necesidad de tales actuaciones urgentes y confirmada indiciariamente la posible existencia de una situación de desprotección, se abrirá una fase de evaluación, en la que se recabarán cuantos datos relevantes puedan aportar las personas y organismos que conozcan de las circunstancias del menor y de su familia”*.<sup>69</sup>

Esta fase se puede omitir si las investigaciones se han prolongado el periodo necesario; pero lo que realmente se pretende es conocer de forma exhaustiva la situación en la que se encuentra el menor; por ello se estudiará por profesionales al menor, y todo lo que se averigüe en esta fase deberá plasmarse por escrito en un informe.

Las partes interesadas como son los progenitores, tutores o guardadores, al igual que el menor, serán oídos y escuchados a lo largo del procedimiento.

Hay una Comisión de Valoración por cada provincia de Castilla y León; donde podrán intervenir y participar los interesados en el procedimiento, desde los responsables del menor hasta los profesionales de los centros donde se están adoptando las medidas de protección. Las medidas más apropiadas para la protección del menor se valorarán en el Plan de Caso formulado por la Comisión de Valoración.

El Plan de Caso recoge aquellas decisiones importantes y principales que se han acordado para la protección del menor, las cuales tienen la finalidad de proporcionarle una integración segura y definitiva. Además si la situación lo permite se intentará que participen en su elaboración tanto la familia como el menor perjudicado.

El artículo 67 de la Ley contempla la resolución, donde se apreciará tanto la declaración de la situación de desamparo como aquellas medidas destinadas a la protección del menor que han sido adoptadas; la resolución tiene que estar motivada, y tendrá un plazo máximo de tres meses desde que se conoció el caso para su formulación.

Las resoluciones deben de ser comunicadas tanto al Ministerio Fiscal como a los progenitores, tutores o guardadores en un plazo breve de 48 horas tras la declaración de la situación de desamparo y la asunción de tutela por ministerio de la ley.

El artículo 69 contempla la posibilidad de recurrir la resolución que declaró la situación de desamparo, ante la jurisdicción civil.

Todas las medidas que se hayan acordado en la resolución serán ejecutadas, siguiendo lo establecido en el Plan de Caso y bajo la supervisión y coordinación de un técnico responsable

---

<sup>69</sup> Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción... Artículo 63.

y profesional, también serán supervisadas y coordinadas por los servicios técnicos y los servicios comunitarios, pero cada uno en el ámbito de sus competencias.

El Plan de Caso será objeto de seguimiento permanente y supervisión con el fin de comprobar que se estén ejecutando las medidas acordadas y se redactará el informe de revisión, donde se refleja si se han producido modificaciones en las circunstancias, y si es así las medidas adoptadas inicialmente podrán ser modificadas, sustituidas o eliminadas.

Finalmente, la actuación protectora realizada por la Entidad Pública correspondiente cesará por los motivos que contiene el artículo 72 de la Ley:

- “a) Por acuerdo de la Entidad Pública, cuando se entiendan desaparecidas las circunstancias que motivaron su adopción, o debidamente cubiertas o compensadas las necesidades del menor, así como cuando lo aconseje el interés de éste.*
- b) Por vencimiento del término o plazo inicialmente fijado, o de la prórroga acordada, en su caso.*
- c) Por resolución judicial firme, en los casos legalmente previstos.*
- d) Por la mayoría de edad o emancipación del menor protegido.*
- e) Por fallecimiento, desaparición o cambio de residencia con carácter estable fuera de la Comunidad del menor protegido”.*<sup>70</sup>

Aunque hayan cesado las conductas protectoras se contemplan actuaciones complementarias para dar apoyo o ayuda en el proceso de integración; e incluso se supervisará por parte de la Administración Pública con la finalidad de comprobar la evolución de este proceso de integración y con ello evitar posibles situaciones de riesgo.

### **3.4. Formulación de la oposición.**

#### **3.4.1. Legitimación activa y pasiva en el procedimiento de oposición.**

Estarán legitimados activamente aquellos que tengan interés legítimo y directo en formular oposición a las resoluciones administrativas, siempre que la materia y la razón de la oposición sea la protección de menores.

Además, pueden personarse en cualquier momento del proceso y no se retrotraerán las actuaciones, esas personas son: los menores, progenitores, guardadores, tutores, acogedores,

---

<sup>70</sup> Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción... Artículo 72.

el Ministerio Fiscal u otras personas que la Ley considere que son legítimas para formular la oposición.

En cualquier proceso que intervengan menores tiene un papel relevante y fundamental el Ministerio Fiscal; porque asumirá tanto la defensa como la representación de los menores buscando, siempre, la defensa del interés superior del menor; el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que su intervención en el proceso es perceptiva. Además, comparece en el proceso con independencia total del resto de las partes, su postura puede ser distinta de la que adoptan progenitores, tutores o incluso la entidad protectora o el propio menor.

El artículo 780.1 párrafo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos indica que *“ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe o que ellos mismos designen como su defensor para que les represente”*.<sup>71</sup> Porque el menor tiene derecho a ser oído y escuchado en el procedimiento; y así aparece regulado en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Por otro lado, tendrán la legitimación pasiva la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal, en caso de que fuera él quién convenció de adoptar la medida cuestionada en la demanda de oposición. Si la resolución solo la ha impugnado uno de los progenitores, el otro tendrá derecho a intervenir en el proceso, y así lo regula el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **3.4.2. Plazo para formular la oposición.**

El plazo que nos da el artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para este tipo de procedimiento es de dos meses desde la notificación<sup>72</sup>.

#### **3.4.3. Competencia.**

El órgano competente para conocer de la impugnación de la declaración de desamparo es el juzgado de primera instancia donde esté establecido el domicilio de la Entidad Pública.

---

<sup>71</sup> Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil Artículo 780.1 párrafo 3. Publicada en el BOE, 8 de enero 2000. España.

<sup>72</sup> SAP de Castellón, Sección 2ª, núm 75/2013, 25 de mayo de 2013, nos indica que este plazo que da la Ley para formular la oposición, es un periodo de caducidad.

El procedimiento de oposición a la resolución que da lugar a la declaración de desamparo, con las correspondientes medidas protectoras adoptadas en materia de protección de menores, tiene carácter preferente en nuestro orden jurisdiccional civil.

Hay que tener en cuenta que tanto la declaración de desamparo como la asunción de la tutela por la Administración, son acordadas por una resolución administrativa; por lo que se puede impugnar la resolución por la vía judicial administrativa con los recursos administrativos específicos.

Pero los órganos jurisdiccionales civiles, en sede jurisdiccional, son los encargados de revisar la previa actuación por parte de la Entidad Pública correspondiente. La atribución tanto de las facultades de tutela como de guarda de los menores de edad procede de la legislación civil, pero aún así los tribunales contencioso-administrativos son competentes en resolver vicios formales de la resolución de materias relativas a los menores, por ejemplo, que la resolución del caso no se encuentre motivada.<sup>73</sup>

#### **3.4.4. Fases.**

La primera fase es la iniciación, donde el demandante podrá obtener todos los datos por los que se ha llegado a la decisión; se presentará el escrito inicial donde indica la resolución a la cual se opone, es decir, su pretensión; la cual consistirá en que el Juez deje sin efecto la declaración de desamparo; a su vez tendrá que indicar también la fecha en el que se le notificó la resolución y si han existido procedimientos anteriores que afecten al mismo menor.

Los fundamentos de la impugnación de la resolución se basarán en las acusaciones y actos por los cuales se llegó a la declaración de desamparo del menor, declarando que son falsos, que no se investigó bien la situación; siendo antijurídica la declaración de desamparo o que las medidas adoptadas eran improcedentes.

Finalmente, el Letrado de la Administración de Justicia reclamará el expediente a la Administración de Justicia, la cual en un plazo de 20 días lo tiene que facilitar; una vez facilitado el Letrado de la Administración de Justicia emplazará al actor (*demandante*), y este presentará la demanda en un plazo de 20 días.

La segunda fase es la tramitación y tiene carácter preferente, esta fase es igual para los procesos sobre las materias de filiación, matrimonio, capacidad y menores; y como refleja el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se realizará por los cauces del juicio verbal.

---

<sup>73</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil). Lefebvre... p 24.

El Letrado de la Administración de Justicia tendrá que trasladar la demanda presentada por el actor, tanto al Ministerio Fiscal como al resto de personas que forman parte del procedimiento, y se les emplazará para que contesten a esa demanda en un plazo de 20 días.

Una vez finalizado el plazo de la contestación a la demanda, según el artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se citará a todas las partes a la vista; donde se practicarán todas las pruebas admitidas y propuestas y si el juez lo considera oportuno se formularán las pertinentes conclusiones de las partes; una vez se realice todo ello, se dará por finalizada la vista.

La tercera fase y la última es pasados 10 días desde la finalización de la vista, ya que es el plazo correspondiente para dictar sentencia (*artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

Una de las características de este proceso es que no cabe ni el allanamiento, renuncia o la transacción; lo que si que se permite es el desistimiento, pero para ello debe estar de acuerdo el Ministerio Fiscal.

