

La guarda como medida de protección
de menores y personas con discapacidad
tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28
de julio, de modificación del sistema
de protección a la infancia y a la adolescencia

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La Ley Orgánica 1/1996 supuso un importante hito legislativo en la protección de los menores de edad, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 39 de la Constitución, que impone a los poderes públicos la salvaguarda de su interés superior y dotarles de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, entre ellos, destacadamente, por la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

No obstante, tras casi veinte años de su entrada en vigor, se hacía precisa una revisión en profundidad del sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia. Labor que ha sido acometida por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015.

De entre las muchas novedades introducidas por estas dos Leyes, cabe destacar la profunda reforma de la que han sido objeto la guarda de hecho y la guarda administrativa, a las que se ha dotado de un régimen jurídico más completo y articulado, con el consiguiente avance y mejora en la protección de los menores, y por ende de las personas con discapacidad. El análisis de esa nueva regulación de la guarda constituye el objeto de este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Interés superior del menor, guarda de menores y personas con discapacidad, clases de guarda.

ABSTRACT

The Organic Law 1/1996 was a historic landmark in the legal protection of minors in Spain, in compliance with the mandate contained in Article 39 of the Constitution, which requires to safeguard the best interests of minors and provide them the protection laid down, notably, in the United Nations Convention on the Rights of the Child.

However, almost twenty years after its entry into force, it was required an in-depth review of the system of legal protection of children and adolescents. This task has been undertaken by the Organic Law 8/2015 and the Law 26/2015.

Among the many innovations introduced by these laws, it is worth mentioning the deep reform of child custody. It has been endowed with a more complete and articulated legal regime than before, with the consequent improvement in the protection of minors and disables. Therefore, the aim of this paper will be its analysis.

KEY WORDS

Best interests of minors, child custody, disables custody, types of child custody.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Regulación de la guarda antes de la reforma.* 1. La guarda de hecho y su evolución; 2. La guarda administrativa.—III. *Regulación de la guarda tras la reforma de 2015.* 1. La guarda de hecho tras la reforma: 1.1 La nueva redacción del artículo 303.1 del Código Civil: la posible atribución judicial al guardador de facultades tutelares y del acogimiento temporal del guardado. 1.2 La legitimación judicial de la guarda de hecho. 1.3 Valoración de la reforma. 2. La nueva regulación de la guarda administrativa: 2.1 Modalidades de guarda: a) La guarda provisional; b) La guarda voluntaria; c) La guarda de la Entidad pública por mandato judicial; d) La guarda con fines de adopción. 2.2 Previsiones comunes a los distintos tipos de guarda administrativa: a) La subsidiariedad, b) La temporalidad, c) La primacía de la reintegración familiar del menor, d) El control y apoyo público de las medidas adoptadas, e) Prioridad de las medidas familiares, f) Obligaciones de los titulares de la patria potestad o la tutela del menor, g) Implantación de un sistema de conocimiento y seguimiento de la situación de la protección de la infancia y la adolescencia en España.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los principios rectores del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, no cabe duda del papel preeminente que corresponde al interés superior del menor. Concepto que presenta

una triple funcionalidad, toda vez que su salvaguarda no solo constituye un derecho sustantivo de los menores de edad, sino también un principio general del derecho que debe informar el ordenamiento jurídico y su interpretación, así como una norma de procedimiento, que debe regir siempre que haya que tomar una decisión en la que se vean afectados menores de edad¹.

Este principio fue expresamente recogido en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor, encontrando anclaje constitucional en el artículo 39 de la Constitución española que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Entre ellos destaca la Convención de Derechos del Niño de 1989, que fue especialmente tenida en consideración por nuestro legislador con ocasión de la promulgación de la citada Ley.

La Ley Orgánica 1/1996 supuso, sin lugar a dudas, un importante hito legislativo en la protección jurídica de los menores de edad. No obstante, transcurridos prácticamente veinte años desde su entrada en vigor, durante los cuales la realidad social y jurídica en la que se desenvuelven los menores de edad ha experimentado una significativa evolución, era manifiesta la necesidad de someter el sistema de protección de la infancia y la adolescencia a una profunda revisión, mediante los necesarios ajustes de la normativa sustantiva y procesal que regula la materia. Y ello, al objeto de dotarlo de una mayor coherencia y eficiencia, y de responder a los mandatos contenidos en nuevos instrumentos internacionales ratificados por España², así como a las propuestas y observaciones

¹ Esta triple funcionalidad del interés superior del menor está expresamente recogida en la observación general n.º 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). De ella se hace eco expresamente, a título ilustrativo, la STS, sala 1.ª, 416/2015, de 20 de julio.

² Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales, el propio legislador hace especial mención, junto a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007; a dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010); a tres Convenios del Consejo de Europa (el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España el 16 de julio de 2010; el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado el 22 de julio de 2010; y el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 y ratificado el 11 de noviembre de 2014). Asimismo, hace mención al Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo

emitidas por diversos organismos nacionales e internacionales durante estos años³, y a la paulatina concreción jurisprudencial del interés superior del menor⁴.

Esa necesaria reforma del sistema de protección de los menores de edad ha sido recientemente acometida por nuestro legislador a través de dos leyes estatales, al objeto de garantizarles una protección adecuada y uniforme en todo el territorio del Estado. Estas leyes son la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵.

a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

³ A este respecto hay que hacer especial mención a la Observación general n.º 13 de 2011 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; a la Observación general n.º 14 de 2013 del Comité sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; así como las observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010; a los documentos del Defensor del Pueblo, «Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad» de 2011 y «La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles» de 2012; y a las Circulares de la Fiscalía General del Estado 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, y 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave (disponibles en <https://www.fiscal.es>); así como a las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (BOCG. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2010).

⁴ A este respecto, resultan de interés, entre otras, las SSTEDH de 16 de noviembre de 1999, 28 de junio de 2007, 26 de mayo de 2009, 22 de septiembre de 2009, 4 de diciembre de 2012 y 16 de diciembre de 2014; las SSTJUE 6 de junio de 2013, 9 de noviembre de 2010, 1 de julio de 2010; las SSTC de 20 de mayo de 2002, 19 de abril de 2004, 23 de febrero de 2009, 14 de diciembre de 2009, 3 de junio de 2013, 1 de febrero de 2016 y 11 de abril de 2016; y las SSTs de 16 de noviembre de 1999, 11 de febrero de 2011, 21 y 22 de julio de 2011, 27 de septiembre de 2011, 13 de febrero de 2015, 18 de marzo de 2015, 16 y 20 de julio de 2015, 26 de noviembre de 2015, 16 de diciembre de 2015, 4 y 9 de marzo de 2016, 17 de marzo de 2016 y 20 de abril de 2016.

⁵ De conformidad con este objetivo, la Ley 26/2015 precisa los títulos competenciales en los que se sustenta en su DF 15.ª Entre ellos destaca la referencia a la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española (en adelante CE), sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. Además, el artículo cuarto, la DT 1.ª y la DF 1.ª se dictan al amparo del artículo 149.1.6.ª CE que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación procesal; la DF 2.ª tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1.ª y 16.ª CE; la DF 3.ª se dicta al amparo del artículo 149.1.7.ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación laboral; la DF 4.ª al amparo del artículo 149.1.18.ª CE, constituyendo bases del régimen estatutario de los funcionarios, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas que ya disponen de competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas y especialidades derivadas de la organización administrativa y funcional propia de las Comunidades Autónomas; y la DF 5.ª al amparo del artículo 149.1.1.ª, 7.ª y 17.ª de la Constitución.