El Juez debe de tener en cuenta el cambio de circunstancias que se pueden haber producido desde que se declaró la situación de desamparo, porque puede darse la situación de que los progenitores puedan recuperar la patria potestad, y así sucede por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo, núm: 565/2009, 31 de julio de 2009.<sup>74</sup>

En el procedimiento por el que se formula la oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, se juegan derechos e intereses muy importantes a nivel personal y familiar, por lo que el Tribunal Constitucional, núm: 75/2005, 4 de abril de 2005, (BOE númº 111, de 10 de mayo de 2005)<sup>75</sup> estableció que se debían de dar las máximas garantías en los actos judiciales en relación a las materias anteriormente expuestas.

El Letrado de la Administración de Justicia realizará una última función regulada en el artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consistirá en comunicar la resolución dada por el Tribunal al Registro Civil para asignar el correspondiente asiento.

### **3.4.5. Acumulación de procesos.**

---

<sup>74</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 565/2009, 31 de julio de 2009//véase también como ejemplo de evolución de circunstancias o no, teniendo en cuenta el interés superior del menor para el retorno a la familia biológica del menor STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 687/2015, 2 de diciembre de 2015//STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 170/2016, 17 de marzo de 2016//STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 147/2022, 23 de febrero de 2022.

<sup>75</sup> STC Sala Primera, núm 75/2005, 4 de abril de 2005, (BOE númº 111, de 10 de mayo de 2005).

Puede suceder que haya más de un proceso relativo a la oposición de la resolución referente a la protección de un mismo menor, por lo que hay que pedir, perceptivamente, la acumulación ante el juzgado que conozca del asunto con mas antigüedad; aplicando las normas generales que prevé el artículo 84 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN.**

##### **4.1. La reforma realizada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de las instituciones de protección.** <sup>76</sup>

La Ley 8/2021, de 2 de junio, establece un cambio decisivo en el tratamiento de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico, adoptándolo a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual fue ratificada por España en 2007.

En lo que afecta a las instituciones tutelares, reguladas en el Código Civil, se pueden apreciar cambios en la regulación:

- Se refuerza la institución de la guarda de hecho convirtiéndose en una autentica institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional.
- La tutela queda reservada para aquellos menores que no estén sujetos a patria potestad; estableciendo la curatela como principal medida de apoyo de orden judicial para las personas con discapacidad.
- Se eliminan tanto la patria potestad rehabilitada como la prorrogada.
- El complemento de capacidad que necesitan los menores emancipados, si faltan los progenitores, el encargado de atenderle es la figura del Defensor Judicial, el cual ejercerá funciones y responsabilidades también, en relación a las personas con discapacidad.
- Desaparece la incapacitación judicial por la provisión de las medidas de apoyo, con preferencia de las elegidas de manera voluntaria por la propia persona con discapacidad.

La Ley 8/2021 establece en el Título IX la tutela y la guarda de menores, hay que destacar el carácter exclusivo de la tutela como institución destinada a la protección de los menores

---

<sup>76</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; “La reforma de las instituciones de protección por obra de la Ley 8/2021, de 2 de junio”; *Derecho Civil IV, Derecho de familia y sucesiones*, Coord: SANCHEZ CALERO, FJ; Tirant Lo Blanch, ed: 10ª, Valencia, 2021, pp 335-337.

solamente. Por lo que a la vez que se modifica el contenido se reubica y reorganiza el Código Civil:

- Título IX: “*De la tutela y de la guarda de los menores*”, artículos 199 a 238.
- Título X: “*De la mayor de edad y de la emancipación*”, artículos 239 a 248.
- Título XI: “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, artículos 249 a 299.
- Título XII: “*Disposiciones comunes*”, artículo 300.

Tanto las medidas y resoluciones judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, voluntarias o judiciales, y las relativas a los cargos tutelares; se deben de inscribir en el Registro Civil.

El régimen jurídico de la tutela no presenta grandes cambios respecto al régimen jurídico anterior a la reforma, porque antes ya se habían realizado diversas reformas legislativas, como por ejemplo el refuerzo de las garantías en el ejercicio del cargo de tutor de menores en materia de protección de menores; junto a la tutela encontramos también el defensor judicial y la guarda como instituciones destinadas a la protección del menor.<sup>77</sup>

#### **4.2. Sistema tutelar.**

MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>V expresa que “*el ordenamiento jurídico civil regula un conjunto de instituciones, previstas con carácter general para atender a cualquier menor y relacionadas entre sí según criterios de supletoriedad y complementariedad que construyen un entramado en el que quedan cubiertas, al menos formalmente, todas las situaciones en las que teóricamente se puede encontrar el menor*”.<sup>78</sup>

Junto a la institución de la patria potestad encontramos instituciones de carácter tuitivo, y son las instituciones de guarda o tutelares. Estas proporcionan al menor la necesaria protección y asistencia, debido a que las circunstancias en las que vivían antes no les proporcionaban la asistencia y protección necesarias.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN<sup>79</sup> señala que las instituciones de guarda o tutelares pueden actuar de manera subsidiaria a la patria potestad; al igual que esta, las instituciones de guarda

---

<sup>77</sup> SOSPEDRA NAVAS, FJ; “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”. Aranzadi Digital, Ed: Aranzadi, S.A.U. p 9.

<sup>78</sup> MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>V; “El Título IX del Libro I y el modelo institucional de protección de menores”, Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal; Directora GUILARTE MARTÍN-CALERO, C; Thomson Returns, Aranzadi, Navarra, 2021, p 227.

<sup>79</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; “Sistema tutelar de menores”; *Curso de Derecho Civil I BIS, Derecho de Familia*; Coord: SÁNCHEZ CALERO, FJ; Tirant Lo Blanch, ed: 6<sup>o</sup>, Valencia, 2021, p 130.

se le atribuyen derechos sobre el menor y sus bienes, para que puedan cumplir con total eficacia con los deberes de protección del menor.

Más que de derechos se tratan de funciones, y así lo regula el Código Civil en el artículo 200: *“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”*.<sup>80</sup>

Se diferencian de la patria potestad, porque no necesariamente existe un vínculo de parentesco entre los responsables de la guarda y el menor; y se constituye a través de un acto de investidura en las potestades de guarda, el cual es confiado en la autoridad judicial o en el Letrado de la Administración de Justicia, salvo alguna excepción.

En lo que respecta a la situación de desamparo, la Administración asumirá guarda del menor; al respecto de la tutela administrativa, será por ministerio de la ley cuando se haya declarado la situación de desamparo; y cuando se trate de guarda administrativa se referirá a una institución cuyo objetivo es evitar que se declare la situación de desamparo. Siendo el acogimiento la medida que se adopte para la guarda del menor por parte de la Administración.<sup>81</sup>

#### **4.2.1. Características<sup>82</sup>.**

El Título IX del Libro I del Código Civil, tras la reforma realizada por la Ley 8/2021, en la rúbrica titulada *“De la tutela y de la guarda de menores”*, se encuentran las instituciones de la tutela y el defensor judicial, las cuales son de origen judicial; y la guarda de hecho considerada una institución de origen legal, porque puede iniciarse sin necesidad de la intervención de una autoridad judicial.

A parte de estas instituciones de guarda, el artículo 172. Bis del Código Civil regula la guarda administrativa, la cual es otra de las vías destinadas a la protección de los menores.

En función de las circunstancias y situaciones en las que se encuentre el menor necesitado de protección y asistencia se canalizará a través de una u otra institución de guarda de menores.

La tutela y el defensor judicial, aunque comparten el origen jurisdiccional, su finalidad es totalmente distinta. La tutela tiene como objetivo suplir la falta de capacidad de obrar de los

---

<sup>80</sup> Código Civil Español (1989) Artículo 200.

<sup>81</sup> MAYOR DEL HOYO, M<sup>º</sup>V; “El Título IX del Libro I y el modelo institucional de protección de menores”... p 229.

<sup>82</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; “Sistema tutelar de menores”... pp 130-131.

menores no sujetos a la patria potestad y, además, encomienda al tutor responsabilidades de ejercicio continuado, sobre el menor y sus bienes.

Mientras que el defensor del pueblo es una institución con la finalidad de suplir la falta de asistencia, la cual será de carácter transitorio o temporal; siendo provocada por ejemplo por un conflicto de intereses entre el menor y su representante o porque este último no pueda ejercer las responsabilidades y los deberes que se le encomendaron.

El sistema tutelar es un sistema de autoridad, debido al protagonismo de la autoridad judicial en el momento de la constitución y en el desarrollo de la potestad tuitiva. La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia nombrará a la persona que desempeñará las funciones de tutor o defensor judicial; además la autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia deben de conocer y ser conscientes de las causas tanto de inhabilidad como de remoción, además de desempeñar las tareas de control necesarias.<sup>83</sup>

Siempre deben tener presente el principio del interés superior del menor, ya que las potestades tutelares se ejercen en beneficio del tutelado, como especifica el Código Civil en el artículo 200.1 del Código Civil, donde se especifica y se da gran importancia a este principio del interés superior del menor: *“Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 podrán ser acordadas también por la autoridad judicial en todos los supuestos de tutela de menores, en cuanto lo requiera el interés de estos”*.<sup>84</sup>

#### **4.3. La tutela.**

Es una institución jurisdiccional regulada por el Código Civil en los artículos 199 a 234. La tutela da una protección al menor comparable a la de la patria potestad, la reforma operada por la Ley 8/2021, reserva la tutela exclusivamente a los menores de edad que no se encuentran protegidos por la institución de la patria potestad y lo que prevé el artículo 199, es que la institución de la tutela se interpondrá en los casos en que los menores no emancipados se encuentren en situación de desamparo o cuando los menores no emancipados no se encuentren sujetos a la patria potestad.<sup>85</sup>

La primera de las situaciones que indica el artículo 199 del Código Civil referida a la situación de desamparo de un menor debe ser solventada urgentemente con medidas de protección; y así se regula en el artículo 172 del Código Civil como en el artículo 18 de la Ley Orgánica de

---

<sup>83</sup> Junto al Ministerio Fiscal, regulado en el artículo 209 del Código Civil Español (1989).

<sup>84</sup> Código Civil Español (1989) Artículo 200.2.

<sup>85</sup> SOSPEDRA NAVAS, FJ; *“Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”*.... p 9.

Protección Jurídica del Menor; que atribuyen a la Entidad Pública del territorio correspondiente la tutela del menor, adoptando las medidas de protección necesarias para el caso.

Esta tutela por ministerio de la ley encomendada a la entidad pública del territorio correspondiente encargada de la protección de los menores se conoce como tutela Automática o administrativa, y así la diferenciamos del otro supuesto que regulaba el Código Civil en el artículo 199, conocida como tutela ordinaria.

La tutela ordinaria, llega como consecuencia de causas como, por ejemplo: la declaración de fallecimiento, muerte o ausencia de los progenitores, el desconocimiento de filiación, la privación de la patria potestad (*artículo 170 del Código Civil*) o la exclusión de ésta (*artículo 111 del Código Civil*).<sup>86</sup>

#### **4.3.1. La tutela automática o administrativa.**

Como refleja RUIZ-RICO RUIZ MORÓN <sup>87</sup>, en el momento que se tenga constancia de la existencia de una situación de desamparo, el artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor obligará a que toda persona o autoridad que conozcan de la situación de desamparo lo comuniquen a las autoridades para prestarle la asistencia y ayuda necesaria.

Una vez que se ha declarado la situación de desamparo de un menor, el primer efecto será la asunción de la tutela por ministerio de la ley y la adopción de medidas de protección necesarias para la guarda del menor.<sup>88</sup>

El artículo 222 del Código Civil regula: *“La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores”*.<sup>89</sup>

A diferencia de la tutela ordinaria, la tutela automática no requiere un acto de nombramiento del tutor; pero la comunicación es perceptiva, se les debe de comunicar la asunción de la tutela del menor por ministerio de la ley por parte de la entidad pública correspondiente: al Ministerio Fiscal, al Juez que dicto la tutela ordinaria, a los progenitores, guardadores o tutores y al menor afectado por la situación de desamparo si este tuviera la suficiente madurez o fuera mayor de 12 años.

---

<sup>86</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; “La tutela”.... pp 132-133.

<sup>87</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; “La tutela”.... pp 146-147.

<sup>88</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil). Lefebvre... p 28.

<sup>89</sup> Código Civil Español (1989), artículo 222.

Una vez declarada la situación de desamparo el menor es sometido a un régimen de tutela legal como regula el artículo 199.2 del Código Civil; suspendiendo la patria potestad o la tutela ordinaria en la que se encontrara el menor.

Si existieran personas o una persona que por vínculo afectivo o relaciones personales con el menor o por cualquier otra circunstancia puedan y quieran asumir la tutela del menor, en beneficio el interés superior de éste; se le nombraría tutor siguiendo las reglas del nombramiento en la tutela ordinaria. Pero antes de asignar al tutor o en la misma resolución del caso; se debe suspender o privar de la patria potestad, o acordarse la remoción de la tutela anterior.<sup>90</sup>

La Entidad Pública responsable de la tutela del menor, ejercerá la potestad de guarda tanto de la persona como de los bienes de ésta, de igual manera que si se tratara de una tutela ordinaria.

Esta titularidad de la potestad de guarda legitima a la Entidad Pública a decidir y adoptar medidas en relación con el menor, e incluso modificarlas y sustituirlas cuando sea oportuno. Las funciones de guarda de la Entidad Pública las desempeñará una persona física profesional, estableciendo con el menor una relación constante e inmediata.

La guarda del menor se realizará mediante las dos formas de acogimiento que recoge el artículo 172.ter del Código Civil: acogimiento familiar y acogimiento residencial. Aun así, la Entidad Pública correspondiente está obligada a proporcionar información a los progenitores, guardadores o tutores del menor, con la única excepción de la existencia de una resolución que impida proporcionar la información de la situación del menor.

Las medidas recogidas en el artículo 158 del Código Civil, como por ejemplo la prestación de alimentos, solo se acordarán de oficio por la autoridad judicial correspondiente o a instancia del propio menor, del Ministerio Fiscal o de la Entidad Pública. Las medidas que se acuerden y se adopten serán comunicadas seguidamente al Director del centro residencial en el que se encuentre el menor (*acogimiento residencial*) o a la familia acogedora del menor (*acogimiento familiar*).<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Código Civil Español (1989). Artículo 222. En el mismo artículo se regula también que solo el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los que sean llamados para ejercer la tutela podrán emprender la acción para la suspensión o privación de la patria potestad o la remoción de la tutela anterior; y solicitar el nombramiento de un tutor para aquel menor afectado por la situación de desamparo.

<sup>91</sup> Código Civil Español (1989), artículo 200.3.

Aunque sea la Entidad Pública quien esté ejerciendo la tutela del menor, la supervisión del Ministerio Fiscal va a ser necesaria; la información, informes, resoluciones referentes a la situación, circunstancias del menor... Son datos que debe de proporcionar la Entidad Pública al Ministerio Fiscal o directamente pedirlos él.

Otra diferencia entre el tutor de la tutela ordinaria y el de la tutela automática es que el primero sí que está obligado a prestar fianza cuando asume la tutela del menor en situación de desamparo, además sí que recibe retribución por ejercer los deberes y responsabilidades de tutor, mientras que en la tutela automática no.

Si la patria potestad o la tutela ordinaria se encuentran solamente suspendidas, según regula el artículo 172 del Código Civil, en el plazo de dos años, los progenitores o los tutores pueden solicitar a la entidad pública correspondiente que revoque la declaración de desamparo, debido al cambio de circunstancias que motivaron la declaración de desamparo y la evolución positiva, pudiendo asumir la patria potestad o la tutela de nuevo.

Además, en este plazo de dos años pueden oponerse a cualquier medida que se adopte en lo que respecta a la protección del menor. Una vez finalizado ese plazo solo podrá oponerse el Ministerio Fiscal a las diversas resoluciones de la Entidad Pública, aunque los progenitores pueden proporcionarle a éste y a la Entidad Pública, toda aquella información referente al cambio de circunstancias que motivaron aquella declaración de desamparo.

La tutela automática se mantendrá hasta que se verifique que han desaparecido las causas y circunstancias que motivaron la situación de desamparo, se emitan los informes correspondientes; o se produzcan alguno de los supuestos recogidos en el artículo 231 del Código Civil, como por ejemplo la mayoría de edad del menor; o se nombre al tutor siguiendo las reglas ordinarias, al amparo del artículo 222 del Código Civil.

Pero la tutela automática no solo cesará por estas circunstancias anteriormente expuestas, si no que, el artículo 172.5 del Código contempla otras tres situaciones que si se dan, cesaría la tutela automática.

Si al final es imposible el retorno del menor a la familia de origen, se podrá acordar, por parte de la entidad pública correspondiente, las medidas de protección que considere necesarias, incluso la posibilidad de la propuesta de adopción del menor, con conocimiento del Ministerio Fiscal. Pero también puede darse la situación contraria, si hay posibilidad de que el menor retorne a la familia de origen en beneficio de su propio interés, se revocara de oficio

o a instancia de parte por el Ministerio Fiscal, por la propia Entidad Pública o por la persona interesada; la declaración de desamparo.

Como conclusión, la tutela automática o administrativa es aquella que ejerce la Administración Pública competente para la protección de los menores en el territorio correspondiente, cuando se conoce de la existencia de un menor que es declarado en desamparo, obligando a la Administración Pública a decidir y adoptar todas las medidas necesarias para la guarda del menor.<sup>92</sup>

Hay multitud de casos donde se decide que la Entidad Pública debe de ejercer la tutela por ministerio de la ley, debido a la declaración de desamparo véase: Sentencia del Tribunal Supremo 78/2018, 14 de febrero de 2018; Sentencia del Tribunal Supremo 416/2015, 20 de julio de 2015, en la que juega un papel importante el interés superior del menor para la asunción de la tutela por la entidad pública<sup>93</sup>.