A su vez, la DF 4.ª de la Ley Orgánica 8/2016 señala que esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artícu-

De un lado, la Ley 26/2015 se estructura en cuatro artículos: en el primero de ellos se acomete una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección de la infancia y la adolescencia a través de la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; en el segundo se contienen las reformas que afectan al Código Civil; en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; y en el cuarto las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Su articulado se completa con veintiuna disposiciones finales, procediéndose en las catorce primeras a hacer una serie de ajustes en otras normas⁶, y en las restantes a precisar el título competencial en el que se sustenta la Ley, habilitar para su desarrollo reglamentario al Gobierno y las Ciudades de Ceuta y Melilla, habilitar al Gobierno para la creación del registro central de delincuentes sexuales, precisar las normas de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE incorporadas en esta ley, disponer que las medidas incluidas en la ley no podrán suponer incremento del gasto público y establecer su entrada en vigor.

Por su parte, la Ley Orgánica 8/2015 se ocupa de complementar esas reformas introduciendo en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica por incidir

lo 149.1.8.^a CE; salvo el artículo segundo, la DT única, la DF1.^a y la DF 3.^a, que se dictan al amparo del artículo 149.1.6.^a CE que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación procesal, así como la DF 2.^a, que modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que se dicta al amparo del artículo 149.1.2.^a CE que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de extranjería.

⁶ En la DF 1.^a se recogen las modificaciones que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; en la DF 2.^a las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; en la DF 3.^a la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la DF 4.^a la que afecta a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; en la DF 5.^a las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; en las DDFD 6.^a y 7.^a las relativas a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa; en la DF 8.^a las correspondientes a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en la DF 9.^a la que afecta a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en las DDFD 10.^a a 14.^a las que afectan a la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

en derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Constitución⁷.

De entre las muchas novedades sustantivas y procesales introducidas por estas dos leyes, el objeto de estas líneas se centra en analizar la nueva regulación de la que ha sido objeto la guarda de menores. Y ello, no sólo en lógica correspondencia con el mayor protagonismo que esta institución está llamada a asumir al amparo de la regulación vigente, al haberse introducido nuevas modalidades de guarda y haberse deslindado con mayor nitidez la guarda administrativa de la tutela administrativa; sino también porque, a pesar de haber sido objeto de una mayor atención, sus perfiles siguen siendo aún algo borrosos tras la reforma, por lo que trataremos de precisar cuáles son sus principios rectores. Y ello, sin pasar por alto la inevitable incidencia de esta reforma en la protección de las personas con discapacidad, toda vez que los instrumentos de protección de unos y otros son básicamente concurrentes. Aunque en ocasiones, como se pondrá de relieve, se echa en falta en la reforma esa imprescindible visión de conjunto con la que ha de ser abordada y regulada esta materia.

II. REGULACIÓN DE LA GUARDA ANTES DE LA REFORMA

Con anterioridad a la reforma, el legislador dio a la guarda un limitado protagonismo dentro de los instrumentos de protección de los menores de edad, y por ende de las personas con discapacidad, contemplándose únicamente dos modalidades: la guarda de hecho y la guarda administrativa. De las cuales sólo la guarda administrativa estaba específicamente encuadrada dentro del sistema de protección de menores, previéndose que la guarda de hecho también pudiera tener lugar en relación a personas que presuntamente tuvieran su capacidad de obrar mermada a causa de discapacidad.

⁷ La Ley se compone de dos artículos, recogiendo en el primero las modificaciones de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y en el segundo las relativas a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su texto se completa con dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales, en las que se recogen reformas puntuales de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, entre otras cuestiones relativas al carácter orgánico de la Ley y su título competencial, la previsión de no incremento de gasto, la habilitación al gobierno para su desarrollo reglamentario y su entrada en vigor.

Esto es, el «presunto incapaz», en los términos hasta ese momento empleados por el Código Civil.

1. LA GUARDA DE HECHO ANTES DE LA REFORMA Y SU EVOLUCIÓN

La guarda de hecho encontró reconocimiento y respaldo normativo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de Tutela⁸, por la que se dio nueva redacción a los Títulos IX («De la incapacitación») y X («De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados») del Código Civil, incluyendo en este último un Capítulo V dedicado a esta clase de guarda⁹.

Con ello, se venía a dar reconocimiento y amparo jurídico a una innegable realidad, consistente en la existencia de supuestos en los que, al margen de cobertura legal, administrativa o judicial alguna, una persona se hace cargo voluntariamente de la guarda y protección de un menor o de una persona con la capacidad de obrar mermada, a menudo, en este caso, sin que tampoco se proceda a su previa incapacitación judicial. De modo que esta persona asume la custodia y protección del menor, o de la persona con capacidad de obrar limitada, e incluso la gestión de su patrimonio, *de facto*, sin tener legal o judicialmente atribuida ninguna potestad para ello.

Aunque el Código Civil no precisaba cuando podía concurrir esta situación, los supuestos que dan lugar a ella se concretan básicamente en los siguientes. En primer lugar, cuando ante la ausencia, fallecimiento, incapacidad para cumplir con sus funciones o incumplimiento de las mismas por parte de los titulares de la patria potestad o la tutela, una persona menor de edad o con la capacidad de obrar judicialmente modificada debiera estar sometida a tutela judicial o administrativa, pero éstas no se hubieran constituido y se hubiera hecho cargo de su cuidado un tercero¹⁰. En segundo lugar, en los supuestos en los que un tutor, a pesar de estar inhabilitado, haber cesado legalmente en el ejercicio de su cargo o haberse cons-

⁸ BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

⁹ Esta reforma tuvo como referente el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, realizado por los profesores Díez-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA, y publicado por la Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977; aunque la regulación finalmente dada a la guarda de hecho fue más escueta que la propuesta en el Estudio.

¹⁰ A título ilustrativo, este sería el caso cuando, fallecidos los padres de un menor en un accidente o habiendo hecho dejación de sus funciones, los abuelos se hicieran cargo de él, sin formalizar jurídicamente la situación.

tituido irregularmente la tutela, siga de hecho desempeñando la función de guarda del tutelado. En tercer lugar, y con frecuencia, en aquellos casos en que, concurriendo alguna causa de incapacitación congénita o sobrevenida durante la menor edad de una persona, que afecte a su capacidad de autogobierno, sus padres o un tercero asuman *de facto* su protección tras su mayoría de edad, sin haber instado previamente la modificación judicial de su capacidad de obrar y, por consiguiente y respectivamente, la prórroga o rehabilitación de la patria potestad o la constitución de tutela. Por su parte, el derecho foral aragonés precisa que el guardador de hecho es la persona física o jurídica que «*por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada*»¹¹. Y el derecho catalán define como guardador de hecho a «la persona física o jurídica que cuida un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación si no está en potestad parental o tutela o aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen»¹². En consideración a lo expuesto, en sentido negativo, se ha precisado que no concurrirá la guarda de hecho cuando un tercero se haga cargo de un menor o de una persona sin plena capacidad de obrar, por delegación en el ejercicio de sus funciones por parte de los titulares de la patria potestad o tutela (por razones laborales, escolares o similares), ya que en ninguno de estos casos actúa por iniciativa propia, sino asumiendo un encargo de los padres o los tutores, ni concurre una situación de abandono o desamparo del menor o incapacitado por parte de aquellos¹³. Tampoco cuando la guarda no es asumida de hecho y por propia iniciativa, sino conferida de manera provisional y temporal por la autoridad judicial¹⁴.