#### 4.3.1.1. Características.

- No tiene su origen en una resolución judicial, por lo tanto, no se sujeta a formalidades en su constitución.
- Es una tutela pública o administrativa, sólo puede ejercerla la Entidad Pública correspondiente.
- Es provisional y transitoria, porque debe respetar el principio de reinserción familiar del menor (*sólo si es posible y teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor*), sólo se mantendrá si las circunstancias que dieron origen a esta tutela persisten y se extinguirá cuando proceda la constitución de la tutela ordinaria.

La Entidad Pública velará por la protección del menor y de su propio interés; y así lo vemos por ejemplo El Pleno del Tribunal Supremo en la Sentencia núm: 321/2015 de 18 de junio de 2015, FJ: 3, fija doctrina jurisprudencial : *"La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control*

---

<sup>92</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil). Lefebvre... p 28.

<sup>93</sup> Más ejemplos de Sentencias: STS Sala de lo Civil, núm. 147/2022 de 23 febrero de 2022; STS Sala de lo Civil, núm 687/2015, 2 de diciembre de 2015; SAP León, núm: 11/2022, 21 de enero de 2022; SAP Madrid núm: 1221/2021, 20 de diciembre de 2021.

*judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada*<sup>94</sup>

#### 4.3.1.2. Cese.<sup>95</sup>

La tutela automática cesará cuando se aprecie la desaparición de las causas y circunstancias que dieron lugar a la tutela automática; y así los artículos 276 y 277.1 del Código Civil regulan algunos de estos supuestos de cese de la tutela automática como por ejemplo:

El fallecimiento del menor, la llegada o la concesión a la mayoría de edad del menor (*a no ser que haya sido declarado, judicialmente, incapacitado con anterioridad*); la adopción del menor o el supuesto de que los progenitores hayan recuperado la patria potestad.

También aparecen otros supuestos de cese de la tutela automática en el artículo 172.5 del Código Civil:

*“a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.*

*b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del expediente de protección y cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.*

*c) Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido”.*<sup>96</sup>

#### 4.4. El defensor judicial del menor.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN<sup>97</sup> identifica a esta institución como jurisdiccional; definiéndola como *“institución de guarda de menores con la que se viene a sustituir a los progenitores y tutores cuando éstos, en asuntos concretos o de manera transitoria, no pueden desarrollar las funciones que les son propias”*.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> STS Sala de lo Civil, Sala Primera, Sección Pleno, núm: 321/2015, de 18 de junio de 2015, FJ: 3.

<sup>95</sup> Ejemplos de cese de la tutela automática: STS Sala de lo Civil, núm 218/2022, de 21 de marzo de 2022; STS núm: 357/2021, de 24 de mayo de 2021, STS núm: 800/2011, 14 de noviembre de 2011; STS núm: 492/2018, de 14 de septiembre de 2018; SAP Guadalajara, núm: 249/2018 de 13 de diciembre de 2018.

<sup>96</sup> Código Civil Español (1989), artículo 172.5.

<sup>97</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; “Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores”... p 378// RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; “Instituciones de apoyo y protección”... p 150.

<sup>98</sup> Ejemplos: STS Sala de lo Civil, núm: 441/2016, 30 de junio de 2016. STS Sala de lo Civil, núm: 21/2003 de 17 enero de 2003. La STS, Sala de lo Civil, núm: 298/2017, de 16 de mayo de 2017; reconoce, siguiendo la doctrina de la Sala, que el defensor judicial es una de las figuras eficaces para la protección de la persona, junto a otras.

Las funciones que desempeñará dependerán de las atribuciones que se le han otorgado al nombrarlo; deberá ejercer estas funciones teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor, el pleno desarrollo de la personalidad y el disfrute de los derechos del menor.<sup>99</sup> Se nombrará defensor judicial en los casos que aparecen regulados en el artículo 235 del Código Civil:

Por la existencia de un conflicto de intereses entre los representantes legales y el menor/es. Sin embargo, si el conflicto se da solo con uno de los progenitores, el otro por ministerio de la ley será el encargado de representar al menor sin necesidad de nombrar al defensor judicial (*artículo 163.2 del Código Civil*). Y lo mismo sucede en el caso de los tutores; si hay varios tutores, representarán al menor aquellos tutores que no formen parte del conflicto de intereses (*artículo 220 del Código Civil*).

No cumplimiento de las funciones por parte del tutor, cualquiera que sea la causa. En este caso el defensor judicial representará al menor hasta que se solucione o cese la causa que motivo el incumplimiento de las funciones del tutor respecto del cuidado del menor; o hasta que se nombre a otra persona que desempeñe el ejercicio de la guarda del menor.

Por la existencia de un conflicto de intereses o la negativa de prestar el consentimiento de otorgar el complemento de la capacidad necesario para la emancipación del menor; supuesto que se encuentra regulado en los artículos 247 y 248 del Código Civil.

#### **4.5. La guarda administrativa.**

La guarda de menores es una institución por la cual una persona o una institución pública recibe a un menor, pero de forma transitoria, temporal; la persona responsable o la institución pública estará obligada a cuidarlo, alimentarlo, procurará darle una formación integral, tenerlo en su compañía y educarlo.<sup>100</sup>

La entidad pública asumirá por el tiempo que sea necesario la guarda del menor, hasta que desaparezca o se solucione la causa que ha imposibilitado a los progenitores o a los tutores desempeñar sus deberes de la patria potestad y de la tutela respectivamente.

Pero este plazo de tiempo tiene un máximo de dos años; con la excepción de que en beneficio del interés superior del menor se necesite una prórroga de este tiempo. Una vez finalizado el

---

<sup>99</sup> Y así aparece regulado en el Código Civil Español (1989) en el artículo 236; el cual señala que se aplicarán las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad reguladas en los artículos 296 a 298 del Código Civil Español también.

<sup>100</sup> Capítulo 6: Protección pública del menor, memento familia (civil). Lefebvre... p 32.

plazo de dos años el menor regresará con sus progenitores o tutores, o finalmente se le declarará en desamparo.

La titularidad de la patria potestad la poseerán los progenitores; pero la entidad pública encargada de la guarda del menor será la encargada de desempeñar el contenido personal de esta.

Así como la patria potestad no se puede delegar, la guarda administrativa que ostenta la entidad pública del menor sí, pudiéndola delegar al director del centro donde el menor se encuentre ingresado o vaya a ingresar, así como en la familia o personas que lo vayan a acoger.

Tanto si delega la guarda del menor como si no; la entidad pública es la responsable del menor; además esa guarda estará vigilada y controlada por el Ministerio Fiscal, y así lo prevé el artículo 174.1 del Código Civil.

La guarda administrativa puede empezar a ejercerse por iniciativa propia de la entidad pública gracias a una resolución administrativa, la cual le otorga la facultad de prestar atención y asistencia inmediata al menor, y esta guarda se conoce como guarda provisional.

También puede empezar gracias a la iniciativa de los progenitores o tutores que por diversas situaciones o circunstancias temporales y graves no puedan desempeñar sus deberes y no puedan cuidar del menor, y la conocemos como guarda voluntaria.

Por último, la guarda administrativa podrá comenzar, también, porque la autoridad judicial competente lo prevea en su resolución.

#### **4.5.1. Guarda provisional.**<sup>101</sup>

Podrá asumir la guarda de los menores la entidad pública por iniciativa propia y porque una resolución administrativa lo prevea. Esta guarda provisional aparece regulada en el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y en el artículo 172. 4 y 5 del Código Civil.

Tendrá que comunicar al Ministerio Fiscal de la situación y realizar todas las investigaciones pertinentes para averiguar las circunstancias en las que se encuentra el menor, con la mayor brevedad posible; y si procede, verificar si la situación de desamparo en la que se encuentra

---

<sup>101</sup> STS Sala de lo Civil núm: 687/2015, de 2 de diciembre de 2015; SAP Tarragona, Sección 1ª, núm: 403/2015, 5 de noviembre de 2015; SAP Barcelona, Sección 18ª, núm: 769/2014 de 18 noviembre de 2014. SAP de Lugo sección 1ª, núm 450/2021, de 4 de noviembre de 2021.

el menor corresponde con la declaración; y si es así procederá a asumir la tutela por ministerio de la ley o adoptará la medida de protección que considere procedente.

#### **4.5.2. Guarda voluntaria.** <sup>102</sup>

A iniciativa de los progenitores o tutores, la Entidad Pública podrá asumir la guarda del menor, cuando por circunstancias graves y temporales no puedan asistir y cuidar al menor; esta guarda voluntaria la prevén los artículos 172. bis y 172. Ter del Código Civil y el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Como su propio nombre indica se cederá de manera voluntaria la guarda del menor, pero los progenitores seguirán teniendo responsabilidades respecto del menor, como por ejemplo la entidad pública puede establecer una cantidad de dinero a abonar en concepto de alimentos (*artículo 172. Ter.4 Código Civil*). Además, debe de constar por escrito que son conscientes y entienden el proceso en el que se han involucrado de manera voluntaria y las responsabilidades que aún tienen.