La escueta regulación de esta situación introducida en el Código Civil a través de la Ley 13/1983, sin dar ni tan siquiera un con-

¹¹ Vid. el art. 156 del Código de Derecho foral de Aragón.

¹² Vid. el art. 225-1 del Código Civil de Cataluña.

¹³ En esta línea, la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores señala que «en estos supuestos es el progenitor (o tutor, cabe añadir) quien se está ocupando de que los hijos (o el tutelado) de un modo u otro y a través de una persona interpuesta, sigan recibiendo la atención necesaria y conveniente, conforme a los usos sociales. Incluso cabe entender que ese tipo de delegación paterna parcial de la patria potestad (o la tutela) no genera propiamente una guarda de hecho».

¹⁴ PARRA LUCÁN («Comentario al artículo 303», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 2537) alude al respecto al supuesto de la STS de 29 de marzo de 2001 (RJ 9852), en el que se concede a los abuelos por la autoridad judicial, en uso de las facultades que le atribuye el art. 158 CC, las medidas de carácter temporal de guarda y custodia de una menor, en atención a las circunstancias de inestabilidad por las que pasaba su madre, sin conllevar una suspensión de la patria potestad de la madre, que conservaba salvo en la guarda y custodia judicialmente atribuida a los abuelos.

cepto ni de la guarda ni del guardador de hecho, ni delimitar las situaciones que aquella comprendía, se centró en reconocer esta realidad y dotarla de ciertos efectos jurídicos. En primer lugar, se consagró la validez de los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor y del presunto incapaz, siempre que redunden en su utilidad (art. 304 del Código Civil). En segundo lugar, se previó que cuando la autoridad judicial tuviera conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podría requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas¹⁵; sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pida al Juez y éste disponga, incluso de oficio, la constitución de la correspondiente tutela *ex* artículo 228 del Código Civil (art. 303 CC)¹⁶. Por último, se estableció el derecho del guardador de hecho a obtener reparación de los daños y perjuicios que, sin culpa por su parte, pueda sufrir en el desempeño de su labor, con cargo a los bienes del menor, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento (art. 306 del Código Civil, por remisión a lo dispuesto para los tutores en el art. 220 del Código Civil).

El legislador también estableció algunas obligaciones a cargo del guardador de hecho. De un lado, lo incluyó entre las personas obligadas a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conociera el hecho que dé lugar a ella, estableciendo en caso de no hacerlo su responsabilidad solidaria con el resto de obligados a promoverla por los daños y perjuicios causados (art. 229 del Código Civil).

Por lo que se refiere a sus causas de extinción, ésta tendría lugar en caso de recuperación de la titularidad o ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor; constitución de la tutela

¹⁵ A título ilustrativo, contemplan la posibilidad de exigir rendir cuentas al guardador, las SSAP Valladolid de 1 de febrero de 2005 (AC 2005, 550); Pontevedra de 13 de octubre de 2005 (JUR 2006, 21471); Vizcaya de 13 de febrero de 2008 (JUR 2008, 174192); Ourense de 14 de julio de 2008 (JUR 2008, 344718). A su vez, el párrafo 2.º del art. 216 CC, añadido por la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, establece que «las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos».

¹⁶ Como señala ROGEL VIDE (*La guarda de hecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 28), «la impresión que da al analizar el art. 303 CC es la de que lo único que quiere el legislador, es poner fin, hacerla desaparecer». En este sentido, se pronunciaba con rotundidad la ya citada Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado, al afirmar que «la remisión del art. 303 al art. 228 CC deja claro que los trámites para la constitución de la institución de protección permanente deben iniciarse en el momento mismo de tener el Juez noticia de la situación de guarda de hecho. Por tanto, su subsistencia provisional se limita al tiempo que pueda durar la sustanciación de esos trámites».

ordinaria o administrativa; formalización de una guarda administrativa; adopción del menor; fallecimiento o declaración de fallecimiento del menor o el guardador; por voluntad del guardador; y por la mayoría de edad o emancipación del menor. En suma, se concibió como una situación con vocación de provisionalidad y llamada a ser controlada judicialmente en cuando la autoridad judicial tuviera conocimiento de ella¹⁷.

A pesar de esta escueta regulación, nuestro legislador no ha sido ajeno a la relevancia en la práctica de esta figura. En atención a ello, a lo largo de los últimos años encontramos un paulatino incremento de menciones legislativas al guardador de hecho, atribuyéndole otras tantas facultades u obligaciones, no exentas de dudas interpretativas. En esta línea, el artículo 3.1 c) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, legitima al guardador de hecho para constituir un patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad con discapacidad psíquica, con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario¹⁸. La Disposición Adicional Única de la Ley 1/2009 legitima a los guardadores de hecho para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones¹⁹. Esta Ley también da nueva redacción al artículo 38.6.º de la Ley del Registro Civil de 1956, permitiendo la anotación en dicho Registro, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado y a efectos puramente informativos, de la existencia de un guardador de hecho y, en su caso, de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. Asimismo, prevé su anotación registral el artículo 40.9.º de la Ley del Registro Civil de 2011, aunque

¹⁷ En este sentido, *Vid.* PARRA LUCÁN, ob. cit., p. 2532.

¹⁸ No aclara el precepto cómo acreditará el guardador de hecho ante el Notario su condición, ni cómo se articulará en su caso la aceptación de la herencia por el incapaz natural beneficiario del patrimonio en cuestión (GALLEGO DOMÍNGUEZ, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en AA. VV., *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. Pérez de Vargas, ed. La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007, pp. 134 y ss.).

¹⁹ También en este supuesto la norma prescinde de concretar cómo se acreditará la condición de guardador de hecho, lo cual resulta particularmente relevante para dar eficacia práctica a esta previsión atendidos los límites establecidos por Ley Orgánica para el acceso a los datos personales de un tercero, para evitar intromisiones ilegítimas y vulneración de derechos fundamentales del titular de los datos.

con una redacción aún más escueta²⁰. La doctrina entiende que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia permite su intervención en la solicitud de reconocimiento de la dependencia, al aludir a las personas que actúen en representación del interesado a estos efectos, mientras que otros preceptos aluden a los representantes legales. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, faculta para emitir el consentimiento informado por sustitución, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones por sí mismo, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y el paciente carezca de representante legal, a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, encontrando cobertura en estas últimas el guardador de hecho. La Ley Orgánica 8/2015 ha modificado el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, admitiendo que el juez pueda suspender en el ejercicio de la guarda de hecho respecto de los menores (o mayores con la capacidad de obrar limitada, cabría añadir) que dependan de él, al inculpado por violencia de género; y en caso de no suspenderla, deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá esa guarda. Y el artículo 118 del Código Penal y el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, contemplan expresamente a los guardadores de hecho entre los llamados a responder civilmente de los daños y perjuicios causados por los ilícitos penales cometidos por la persona menor de edad, pero mayor de catorce años, o mayor de edad pero carente de plena capacidad de obrar, que se encuentre bajo su guarda.