En este escrito también debe de aparecer la forma en la que la entidad pública ejercerá la guarda del menor, es decir, si va a tratarse de un acogimiento familiar o residencial. Incluso, si fuera procedente una modificación en la forma de actuar de la Entidad Pública deberá de informarse tanto al Ministerio Fiscal como a los progenitores o tutores del menor.

#### **4.6. Guarda de hecho.**

La guarda de hecho hace referencia a que una persona sin designación legal y sin un nombramiento judicial; asume por propia iniciativa la defensa y representación de un menor.

Aunque se inicie por iniciativa propia, sin depender de un nombramiento judicial ni una designación legal; esta persona debe desempeñar responsabilidades y deberes ejerciendo funciones tuitivas respecto del menor.

Por ello la autoridad judicial, una vez conozca de la existencia de la guarda de hecho, requerirá al guardador de hecho para que le proporcione información de su actuación respecto del menor; de la situación y de los bienes del menor; estableciéndole medidas de control y vigilancia sobre la guarda de hecho que está ejerciendo sobre el menor.

---

<sup>102</sup> Doctrina legal y jurisprudencial y las circunstancias concurrentes para la declaración de desamparo: SAP de Bilbao, Sección 4ª, núm: 2230/2020, de 25 de noviembre de 2020; SAP de Lugo sección 1ª, núm 450/2021, de 4 de noviembre de 2021.

El Código Civil la contempla en el artículo 237 del Código Civil; y además prevé la posibilidad de que, si la guarda de hecho perdura en el tiempo, se le atribuyan judicialmente facultades tutelares, hasta que se adopte una medida de protección adecuada o se constituya un acogimiento temporal, por el que se convertirán los guardadores de hecho en acogedores.

La guarda de hecho no evita que se declare la situación de desamparo si existen los presupuestos objetivos relativos a la falta de asistencia del menor regulados en el artículo 172 del Código Civil.<sup>103</sup>

El artículo 238 del Código Civil prevé que las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad (*artículos 263-267 del Código Civil*) se apliquen de manera supletoria a la guarda de hecho del menor.

La Sentencia del Tribunal Supremo núm: 582/2014, de 27 de octubre de 2014, sobre la guarda de hecho: *“cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”*.<sup>104</sup>

#### **4.7. El acogimiento.**

Es una figura destinada a la protección de menores y personas con discapacidad, las cuales carecen permanente o temporalmente de un entorno familiar estable y adecuado.<sup>105</sup>

Hay dos clases de acogimiento, el familiar y el residencial, los podemos clasificar como casas y residencias respectivamente; y así los clasifica el Decreto de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía 355/2003, de 16 de diciembre, sobre Acogimiento Residencial de Menores.

Las casas siguen los patrones de un núcleo familiar, donde un profesional o varios supervisan el acogimiento del menor, pero son viviendas convencionales. En cambio, las residencias agrupan no solo un núcleo de convivencia como en las casas, si no que están formados por varios núcleos, parecidos a los de las casas; pero los menores que son acogidos en las residencias comparten espacios comunes; e igual que en las casas, los menores que se

---

<sup>103</sup> Código Civil Español (1989), artículo 237.1

<sup>104</sup> Veáse más ejemplos: STS, Sala de lo Civil, sección 1ª, núm: 747/2016, de 21 de diciembre de 2016//AAP de Valencia, sección 10ª, núm: 403/2020, de 13 de julio de 2020.

<sup>105</sup> RODRIGUEZ MARÍN, C; “Adopción, acogimiento y patria potestad”, *Derecho Civil IV, Derecho de familia y sucesiones*, Coord: SÁNCHEZ CALERO, FJ; Tirant Lo Blanch, 10ª ed, 2021, Valencia, p 315.

encuentran acogidos por residencias están supervisados y vigilados por educadores y formadores.

Siempre que sea posible en beneficio del interés superior del menor, el acogimiento familiar tiene carácter preferente frente al residencial, y una de las razones es que garantiza el derecho del menor a vivir en un entorno familiar, y no en un entorno institucional; y así lo regula el artículo 172.ter del Código Civil.

#### **4.7.1. Acogimiento familiar<sup>106</sup>.**

RODRIGUEZ MARÍN <sup>107</sup> lo define como una institución por la que se integra a un menor en una familia que no es la constituida por sus progenitores o tutores, el menor no tiene vínculos de parentesco con la familia de acogida; aparece regulado en el Código Civil en el artículo 173 y 173 bis.

Los acogedores deben ser idóneos y velar por el interés superior del menor; la Administración supervisará y controlará la capacidad acogedora de los responsables de cuidar y atender las necesidades del menor, valorará el nivel de aptitud educadora de los acogedores; además deben de facilitar tanto el cumplimiento del plan establecido para el caso concreto como el programa de reintegración en la familia de origen del menor si fuera posible.

También se debe de tener en cuenta la edad de los acogedores y la relación que tenían anteriormente con los menores. Se distinguen 7 tipos de acogimiento familiar <sup>108</sup>:

Acogimiento simple: suele tener una duración de unos seis meses, proporcionándole un entorno familiar seguro al menor, para intentar solucionar los problemas en su familia de origen gracias a un plan de intervención específico.

Acogimiento permanente: como su propio indica es un acogimiento indefinido, proporcionando a los menores un entorno familiar estable, porque no es posible el retorno con su familia biológica y tampoco es recomendable proponer la adopción del menor; por lo que se atribuirán a los acogedores facultades de tutela.

---

<sup>106</sup> STS, Sala de lo Civil, sección 1ª núm: 679/2013, de 20 de noviembre de 2013; STS, Sala de lo Civil, sección 1ª 47/2015, de 13 de febrero de 2015; STS Sala de lo Civil, sección 1ª, núm: 413/2018, de 3 de julio de 2018; STS Sala de lo Civil, Sección 1ª 550/2017, de 11 de octubre de 2017; STS Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 687/2015, 2 de diciembre de 2015. STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 407/2015, de 9 de julio de 2015. ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 7974/2021, de 15 de marzo de 2022.

<sup>107</sup> RODRIGUEZ MARÍN, C; “Adopción, acogimiento y patria potestad”... p 317.

<sup>108</sup> RODRIGUEZ MARÍN, C; “Adopción, acogimiento y patria potestad”... pp 317-318.

Acogimiento preadoptivo: es un acogimiento donde el retorno a la familia biológica es inviable e imposible, y ya es necesario proporcionarle al menor un entorno familiar estable con otra familia con la que se crearan vínculos de filiación; pero primeramente los acogedores convivirán con el menor durante cuatro meses y si es satisfactorio la Administración dictara el Auto que constituye la adopción.

Acogimiento en familia extensa: los acogedores serán miembros de la familia biológica del menor. Los familiares deben de haber solicitado el acogimiento del menor, probando a su vez la relación de consanguinidad hasta el tercer grado que mantienen con él; la solicitud de los familiares tiene carácter preferente frente a otra familia de acogida; pero sólo será posible si es beneficioso para el interés superior del menor.

Acogimiento en familia ajena: los acogedores serán familia del menor, pero comparten un grado de consanguinidad superior al tercer grado.

Acogimiento simple con familias acogedoras de urgencia: en este caso se intenta evitar que menores de siete años ingresen en centros de acogida; tiene una duración de seis meses, pero puede ser prorrogable otros tres meses cuando haya causa justificada; además se les exige de una manera más intensa plena capacidad y dedicación para cuidar del menor.

Acogimiento simple o permanente con familias profesionalizadas: atienden las necesidades de menores que padecen necesidades especiales debido a una enfermedad, discapacidades psíquicas, físicas o sensoriales, que sean inmigrantes... El acogedor/es, tienen que acreditar una formación adecuada en las necesidades especiales del menor.

Cualquiera de las modalidades de acogimiento familiar en la que se acoja al menor, la normativa autonómica juega un papel importante ya que deberá tenerse en cuenta dependiendo del tipo de familia acogedora.

#### 4.7.2. Acogimiento residencial.<sup>109</sup>

RODRIGUEZ MARÍN<sup>110</sup> lo define como el acto de ingresar al menor en un centro de protección adecuado a sus características donde recibirá la atención y educación necesaria; el director o responsable del centro será el que ostente el ejercicio de la guarda del menor.<sup>111</sup>

Este acogimiento es subsidiario, ya que la modalidad de acogimiento preferente es la familiar como establece el artículo 172 ter del Código Civil, debido a que si es posible el acogimiento familiar el residencial ni se plantea, solo cuando el familiar no sea posible y no favorezca el interés superior del menor se adoptará la modalidad de acogimiento residencial, el cual durará tres meses como máximo.

El Centro de acogida preparará al menor para la vida independiente, favorecerá el desarrollo de su integración a nivel social y personal; permitirá el vínculo con la familia de origen (*si es posible*), potenciando a su vez la educación integral del menor; además de tener responsabilidades y obligaciones respecto a los derechos a la vida e integridad física, y derechos de intimidad e imagen del menor.

#### 4.7.3. Extinción del acogimiento.<sup>112</sup>

Según establece el artículo 173.3 del Código Civil, el acogimiento puede extinguirse por una mala convivencia entre el menor y los acogedores; aquí no es necesario una resolución judicial; incluso el menor, sin llegar al grado de madurez necesario, puede solicitar a la Entidad Pública la remoción del acogimiento.

Se extinguirá de oficio el acogimiento por resolución judicial o administrativa para favorecer el interés superior del menor; por la propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, del menor con el grado de madurez suficiente; debiendo ser oídos los acogedores, el menor y los progenitores.

---

<sup>109</sup> Debe tenerse en cuenta el interés superior del menor y siempre prevaleciendo, si es posible, el acogimiento familiar frente al residencial, y así lo establece la doctrina del Tribunal Supremo en estas sentencias; STS Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 20/2018 de 17 de enero de 2018, núm: 93/2018 de 20 de febrero de 2018 o núm: 130/2018 de 7 de marzo de 2018// SAP de Santa Cruz de Tenerife sección 1ª, núm: 473/2021, de 25 de noviembre de 2021. SAP de Jaén, sección 1ª, núm: 1244/2021, de 1 de diciembre de 2021.

<sup>110</sup> RODRIGUEZ MARÍN, C; “Adopción, acogimiento y patria potestad”... p 320.

<sup>111</sup> Con la colaboración de la Entidad Pública y bajo la supervisión y vigilancia del Ministerio Fiscal.

<sup>112</sup> El artículo 19 .bis de la LOPJM en la redacción dada por la Ley 8/2015 de 22 de Julio, sigue el tratamiento jurisprudencial de las STS, Sala de lo Civil Sección 1ª, núm 60/2012, de 17 de febrero de 2012 y STS, Sala de lo Civil, Sección 1ªn núm: 537/2015, 28 de septiembre de 2015; sobre el retorno del menor a la familia biológica.

El artículo 173.4 del Código Civil recoge también como causas de extinción del acogimiento: la declaración de fallecimiento o fallecimiento del menor y acogedores; y evidentemente, la mayoría de edad del menor.

Una vez extinguido el acogimiento dependiendo de las circunstancias y del caso concreto, el menor podrá reintegrarse en su familia de origen o se podrá constituir una tutela ordinaria.

#### **4.8. Oposición a las medidas de protección de menores.**

Las medidas administrativas adoptadas en la materia de protección de menores se encuentran reguladas en el Capítulo V, del Libro IV, Título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, titulado “*de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción y oposición a determinadas resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil*”.<sup>113</sup> En la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra regulado en los artículos 779 y 780.

Se puede formular oposición contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ante los Tribunales Civiles; y así lo regula el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que lleva a pensar a que se refiere a una generalización, por lo tanto, cualquier resolución pública de una Entidad Pública dirigida a la protección de menores se puede impugnar, aun cuando el Código Civil no contenga la medida a la que hace referencia la resolución.

Y así ESCALADA LÓPEZ<sup>114</sup> destaca algunas de las medidas reguladas tanto del Código Civil como de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, ante las cuales se puede formular oposición:

En el artículo 172 aparecen las distintas medidas que pueden ser objeto de oposición, como son aquellas medidas que den lugar a la tutela por ministerio de la ley al declarar la situación de desamparo. Se hace referencia también a aquella resolución que estime la revocación y el cese de la suspensión de la tutela o de la patria potestad sobre el menor afectado; e incluso a aquellas medidas que presentándose un cambio de las circunstancias que dieron lugar al

---

<sup>113</sup> Rúbrica del Capítulo V del Título I del Libro IV redactada por el apartado dos de la disposición final cuarta de la Ley 20/2011, de 11 de julio, del Registro Civil (“BOE” 22 julio) En vigor desde el 30 de abril de 2021.// ESCALADA LÓPEZ, ML; “El procedimiento civil especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, *La oposición a las resoluciones administrativas...* p 84.

<sup>114</sup> ESCALADA LÓPEZ, ML; “El procedimiento civil especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, *La oposición a las resoluciones administrativas...* pp 89-90

desamparo y consideren que pueden volver a ejercer las responsabilidades que les encomienda tanto la patria potestad como la tutela se les deniegue.

A su vez, se podrá formular oposición ante aquellas resoluciones que ratifiquen, modifiquen o revoquen las medidas que se habían adoptado para la protección del menor declarado en desamparo.

Aquellas resoluciones que contengan medidas que no permitan asumir la guarda del menor solicitada de manera voluntaria por los progenitores o tutores; o por el contrario las que acuerden asumir la guarda voluntaria pero con condiciones distintas a las pactadas, o aquellas resoluciones que acuerden la guarda provisional del menor o denieguen la finalización de la guarda provisional, y así aparece en el mismo artículo en los apartados 4 y 5; y también en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

En los artículos 172 ter, 173 y 173 bis del Código Civil se podrá formular oposición a las resoluciones que determinen establecer el régimen de guarda del menor; aquellas que decidan establecer el acogimiento del menor (artículo 172 ter del Código Civil); en relación con esta última; también se podrá formular oposición a aquellas resoluciones que no permitan el cese del acogimiento del menor si es solicitado por los padres o tutores (artículo 173.3 y 4 del Código Civil). En el mismo artículo se encuentra la medida relativa al cese del acogimiento si el interés superior del menor se pueda ver perjudicado debido a una mala convivencia entre el menor y el responsable del acogimiento.

En los artículos 160 y 161 del Código Civil y en el artículo 20.3 d) 1º de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se regulan las medidas adoptadas en relativas al régimen de visitas y comunicaciones entre el menor y su familia, las cuales pueden ser objeto de oposición; también lo son las medidas reguladas en los artículos 176 y 176 bis del Código Civil, en lo relativo a las medidas que acuerden la guarda de cara a la adopción o las que directamente la proponen; o aquellas que declaren que el solicitante no es el idóneo para la adopción (artículo 176.2 del Código Civil).

También se puede formular oposición ante aquellas resoluciones que adopten medidas protectoras ante la situación de riesgo, reguladas en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Esta enumeración exhaustiva no significa que sean las únicas ante las que se puede formular una demanda de oposición, no es numerus clausulus, ya que cualquier medida administrativa acordada y dictada en resolución, en materia de protección de menores, puede ser objeto de

oposición; sobre todo aquellas que pretendan sustituir la voluntad contraria de los progenitores, como por ejemplo en las medidas educativas o intervenciones quirúrgicas.

#### **4.9. Posible retorno del menor a la familia de origen.**

Finalmente hay que hacer referencia al posible retorno del menor al ámbito familiar debido al cambio o desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo. La jurisprudencia utilizada a lo largo del Trabajo, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo núm: 565/2009, de 31 de Julio de 2009 o la Sentencia del Tribunal Supremo núm 537/2015, de 28 de Septiembre de 2015; ha expuesto que una evolución positiva de las circunstancias no es suficiente: *“Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.”*<sup>115</sup>

Pero citando la jurisprudencia sale un principio muy importante que tanto en la declaración de desamparo como en su revocación y retorno del menor a la familia biológica es muy importante; el principio del interés superior del menor; el cual es muy importante a la hora de considerar si es posible o no el retorno del menor con su familia; y así lo respalda el Código Civil.

Cómo regula el Código Civil, como refleja la Jurisprudencia y la Doctrina, el principio de reinserción del menor debe primar siempre que sea posible el retorno del menor a la familia de origen. En la mayoría de los casos se deniega el retorno del menor a la familia biológica debido a los vínculos afectivos con la nueva familia; por la nueva y mejorada calidad de vida

---

<sup>115</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 565/2009, de 31 de Julio de 2009; STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 537/2015, de 28 de Septiembre de 2015//Véase más ejemplos: SAP Oviedo, Sección 5ª, núm 20/2022, de 1 de Febrero de 2022; SAP Toledo, Sección 2ª, núm 9/2022, de 21 de Enero de 2022; SAP Girona, sección 2ª, núm 493/2021, de 20 de Diciembre de 2021.

que esta familia le ha aportado, lo que provocaría la separación del menor de la nueva familia sería dañar el interés superior de este.

## 5. CONCLUSIONES.

- En el presente Trabajo he analizado la situación y declaración de desamparo apoyándome en el Código Civil, en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en la jurisprudencia y en diferentes manuales de derecho de familia; siempre teniendo en cuenta la reciente reforma realizada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Además, debido a que nos encontramos en Valladolid, Castilla y León; he decidido centrarme en esta Comunidad Autónoma, para exponer de manera concreta su normativa ante la situación de desamparo regulada en la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; y no solo hacer un análisis general englobando las diferentes normativas autonómicas.

- Hay que resaltar la gran importancia que tiene la reciente reforma la legislación civil y procesal proporcionada por la Ley 8/2021, se reorganizara el Libro I del Código Civil separando la materia de menores de la relativa a las personas con discapacidad, configurando un nuevo Título en materia de protección de menores, el Título IX “*De la tutela y la guarda de menores*”.
- Considero que un principio a tener en cuenta en materia de protección de menores que tiene una gran importancia es el principio del interés superior del menor, es uno de los principios base; se debe valorar de manera personal y singular para cada caso concreto, no pudiéndose generalizar y utilizar para todos los casos igual.