A la par de esta evolución normativa, cada vez más pareceres doctrinales han cuestionado la provisionalidad y la parquedad con la que el legislador estatal se ocupaba de la guarda de hecho, subrayando que en la práctica dista de ser una situación excepcional y planteando su posible encaje en la articulación del sistema de apo-

²⁰ La previsión legal contenida en el art. 38.6.º de la LRC/1956, al aludir al «presunto incapaz», permite entender que consagra la posibilidad registral, con efectos puramente informativos, a la guarda de personas que estando en situación de ser incapacitadas, no lo han sido. No obstante, no precisa quién estará legitimado para solicitar esa anotación, ni en caso de instarla el propio guardador de hecho cómo acreditará su condición. Si bien, queda fuera de toda duda que tal anotación puede ser una de las medidas cautelares que se adopten por la autoridad judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 762 LEC, cuando tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, lógicamente si con ocasión de ello tuviera constancia también de la existencia de un guardador de hecho (en este sentido, *Vid.* PARRA LUCÁN, *ob. cit.*, p. 2538).

yos previsto en la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello ha dado lugar a un interesante debate entre quienes se muestran proclives a dar un mayor reconocimiento a esta situación, generalizada en la práctica en gran medida por el rechazo sociológico existente con respecto a la actual configuración del procedimiento judicial de incapacitación²¹; y quienes advierten los riesgos que para una adecuada salvaguarda de los menores y las personas con la capacidad de obrar mermada pueda entrañar la generalización de guardas constituidas *de facto*, al margen de las cautelas y garantías legalmente establecidas en la regulación de las instituciones de guarda y protección de menores y personas con la capacidad de obrar modificada, para la salvaguarda de sus legítimos intereses²².

2. LA GUARDA ADMINISTRATIVA ANTES DE LA REFORMA

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, aunque centrada –según manifiesta su propia Exposición de Motivos– en regular la protec-

²¹ En este sentido, entre otros, *Vid. FÁBREGA RUIZ, La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, ed. Universitaria Ramón Areces y Fundación *Aequitas*, 2006, p. 87; RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, «La guarda de hecho. Personas mayores, vida independientemente y soluciones jurídicas», Fundación *Aequitas*, 2009; ANGUITA RÍOS, «La protección del discapacitado no incapacitado», *Diario La Ley*, n.º 8165, 2013; y LECIÑERA IBARRA, «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho de Familia*, ed. Aranzadi, 2016.

²² La Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado recoge expresamente este recelo al afirmar que hay que poner coto a la posibilidad de que «a través de vías de hecho, se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes». En la misma línea, PARRA LUCÁN (ob. cit., pp. 2533 y 2534) advierte que en esta materia se da la paradoja de que «si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio y largo plazo ya no será una guarda de hecho, sino que en la práctica se convertirá en una guarda de derecho sin previa incapacitación, o si se quiere una *incapacitación* más relajada, sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación, pero en las que alguna autoridad externa (¿los servicios sociales, la autoridad judicial?) deberán comprobar que concurren los presupuestos para legitimar la actuación del guardador en la gestión de los asuntos del menor o incapaz». Y añade «no es que esto sea criticable en sí mismo si se ofrecen soluciones a problemas que se plantean en la práctica... Pero no debe desconocerse que la relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos». De modo que los pareceres a favor de la institucionalización de la guarda de hecho podrían resultar fundados en los casos en los que exista un entorno familiar adecuado y no haya recelos sobre la gestión patrimonial, pero no con carácter general; y sin que el criterio para abogar o no por la guarda de hecho deba ser puramente patrimonial, no sólo porque las decisiones relativas al cuidado de la persona (tales como las relativas a tratamientos médicos, fijación del lugar de residencia, internamientos, etc.) pueden ser tanto o más sensibles que las patrimoniales, sino también para evitar el riesgo de discriminar la protección de los más humildes con respecto a aquellos que dispongan de un patrimonio considerable.

ción de los menores de edad que se encuentran en situación de desamparo a través de la tutela administrativa, introdujo junto a ella otra nueva institución de protección de los mismos: la guarda administrativa.

El artículo 19 de esa Ley consagró la posibilidad de que la entidad pública encargada en el respectivo territorio de la protección de menores asumiera su guarda en los términos previstos en el artículo 172 del Código Civil, cuando los padres o tutores no pudieran cuidar de un menor o cuando así lo acordara el Juez en los casos en que legalmente procediera.

De conformidad con ello, la Ley Orgánica 1/1996 procedió a la modificación del citado artículo 172.2 del Código Civil estableciendo en él, por lo que a la guarda se refiere, su asunción por la entidad pública competente, durante el tiempo necesario, bien por acuerdo judicial, bien a solicitud de los padres o tutores que, por circunstancias graves, no pudieran cuidar al menor. En este segundo supuesto, se estableció que la entrega de la guarda se formalizaría por escrito, dejando constancia en él de que los padres o tutores habían sido informados de las responsabilidades que seguirían manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que la guarda sería ejercida por la Administración. Asimismo, se estableció que cualquier variación posterior de la forma de ejercicio debería estar fundamentada y ser comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

La guarda administrativa venía así a constituir una nueva forma de protección de los menores de edad, distinta en sus presupuestos y efectos a la tutela administrativa.

Por lo que se refiere a su presupuesto de hecho, de entrada resulta criticable que se contemplara esta posibilidad nada más que con respecto a los titulares de la patria potestad o tutela de un menor, pero no de una persona con la capacidad de obrar modificada. En segundo lugar, el Código Civil no precisó las circunstancias que podían motivar la constitución de la guarda administrativa, quedando por tanto su estimación sujeta a la discrecionalidad de la Entidad pública. No obstante, sí señaló que debía estar motivada por «una circunstancia grave» y obstativa del cumplimiento de los deberes de cuidado del menor. Pero sin que dicha situación suponga el desamparo del menor, ya que precisamente la virtualidad de la guarda administrativa será, precisamente, evitar que esa «circunstancia» desemboque en desamparo, así como sus consecuencias. Por otro lado, al indicarse que la entidad pública asumirá la guarda del menor sólo «durante el tiempo necesario», se infiere que ha de tratarse de una circunstancia temporal y reversible (tales como una enfermedad u otras circunstancias graves). De modo que

de preverse su duración indefinida procedería la adopción de otra medida de protección del menor más estable²³. Finalmente, la doctrina mayoritaria sostiene que las circunstancias que dan lugar a la guarda administrativa, en principio y como regla general, no deben ser imputables a los padres o tutores, ya que en otro caso nos encontraríamos ante una situación de desamparo²⁴.

En cuanto a sus efectos y contenido, a diferencia de lo establecido en el artículo 172.1 del Código Civil con respecto a la tutela administrativa, el legislador no se ocupa de precisar el alcance de las facultades que asumirá la Entidad pública ni la incidencia de la constitución de esta medida de protección sobre la patria potestad o tutela ordinaria que recaiga en el menor (o, a mi juicio, de la persona con la capacidad de obrar modificada)²⁵. De ello, cabe inferir que las facultades temporalmente asumidas por la Entidad pública se adecuarán a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y al alcance de la imposibilidad temporal de los padres o del tutor para asumir el cuidado del menor (o persona con la capacidad de obrar modificada). Para ello, habrá que atender bien a lo manifestado por los propios padres o tutores en el escrito en el que soliciten a

²³ Así, a diferencia del Código Civil, el art. 87.1 de la Ley 14/2002, de Promoción, Atención y Protección de la Infancia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, precisa que «ante la presentación de solicitud formal por las personas que ejerzan la responsabilidad parental para que la Entidad Pública asuma la guarda del menor y de acuerdo con lo previsto en el artículo 63, se ordenará por esta la comprobación y evaluación de las causas alegadas, que habrán de ser graves, impositivas del cuidado del menor, de imposible atención por otros medios y transitorias, deviniendo la situación en desamparo si se constata su persistencia o permanencia».

²⁴ En este sentido, *Vid.* DÍEZ GARCÍA, «Comentario al artículo 172», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, cit., p. 1822; LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1990, pp. 77 y ss.

²⁵ Algunas normas autonómicas de protección de menores sí que han precisado esta cuestión. Así, el art. 41.1 de la Ley 1/1995, de Protección del Menor del Principado de Asturias dispone que «los padres y tutores de un menor cuya guarda sea asumida por la Administración del Principado de Asturias conservarán los derechos de representación legal, de administración de bienes y de visitas sobre el menor y de forma muy especial el derecho de reintegración del mismo a su medio familiar de origen, con excepción de aquellos supuestos en que la guarda se derive tanto de la propia declaración de desamparo del menor y asunción de la tutela por ministerio de la ley sobre el mismo, como por disposición de la autoridad judicial, en cuyo caso habrá que estar al contenido que por esta se establezca». Por su parte, el art. 87.3 de la Ley 14/2002, de Castilla y León, precisa que «aceptada la guarda del menor, su entrega deberá formalizarse por escrito, recogiendo las condiciones generales en las que se establece y la forma de su ejercicio, así como las responsabilidades, genéricas y específicas, que siguen manteniendo respecto de aquél sus padres o tutores, dejando constancia de que éstos consienten la medida y han sido informados de los anteriores extremos»; añadiendo su apdo. 4 que «los padres o tutores conservarán en todo caso los derechos de representación, administración de bienes y visitas sobre el menor» y en apdo. 5 que «se procurará que los padres se impliquen en la atención a sus hijos y, a tal efecto, aquellos que dispongan de medios deberán contribuir al sostenimiento de las cargas derivadas de su cuidado, satisfaciendo a la Administración las cantidades económicas que, en función de sus posibilidades, ésta determine o asumiéndolas directamente».

la Administración la adopción de esta medida y en la resolución administrativa que acuerde su constitución, o bien a lo dispuesto por la resolución judicial que establezca esta medida de protección. Si bien, parece lógico entender que en todo caso la Entidad pública asumirá el deber de cuidado personal del menor (o persona con la capacidad de obrar modificada); sin perjuicio de que los padres o el tutor puedan seguir manteniendo la facultad de representarle en el ámbito patrimonial o en la toma de otras decisiones atinentes al menor –o persona con la capacidad de obrar modificada– (tales como las relativas a cuestiones educativas o sanitarias), que no tengan carácter de urgencia. Asimismo, hay que destacar que esta medida no supondrá en ningún caso la extinción de la patria potestad o la tutela ordinaria que recaiga sobre el menor, ni una suspensión de las mismas, como ocurre en el caso de la tutela administrativa, sino más bien la delegación o atribución judicial de su ejercicio²⁶. De ahí que, en principio y salvo que el interés del menor lo impida, los progenitores o el tutor puedan solicitar el cese de esta situación en cuanto deje de concurrir la situación que motivó su adopción. A su vez, cualquier variación de la forma de ejercicio, se entiende que por parte de la entidad pública, deberá ser fundamentada y comunicada a los padres o tutores y al Ministerio Fiscal²⁷.

El cuidado personal del menor que entraña en todo caso la guarda administrativa se llevará a cabo mediante su acogimiento familiar o residencial (art. 172.3 del Código Civil), procurándose que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, así como su reinserción en la propia familia siempre y cuando no sea contraria a su interés superior (art. 172.4 del Código Civil)²⁸.

²⁶ Se trata, como señala certeramente DÍEZ GARCÍA (ob. cit., p. 1827), de una situación análoga a la que se plantea cuando se atribuye la guarda y custodia de un menor a uno de los progenitores, manteniendo ambos progenitores la titularidad de su patria potestad, donde el ejercicio de la misma que pueda desarrollar el progenitor custodio y el no custodio dependerá de lo que voluntariamente hayan acordado o de lo que haya dispuesto el juez. El problema –puntualiza– se puede plantear cuando ni la resolución administrativa ni la judicial por la que se constituya la guarda administrativa haya concretado este extremo, en cuyo caso es presumible que la atribución de guarda asumirá prácticamente todo el contenido dinámico de la patria potestad (o la tutela) como sucede también en los casos previstos en el art. 156 Cc. Asimismo, cabría atender para colmar esta laguna a lo dispuesto en el art. 236.1 CC para el supuesto en que existan dos tutores, uno de la persona y otro de los bienes, para resolver los problemas que puedan suscitarse.

²⁷ No precisa el precepto el plazo para cumplir con esa obligación, pero cabe entender por aplicación analógica de lo establecido en el apartado 1.º de este precepto, que deberá notificarse de forma fehaciente en un plazo de cuarenta y ocho horas y, siempre que sea posible, informándoles de forma presencial y de modo claro y comprensible de las razones que motivan el cambio.

²⁸ En consideración al interés superior del menor, la opción prioritaria deberá ser el acogimiento familiar, tal y como lo disponen la mayoría de Leyes autonómicas relativas a la protección de la infancia y la adolescencia, el art. 21 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor y las «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los

Por último, se previó que en caso de que surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquel o persona interesada podría solicitar su remoción (art. 172.5 del Código Civil).

III. REGULACIÓN DE LA GUARDA TRAS LA REFORMA DE 2015

Como se ha apuntado anteriormente, La Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015 han llevado a cabo una reforma en profundidad del sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia para modernizarlo y garantizar una protección uniforme en todo el territorio del Estado. A tal efecto establecen un marco común de referencia, sin perjuicio del desarrollo normativo que lleven a cabo las distintas Comunidades Autónomas conforme a sus competencias legislativas, habiendo incorporado a su vez algunos avances introducidos en la normativa autonómica en los últimos años.