Obligaré tanto a instituciones públicas, como a Tribunales, autoridades administrativas o autoridades privadas; la finalidad de este principio es defender al más débil.

- Como he expuesto en el Trabajo el concepto de desamparo es un concepto jurídico indeterminado; porque depende del caso, las circunstancias concretas y la

interpretación dada por la Administración y por la Jurisdicción (*cuando se recurra la declaración de desamparo*).

Por lo tanto, cada interpretación dará lugar a diferentes soluciones, pero en todas ellas hay un factor que es común y se debe de tener en cuenta: el interés superior del menor; además en casi todas, por no decir todas, las Sentencias que he citado a lo largo del Trabajo, tienen en cuenta y hacen referencia al principio del interés superior del menor. Además, los indicadores de la situación de desamparo que regula el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, no se encuentran completamente definidos, por ejemplo cuando hace referencia al consumo de sustancias adictivas ¿Cuáles son esas sustancias adictivas?

- Es muy importante saber diferenciar una situación de riesgo y una situación de desamparo; el presente Trabajo se ha centrado solamente en la situación de desamparo, siendo esta más grave. La gravedad es tal que las medidas de protección del menor supondrán la separación del menor de su ámbito familiar; a diferencia de la situación de riesgo donde se adoptarán medidas de apoyo para solucionar las controversias, pero en el entorno familiar.
- Una vez detectada la situación de desamparo se suspenderá la patria potestad, se separará al menor de su entorno familiar y la Entidad Pública del territorio correspondiente competente para la protección de los menores, obtendrá la tutela del menor por ministerio de la ley; con su debida tramitación procesal y la posibilidad de plantear oposición a esta declaración.
- El Título IX junto el Título VII forman un conjunto de instituciones de protección de menores. La Patria Potestad es la primera institución destinada a la protección del menor, si el interés y bienestar del menor están protegidos, pero podemos encontrarnos con acontecimientos como la situación de desamparo del menor en la que se centra el presente Trabajo, aquí vuelvo a resaltar la importancia de la reforma realizada por la Ley 8/2021, ya que indica como institución subsidiaria a la Patria Potestad la Tutela, la reforma realizada por la Ley 8/2021 le otorga exclusividad para la protección de los menores, como institución de protección.

Pero en lo que respecta al tema del Trabajo, la Tutela que hay que destacar es la que contempla el artículo 199 del Código Civil, que es la Tutela Administrativa, dedicada a la protección del menor ya declarado en desamparo; y así la diferenciamos de la Guarda Administrativa (*otra institución de protección de los menores*), la cual la podemos definir como preventiva, porque su objetivo es impedir que se produzca la situación de desamparo.

Estas dos instituciones de protección de menores tienen en común el hecho de que la Administración asume la guarda del menor; y el modo de ejercer esa guarda es a través del acogimiento, prefiriendo que éste sea, si es posible, familiar y si no lo es se optara por el acogimiento residencial.

- A parte de la guarda administrativa, encontramos la guarda de hecho, caracterizada porque el guardador no será la Administración, si no una persona que por propia iniciativa y sin una designación legal asume las responsabilidades y deberes tuitivos, aunque si la situación se prolonga en el tiempo se le otorgaran facultades de tutela respecto del menor.
- Otra de las instituciones destinadas a la protección del menor que se ha mostrado en el este Trabajo ha sido el Defensor Judicial, el cual intervendrá en los conflictos de intereses en los que una de las partes sea el menor.
- Las sucesivas reformas que han afectado al Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y de la Ley de Enjuiciamiento civil, han provocado efectos positivos y un reforzamiento en materia de protección de menores. Aunque sigue siendo necesario por ejemplo que el concepto de desamparo fuera más concreto y no un concepto jurídico indeterminado que depende, básicamente, de la interpretación de sus indicadores para detectarlo.
- En definitiva, lo que se persigue con la declaración de desamparo es la correcta protección de los menores que se encuentran en un grave peligro física como psíquicamente por el incumplimiento de los deberes y obligaciones de los responsables que los tienen a su cargo; dañando el principio del interés superior del menor.

## 6. BIBLIOGRAFÍA.

ARCE FERNÁNDEZ, I; “*El desamparo de Menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*”, Universidad de Oviedo, 2011.

ARGELICH COMELLES, C; “*Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo*”, Revista de Derecho Civil, Volumen IV, núm 4, 2017.

BENAVENTE MOREDA, P; “*Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego*”; Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: “*Manual de Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho de la persona*”. (8ª ed) Bercal S.A, Madrid, 2021.

BOCCIO SERRANO, M<sup>ª</sup>J; “*El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*”. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2015.

CABALLERO LOZANO, JM<sup>ª</sup>; VICENTE DOMINGOS, E; CARRANCHO HERRERO M<sup>ª</sup>T; “*Manual de Derecho Civil, Derecho de la Persona*”, Coord: VICENTE DOMINGO, E; Volumen I, Wolters Kluwer, 2021.

Capítulo 6: *Protección pública del menor, memento familia (civil)*. Lefebvre. Universidad de Valladolid. Página web:

<https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL#%2FpresentarMemento.do%3Fhref%3D7dbdbc4d%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3DA849%26marginal%3D2701%26rnd%3D0.5867668905110972%26idConsultaActiva%3D2%26fulltext%3Don>

DE LORENZO GARCÍA, R; CAYO PÉREZ BUENO, L; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C; “*Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*”, Directora: GUILARTE MARTÍN-CALERO, C; Serie derecho de la discapacidad; Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

DE PALMA DEL TESO, A.: “*El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores*”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011.

ESCALADA LÓPEZ, ML: *“La oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores particularidades procesales”*, Tirant lo blanch 2021, Valencia.

ESCRIBANO TORTAJADA, P,: *“Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales”*; *La Ley Digital*, 2009.

FERNÁNDEZ BERMEJO *“Derecho del menor: la reforma de 1987”*. Revista Menores, 7, 1988.

GARCÍA PÉREZ, CL; GÓNZALEZ PACANOWSKA, IV; MACANÁS VICENTE, G,; *“Lecciones de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona”*. Coordinador Martín García-Ripoll Montijano/ Diego Marin Libro-Editor, Murcia, 2016.

LASARTE ALVAREZ, C,: *“General y Derecho de la Persona. Principios del Derecho Civil I”*, Marcial Pons, 26 edº, Madrid, 2021.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, MªT; REYES LÓPEZ, MªJ; CHAPARRO MATAMOROS, P; ATIENZA NAVARRO, Mª L, ALVENTOSA DEL RÍO, J; CARRIÓN OLMOS, S; DE VERDA Y BEAMONTE; JR; ORTEGA GIMÉNEZ, A; SERRA RODRÍGUEZ, A,: *“Derecho Civil IV, Derecho de Familia”*, Tirant Lo Blanch, 3ª ed, 2020

MÚRTULA LAFUENTE, V,: *“El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género”*, *eLibro.net*, DYKINSON S.L, 2016.

ORDÁS ALONSO, M: *“El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad”*, *La Ley digital*, Bosch edº 1ª, LA LEY 10565/2019, 2019.

OSSORIO SERRANO, JM; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; RODRIGUEZ MARÍN, C; MORENO TRUJILLO,E; MATEO SANZ, JB; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B; PALAZÓN GARRIDO, ML,: *“Derecho Civil IV, Derecho de familia y sucesiones”*, Coord: Sánchez Calero, FJ; Tirant Lo Blanch, 10ª ed, Valencia, 2021.

PÉREZ VALLEJO, AM.: *“Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes”*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

POUS DE LA FLOR, MªP; LASARTE ÁLVAREZ, C; TEJEDOR MUÓZ, L; SERRANO GIL, A; LEONSEGUI GUILLOT, R A; DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ, MªD; RUIZ JIMENEZ J,: *“Protección Jurídica del Menor”*, Tirant Lo Blanch, 1ª ed, Valencia, 2017

ROCA I TRIAS, E,: *“Libertad y familia”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; RODRIGUEZ MARÍN, C,: *Curso de Derecho Civil I BIS, Derecho de Familia*; Coord: Sánchez Calero, FJ; Tirant Lo Blanch, ed: 6º, Valencia, 2021

SANTAMARÍA PÉREZ, ML.; *“La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional”*, Tesis doctoral, Universidad Internacional de Cataluña, 2017.

SOSPEDRA NAVAS, FJ; *“Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”*. Aranzadi digital núm 1/2021, Ed Aranzadi, S.A.U. BIB 2021/3733, 2021.

## **ANEXO I**

### **Sentencia Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.**

STEDH, Sección 4ª, caso Kutzner contra Alemania, 26 de febrero de 2002. *Aranzadi Digital (JUR 2002\90046)*.

### **Sentencia Tribunal Constitucional.**

STC Sala Primera, núm 75/2005, 4 de abril de 2005. *Buscador Jurisprudencia Constitucional. (BOE númº 111, de 10 de mayo de 2005)*.

### **Sentencias Tribunal Supremo.**

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 21/2003 de 17 enero de 2003. *Iustel. Ref: §334504*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 565/2009, de 31 de Julio de 2009. *Cendoj: 28079110012009100603*.