De conformidad con los principios rectores de la reforma de procurar la salvaguarda del interés superior del menor, promoviendo la prevención de las situaciones de desprotección y procurando que la intervención y separación del menor de su familia de origen sea excepcional, se ha procedido a recoger de forma expresa y más precisa la distinción entre las situaciones de riesgo y desamparo. Conceptos jurídicos indeterminados que, por primera vez, se procuran definir en una normativa de rango estatal, con apoyo en las aportaciones realizadas para su delimitación por la jurisprudencia y la legislación autonómica.

En particular, la Ley 26/2015 ha acometido una regulación más completa y estructurada de la institución de guarda²⁹. De un lado, esta Ley ha regulado con más detalle la guarda de hecho. De otro, ha deslindado la guarda administrativa con mayor claridad de la situa-

niños», en particular las n.º 20 a 22, aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2009 (A/RES/64/142).

²⁹ La regulación de la guarda se ha mantenido dentro del Título VII («De las relaciones paterno-filiales»), Capítulo V («De la adopción y otras formas de protección de menores»), sección 1.ª («De la guarda y acogimiento de menores»); sin que se haya introducido mención alguna a ella, como probablemente hubiera sido más atinado desde un punto de vista sistemático, en el Título X («De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados») del Libro I del Código Civil. De modo que el art. 215 que encabeza el Capítulo I de este Título continúa haciendo mención, como instituciones de guarda y protección de la persona y/o bienes de los menores o incapacitados, únicamente a la tutela, la curatela y el defensor judicial; recogiendo con ello, a mi juicio, un elenco incorrecto por incompleto de las medidas de protección de aquellos (*Vid.* GARCÍA GARNICA, «Comentario al artículo 215», en *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Bercovitz, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, vol. II, pp. 2058 y 2059).

ción de la situación de desamparo y, por consiguiente, de la tutela administrativa. De modo que junto a la guarda de hecho, y dentro de las competencias asumidas por la Entidad pública encargada de la protección de menores en el respectivo territorio en los supuestos de desamparo, se contemplan la guarda provisional, la guarda voluntaria, la guarda judicial y la guarda con fines de adopción.

Esta ampliación y diversificación de los posibles supuestos de guarda supone una incuestionable mejora del sistema de protección de los menores de edad, e indirectamente de las personas con discapacidad. Además es coherente con los principios rectores de la reforma. En particular, porque habida cuenta la temporalidad propia de esta institución, se trata de una medida particularmente idónea para cumplir con los objetivos de ingerencia mínima y proporcionada en las relaciones familiares que informa la reforma, y con el objetivo de reinserción del menor, en lo posible, en su familia de origen.

No obstante, cabe objetar que no se haya desarrollado más su regulación, a fin de dar mayor claridad y seguridad jurídica a sus distintos presupuestos de hecho y efectos, y de sistematizar las disposiciones comunes a sus distintas modalidades. Y, sobre todo, en algunos extremos de la reforma se echa en falta la toma de conciencia de que las instituciones de protección de los menores y las personas con la capacidad de obrar limitada son en buena parte concurrentes, debiendo estar siempre presente esa visión de conjunto al abordarse su revisión para evitar indebidas omisiones o antinomias.

Su regulación se recoge, básicamente, en los siguientes preceptos del Código Civil, a los que la Ley 26/2015 ha dado nueva redacción: en los apartados 4 y 5 del artículo 172 en el caso de la guarda provisional; en el artículo 172 bis, en el caso de la guarda voluntaria y judicial; en el artículo 172 ter en cuanto al acogimiento al que los anteriores supuestos de guarda darán lugar; y en el artículo 176 en el caso de la guarda con fines de adopción; y en el artículo 303 en el caso de la guarda de hecho. Aunque también se refieren a ella otros preceptos tales como el artículo 103, 160 o el 174 del Código Civil.

1. LA GUARDA DE HECHO TRAS LA REFORMA

1.1 **La nueva redacción del artículo 303.1 del Código Civil: la posible atribución judicial al guardador de facultades tutelares y del acogimiento temporal del guardado**

Aparentemente las principales novedades de la reforma en cuanto a la guarda se refieren a la guarda administrativa. No obs-

tante, la Ley 26/2015 también ha introducido alguna modificación relevante en la regulación de la guarda de hecho, dando una nueva redacción al artículo 303 del Código Civil, que viene a reformular su papel entre las instituciones de protección de los menores de edad y las personas con discapacidad.

En primer lugar, se ha dividido el contenido del precepto en dos apartados, el primero de ellos compuesto de dos párrafos, de suerte que el primero viene a parafrasear el anterior contenido del precepto, si bien con alguna mejora técnica. Concretamente, se ha suprimido en él la previa referencia al derogado artículo 203 del Código Civil³⁰ y se ha adecuado su terminología a los dictados de la Convención de Naciones Unidas sobre las personas con discapacidad, al sustituir la referencia al menor o presunto incapaz sujeto a la guarda de hecho, por la referencia al menor o «persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo».

Con esas modificaciones, el párrafo 1.º del artículo 303.1 del Código Civil mantiene las facultades que la redacción anterior del precepto otorgaba a la autoridad judicial, cuando tuviera conocimiento de la existencia de un guardador de hecho: podrá requerirle información sobre la persona y bienes de quien esté sujeto a su cuidado y de su actuación en relación a los mismos, así como establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas³¹. Todo ello, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pida y el Juez disponga, incluso de oficio, la constitución de la tutela *ex* artículo 228 del Código Civil.

Junto a ello, dando un paso más en el reconocimiento de la legitimidad de la labor desempeñada por el guardador de hecho, se ha introducido *ex novo* un párrafo 2.º en el artículo 303.1 del Código Civil. En él se contempla la posibilidad de que judicialmente, en atención a las circunstancias concurrentes, *mientras que* se mantenga la situación de guarda de hecho y *hasta que* se constituya la medida de protección adecuada, se otorguen facultades tutelares al guardador. Se incorpora así al Derecho civil común, con este carác-

³⁰ Este precepto fue derogado por la disposición derogatoria única, apdo. 2.1, de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

³¹ En este supuesto, la doctrina afirma que más que ante una guarda de hecho ya nos encontraríamos ante una guarda de derecho, sometida a control judicial. Así, ya antes de la reforma, PARRA LUCÁN («La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Los mecanismos de guarda legal con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, 2013, p. 227) afirmaba que «la intervención judicial propicia que ya no podamos hablar de guarda de hecho, pues en todo caso la persona a quien se encomiendan las funciones tutelares queda sometida a un control judicial y la situación ya no es propiamente de hecho, fáctica». Con posterioridad, en el mismo sentido, *Vid.* LECIÑERA IBARRA, «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 73, 2016, p. 2.

ter cautelar («mientras que» y «hasta que») y sin precisar el alcance de esas facultades, ni su incidencia sobre la patria potestad o la tutela que recaiga sobre el menor o la persona con discapacidad, una posibilidad ya contemplada en términos algo más precisos en algunos derechos forales³², e incluso en la práctica judicial³³.

Asimismo, se ha introducido la posibilidad de que se constituya un acogimiento temporal a cargo del guardador, pero criticablemente solo para el caso de que la persona sujeta a la guarda de hecho sea menor de edad (art. 303.1, párr. 2.º del Código Civil).