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 84/2011, 21 de febrero de 2011. *La Ley Digital 1229/2011. ECLI: ES:TS:2011:605*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 800/2011, 14 de noviembre de 2011. *Iustel Ref: §343625, Ref Cendoj: 28079110012011100743*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 60/2012, de 17 de febrero de 2012. *Iustel Ref: §346114; Ref Cendoj: 28079110012012100070*.

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 657/2012 de 15 de noviembre de 2012. *Iustel Ref: §353718. Ref Cendoj: 28079110012012100727*

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 679/2013, de 20 de noviembre de 2013. *Iustel Ref: §359675. Ref Cendoj: 28079110012013100683*.

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 582/2014, 27 de octubre de 2014. *Aranzadi Digital RJ 2014\5183*.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 47/2015, de 13 de febrero de 2015. *Ref Iustel: §360294; Ref Cendoj: 28079110012015100032*.

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª Pleno, núm: 321/2015, de 18 de junio de 2015. *Aranzadi Digital RJ 2015\2293*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 407/2015, de 9 de julio de 2015. *Cendoj: 28079110012015100392.*

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 537/2015, 28 de septiembre de 2015. *La Ley Digital LA LEY 136686/2015 ECLI: ES:TS:2015:3999*

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 540/2015, 15 de octubre de 2015. *La Ley Digital: LA LEY 143825/2015 ECLI: ES:TS:2015:4159*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 687/2015, 2 de diciembre de 2015. *La Ley Digital LA LEY 192072/2015 ECLI: ES:TS:2015:5220.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 170/2016, 17 de marzo de 2016. *Cendoj: 28079110012016100172.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 441/2016, 30 de junio de 2016. *Iustel Ref: §361103. Cendoj Ref: 28079119912016100015.*

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 663/2016, 14 de noviembre de 2016. *Iustel Ref: §361308. Cendoj Ref: 28079110012016100649.*

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 747/2016 , de 21 de diciembre de 2016. *Iustel Ref: §361327. Cendoj Ref: 28079110012016100709.*

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 298/2017, de 16 de mayo de 2017. *La Ley Digital LA LEY 48331/2017 ECLI: ES:TS:2017:1901.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 484/2017, 20 de Julio de 2017. *Aranzadi Digital RJ 2017\3385.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 535/2017, 2 de octubre de 2017. *Iustel Ref: §361984. Cendoj Ref: 28079110012017100509.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 550/2017, de 11 de octubre de 2017. *La Ley Digital: LA LEY 142272/2017 ECLI: ES:TS:2017:3540.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 20/2018 de 17 de enero de 2018. *La Ley Digital: LA LEY 487/2018 ECLI: ES:TS:2018:47.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 93/2018 de 20 de febrero de 2018. *La Ley Digital: LA LEY 4284/2018 ECLI: ES:TS:2018:568.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª núm: 130/2018 de 7 de marzo de 2018. *La Ley Digital: LA LEY 10358/2018 ECLI: ES:TS:2018:813.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 235/2018, de 23 de abril de 2018. *Iustel Ref: §362451. Cendoj Ref: 28079110012018100220.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 413/2018, de 3 de julio de 2018. *La Ley Digital: LA LEY 80376/2018 ECLI: ES:TS:2018:2550.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 492/2018, de 14 de septiembre de 2018. *Iustel Ref: §362744. Cendoj Ref: 28079110012018100493.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 126/2019, de 1 de marzo de 2019. *Iustel Ref: §363296. Cendoj Ref: 28079110012019100121.*

STS Sala de lo Penal, Sección 2ª, núm: 665/2019, 14 de enero de 2020. *Iustel Ref: §363603. Cendoj Ref: 28079120012020100023.*

STS Sala de lo Penal, Sección 2ª, núm: 162/2020 de 19 mayo 2020. *La Ley Digital: LA LEY 90746/2020 ECLI: ES:TS:2020:939.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 357/2021, de 24 de mayo de 2021. *Aranzadi Digital: RJ 2021\2530.*

STS Sala de lo Civil, sección 1ª, nº resolución 706/2021, 19 de octubre de 2021. *Aranzadi Digital RJ 2021\4847.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 858/2021, de 10 de diciembre de 2021. *Aranzadi Digital RJ 2021\5501.*

STS Sala de lo civil Sección 1ª, núm 147/2022, 23 de febrero de 2022. *La Ley Digital: LA LEY 20520/2022 ECLI: ES:TS:2022:695.*

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 218/2022, de 21 de marzo de 2022. *La Ley Digital: LA LEY 44944/2022 ECLI: ES:TS:2022:1115.*

### **Autos Tribunal Supremo.**

ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 29 octubre 2013. *Aranzadi Digital JUR\2013\338385.*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 1 de abril de 2014. *Aranzadi Digital JUR/2014/109705*

ATS de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, con fecha de 27 de mayo de 2014, núm rec: 1919/2013.  
*La Ley Digital: LA LEY 64191/2014 ECLI: ES:TS:2014:4688A.*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, 10 de febrero de 2016. *Aranzadi Digital JUR/2016/36716*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18 de mayo de 2016. *Aranzadi Digital JUR\2016\117956*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, 28 de octubre de 2020. *Aranzadi Digital JUR\2020\316732.*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm rec: 50/2020, 13 enero 2021. *Aranzadi Digital JUR 2021\32249.*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm rec: 6322/2020, de 9 Junio 2021. *Aranzadi Digital JUR 2021\205007.*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm rec: 5530/2021, 26 de enero de 2022. *Cendoj: 28079110012022200486.*

ATS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm rec: 7974/2021, de 15 de marzo de 2022. *Aranzadi Digital : JUR 2022\118911.*

### **Sentencias Tribunales Superiores de Justicia.**

STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, num 16/2011, 31 de marzo de 2011.  
*Cendoj: : 08019310012011100016.*

STSJ de Galicia, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm: 10/2012, fecha 22 de febrero de 2012.  
*Cendoj: 15030310012012100010.*

### **Auto Tribunal Superior de Justicia.**

ATSJ de Cataluña Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, núm rec: 186/2021, 10 de diciembre de 2021. *Cendoj: 08019310012021200427.*

### **Sentencias Audiencias Provinciales.**

SAP de Castellón, Sección 2ª, núm 75/2013, 25 de mayo de 2013.

SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 298/2014, 2 de mayo 2014. *Aranzadi Digital: JUR 2014\179220.*

SAP Barcelona, Sección 18ª, núm: 769/2014 de 18 noviembre de 2014. *Cendoj: 08019370182014100757.*

SAP de Sevilla, Sección 2ª, núm 210/2015, 21 de mayo de 2015. *Cendoj: 41091370022015100195.*

SAP Tarragona, Sección 1ª, núm: 403/2015, 5 de noviembre de 2015. *Cendoj: 43148370012015100400.*

SAP de Zamora, Sección 1ª, núm 41/2016, de 26 febrero 2016. *Cendoj: 49275370012016100091.*

SAP Guadalajara, Sección 1ª, núm: 249/2018, de 13 de diciembre de 2018. *Cendoj: 19130370012018100368.*

SAP de Cádiz, Sección 5ª, núm 585/2020, 28 mayo 2020. *Cendoj: 11012370052020100486.*

SAP de Vizcaya (Bilbao), Sección 4ª, núm: 2230/2020, de 25 de noviembre de 2020. *Cendoj: 48020370042020100552.*

SAP de Zaragoza, Sección 2ª, núm: 6/2021, 13 de enero de 2021. *Cendoj: 50297370022021100015.*

SAP de Lugo Sección 1ª, núm 450/2021, de 4 de noviembre de 2021. *Cendoj: 27028370012021100438.*

SAP de Santa Cruz de Tenerife Sección 1ª, núm: 473/2021, de 25 de noviembre de 2021. *Cendoj: : 38038370012021100476.*

SAP de Jaén, Sección 1ª, núm: 1244/2021, de 1 de diciembre de 2021. *Cendoj: 23050370012021101238.*

SAP Tarragona Sección 1ª, núm 810/2021, fecha 7 de diciembre de 2021. La Ley Digital: *LA LEY 313010/2021 ECLI: ES:APT:2021:2006.*

SAP Girona, sección 2ª, núm 493/2021, de 20 de diciembre de 2021. *Cendoj:* 17079370022021100474.

SAP Madrid, Sección 22ª, núm: 1221/2021, 20 de diciembre de 2021. *Cendoj:* 28079370222021101125.

SAP León, Sección 2ª, núm: 11/2022, 21 de enero de 2022. *Cendoj:* 24089370022022100010.

SAP Toledo, Sección 2ª, núm 9/2022, de 21 de enero de 2022. *Cendoj:* 45168370022022100021.

SAP Asturias (*Oviedo*), Sección 5ª, núm 20/2022, de 1 de Febrero de 2022. *Cendoj:* 33044370052022100030.

### **Auto Audiencia Provincial.**

AAP de Valencia, sección 10ª, núm: 403/2020, de 13 de julio de 2020. *Cendoj:* 46250370102020200343.