Esta posibilidad, de entrada, viene a modificar la naturaleza de la relación entablada entre guardado y guardador, de suerte que a partir de la constitución del acogimiento le resultarán aplicables las normas reguladoras del mismo.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, resulta criticable e injustificado que esta posibilidad no se contemple cuando el sujeto a guarda sea una persona mayor de

³² El art. 225.3 del Código Civil catalán introdujo en el año 2010 la posibilidad, alternativa a la remoción y nombramiento de nuevo tutor, en consideración a su mayor agilidad en la protección de los intereses del menor o de la persona con la capacidad de obrar modificada, de que la autoridad judicial atribuyera funciones tutelares al guardador de hecho de una persona sujeta a potestad parental o tutela, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, a solicitud de aquel y siempre y cuando las circunstancias concurrentes lo hagan aconsejable, con suspensión de la potestad parental o la tutela. Por su parte, el art. 159.1 del Código Foral del Derecho de Aragón dispone *ex lege* que «la actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal».

³³ La Circular 8/2011, de la Fiscalía General del Estado, dispone, en este sentido, que antes de adoptar una medida de protección definitiva y para evitar tiempos muertos que puedan perturbar el superior interés del menor o la seguridad jurídica, «podrá promoverse ante el Juzgado, al amparo de las previsiones contenidas en el art. 158 CC, por el Fiscal o por la Entidad Pública, al inicio del proceso judicial o incluso con anterioridad al mismo, el dictado de auto posibilitando actuar a los guardadores como representantes de los menores en tanto culmina el procedimiento». Y en la jurisprudencia encontramos supuestos en que son nombrados guardadores, *v. gr.*, abuelos o tíos de los menores, solapándose su existencia con la de los titulares de la patria potestad o la tutela que, sin ser removidos de su cargo, veían suspendidas sus funciones, reconociéndoseles funciones tutelares. Un significativo ejemplo lo constituye la STC 221/2002, de 25 de noviembre, que reconoce legitimación a los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideraron lesiva a los derechos fundamentales de la menor a su cargo. Otro ejemplo destacable al respecto es el de la SAP de Zamora de 30 de julio de 2004 (JUR 2004, 255455) relativa a un expediente de jurisdicción voluntaria instado por los propios padres del menor, interesando la constitución de tutela provisional o guarda de hecho a favor de los abuelos paternos, y que concluyó con un Auto que acordaba constituir la guarda de hecho solicitada. También el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora de 24 de noviembre de 2004 (JUR 2006, 28448), que confirma el auto recurrido que atribuía al guardador las facultades inherentes a la tutela, en aras al interés del menor y para que pudiera acreditar su representación legal. Y, en la misma línea, las SSAP Cádiz de 22 de diciembre de 2006 (JUR 2006, 33272) y de 24 de junio de 2014 (JUR 2014, 203775); y la SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2013 (AC 2013, 1957), aunque esta última con un voto particular, como muestra de que esta línea jurisprudencial, sancionando judicialmente la guarda de hecho aún sin un claro respaldo legal para ello, no estaba exenta de controversia antes de la reforma.

edad con la capacidad de obrar mermada. A este respecto, en su momento puse de manifiesto la incongruencia y la pérdida de oportunidad para una mejor y más adecuada salvaguarda de las personas mayores de edad con discapacidad que supuso el hecho de que nuestro legislador extendiera en el año 2003 la tutela administrativa a los mayores de edad desamparados, mediante la correspondiente modificación del artículo 239 del Código Civil³⁴; pero sin precisar –aparte de otra serie de extremos discutibles de la redacción dada a este precepto– cómo se llevaría a cabo la guarda de esos mayores sujetos a tutela administrativa. En particular, sin contemplar expresamente, como hubiera sido oportuno, el correlativo acogimiento del mayor con discapacidad, con sus modalidades y sus oportunas especialidades, de forma análoga a lo establecido para el caso de tutela administrativa de un menor de edad³⁵. La reforma de 2015 ha dado autonomía a esa previsión, con acierto, extrayéndola del artículo 239 y dedicándole un nuevo artículo 239 bis. Pero, aparte de esa mejora sistemática y de la revisión terminológica del anterior precepto³⁶, el legislador ha

³⁴ Esa previsión se introdujo por el art. 9.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

³⁵ Al respecto, *Vid.* GARCÍA GARNICA, «Discapacidad y dependencia (II): Configuración y contenido de su situación jurídica», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, dir. GETE-ALONSO Y CALERA, Ed. Civitas, T. II, Pamplona, 2013, pp. 236 y ss.

³⁶ Alguna de las objeciones recogidas en la última obra citada a la redacción del último párrafo del art. 239 del CC, introducida por la Ley 41/2003, han encontrado respuesta en la redacción del art. 239 bis introducido en la reforma del Cc llevada a cabo por la Ley 26/2015. Así, las referencias a los incapaces se han reemplazado por las hechas a «las personas con la capacidad de obrar modificada», expresión más acorde con los dictados de la Convención de Naciones Unidas de 2006. Aunque con este cambio terminológico el legislador ha despejado también, lamentablemente en sentido negativo, una de las dudas que planteaba la anterior redacción: la de si esa medida de protección alcanzaba a proteger también al presunto incapaz (*Vid.* GARCÍA GARNICA, *ob. cit.*, p. 238), decantándose ahora de forma expresa por predicarla tan sólo de las personas con la capacidad judicialmente modificada. Ello en clara confrontación con el espíritu de la Convención de Naciones Unidas del 2006 y, sobre todo, con la mayor vulnerabilidad que en la práctica presentan las personas mayores cuya capacidad de obrar no ha sido modificada, precisamente por carecer en su entorno de personas que se ocupen de su atención y cuidado y encontrarse en una manifiesta situación de desamparo (al respecto, *Vid.* GARCÍA GARNICA, *últ. loc. cit.*).

Finalmente, el párrafo 2.º ha revisado la definición de la situación de desamparo que constituye el presupuesto de hecho de la tutela administrativa de personas mayores de edad. Con ello ha respondido en parte, aunque de nuevo de forma insatisfactoria por incompleta, a las objeciones vertidas frente a su anterior redacción. Entonces critiqué la imprecisa redacción de la norma, que describía como desamparo la situación provocada por el incumplimiento de los deberes legales que «le» incumbían respecto al incapaz, sin precisar cuáles eran esos deberes ni a quién se refería ese pronombre personal (*Vid.* GARCÍA GARNICA, *ob. cit.*, p. 239). Ahora, el legislador ha precisado que el desamparo de la persona con capacidad modificada judicialmente tendrá lugar cuando «quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor»; pero con ello ha dejado fuera del texto de la norma no sólo a las personas con discapacidad no declarada judicialmente, lo cual ya es de por sí criticable, sino incluso a las que estén sujetas a la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

perdido la oportunidad de colmar esa laguna que, más que una mera omisión, entraña una falta de congruencia interna del Código Civil y del sistema de protección de menores y personas con discapacidad. Lo que resulta criticable desde el punto de vista de técnica legislativa, ya que el hecho de acometer una reforma –sin duda oportuna y necesaria– guiada fundamentalmente por el principio del interés del menor, no justifica desde la óptica de una adecuada técnica legislativa perder la perspectiva de conjunto y, en este caso, desconocer que muchas de las previsiones relativas al sistema de protección de menores inciden directa o indirectamente en el sistema de protección de las personas con discapacidad. Perspectiva de conjunto que aunque sí ha estado presente en algunos aspectos de la reforma, en otros, como el que ahora mencionamos se echa en falta.

En tercer lugar, la norma no precisa a quién corresponde constituir ese acogimiento. En una interpretación literal y sistemática del precepto, cabe afirmar que ese acogimiento podrá ser constituido por la autoridad judicial, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria³⁷. No obstante, conocida la guarda de hecho por la Entidad pública competente en materia de protección de menores, y no encontrándose el menor en situación de desamparo, entiendo que ésta también podría encomendar al guardador de

³⁷ Cfr. la DA 2.ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por la que se establece el «Régimen jurídico aplicable al acogimiento de menores». Concretamente, su apdo. 1 dispone que «el expediente para la constitución del acogimiento de menores se regirá por las disposiciones comunes establecidas en la presente ley, con las siguientes especialidades:

a) Cuando requiera decisión judicial, será promovido por el Ministerio Fiscal o por la Entidad Pública correspondiente, debiendo contener la propuesta presentada por ésta las menciones establecidas en la legislación civil.

El Juez recabará el consentimiento de la Entidad Pública, si no fuera la promotora del expediente, de las personas que reciban al menor; y de éste, si fuere mayor de 12 años, así como de los progenitores que no estuvieren privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio o, en su caso, del tutor.

Los progenitores no podrán alegar en el expediente si hubo o no causa de desamparo o si, de haberla, ha mediado después la rehabilitación.

Obtenidos los consentimientos y realizadas las audiencias con la debida reserva, dictará la resolución que proceda en interés del menor en el plazo de cinco días.

b) Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los progenitores o tutores, agotados los medios previstos por el apartado 1 del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o si citados personalmente no comparecieran, se prescindirá del trámite y el Juez resolverá sobre el acogimiento.

c) Si los progenitores comunican al Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente que pretenden impugnar la declaración de desamparo mediante la formulación de demanda, o promover el procedimiento a efectos de rehabilitación, el Secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo de veinte días para la presentación de la demanda. Presentada la demanda, el Tribunal podrá suspender el expediente hasta que recaiga resolución en dicho procedimiento. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado, por el Secretario judicial se continuará con la tramitación del expediente».

hecho el acogimiento por medio de resolución administrativa³⁸. En tal caso, y en virtud de la aplicación *mutis mutandi* de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, esa resolución debería comunicarse al Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Asimismo, debería notificarse fehacientemente, y a ser posible de forma presencial, a los progenitores, al tutor y al acogido si fuese mayor de doce años y, en todo caso, si tuviere capacidad suficiente, de forma clara, comprensible e inmediata, sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas; haciendo constar las causas y efectos de esa resolución. Todo ello, sin perjuicio de que, en su caso, la Entidad pública procediera simultáneamente a practicar las diligencias precisas para averiguar y constatar las circunstancias concurrentes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4.º del artículo 172 del Código Civil.

No concreta el artículo 303 del Código Civil la duración máxima que puede tener este acogimiento temporal. De ello se ocupa su artículo 173 bis, letra b), que dispone que esta clase de acogimiento se presume transitoria y no deberá prolongarse más de dos años, sin perjuicio de su prórroga cuando atendidas las circunstancias concurrentes sea la situación más idónea para una adecuada salvaguarda del interés superior del menor. Conforme a este mismo precepto, transcurrido ese plazo o, en su caso, su prórroga, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores. No obstante, si no se dan las circunstancias adecuadas para ese regreso, pero el menor está siendo debidamente atendido, al amparo de lo dispuesto en la letra c) de este último precepto, procederá someter a revisión la situación de acogimiento temporal, constituyendo en su caso un acogimiento permanente, a iniciativa de la Entidad pública, el Ministerio Fiscal, el propio acogedor, el acogido mayor de doce años, o cualquier otra persona interesada; sin perjuicio de la adopción de otra medida de protección definitiva. En caso de que se atribuya al guardador el acogimiento permanente el art. 173 bis c) *in fine* del Código Civil dispone que «la Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor».

Por lo que se refiere a su contenido, siempre que el guardador sea una persona física, que será el caso más habitual, se tratará de un acogimiento familiar, el cual produce *ex lege* «la plena participación del menor o incapacitado en la vida de familia e impone a

³⁸ A este respecto, la propia exposición de motivos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria destaca que el acogimiento de menores «se ha regulado por separado en previsión de una futura desjudicialización del procedimiento».

quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía y alimentarlo, así como educar y procurar una formación integral al menor y promover la adquisición o recuperación de la capacidad del incapacitado y su mejor inserción en la sociedad» (art. 173.1 del Código Civil).

Por otro lado, se introduce un apartado 2.º en el artículo 303 del Código Civil, en el que se establece que procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172 del Código Civil, con respecto a los menores, y en el artículo 239 bis del Código Civil, con respecto a las personas con la capacidad de obrar modificada³⁹. Por el contrario, si el menor está siendo debidamente atendido por un guardador de hecho, no solo cabe entender *a contrario* que no procederá la declaración de su situación de desamparo por faltar su presupuesto objetivo, sino que además la reforma ha legitimado expresamente al guardador de hecho para promover la privación o suspensión de la patria potestad, la remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (art. 303.2, párr. 2.º del Código Civil).

En suma, y sin perjuicio de las objeciones vertidas respecto a la redacción de esta norma, hay que destacar que la previsión de la posibilidad de atribuir funciones tutelares e incluso el acogimiento temporal al guardador de hecho vienen a apartarse del recelo y el carácter claudicante con el que anteriormente se había configurado la guarda de hecho. Se dota así de un mayor reconocimiento a su funcionalidad como institución de protección de menores y de las personas con discapacidad. Y ello, con la singular ventaja de su

³⁹ Esta previsión resulta absolutamente criticable por ociosa, ya que si el guardador de hecho cumple adecuadamente su función es evidente que faltan los presupuestos para declarar en situación de desamparo al guardado. En la misma línea, critica la técnica legislativa empleada LECIÑERA, ob. cit., p. 9.

A este respecto, cabe señalar que la Circular 8/2011, de la Fiscalía General del Estado, se decantaba por el parecer contrario, aunque con cautelas y reconociendo expresamente que ésta era una cuestión controvertida. Señalaba que «siempre ponderando las singularidades de cada caso –la situación de desamparo es por esencia casuística– los Sres. Fiscales apoyarán la opción de declarar al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar en situación de desamparo, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que –si así lo exige el interés del menor– los guardadores sean designados acogedores». No obstante, habida cuenta que la finalidad de esa recomendación no era otra que someter la guarda al control de la Entidad pública, para evitar posibles irregularidades o situaciones contrarias al interés del menor; entiendo que esa finalidad se puede conseguir sin necesidad de una artificiosa declaración de desamparo, por no concurrir realmente sus presupuestos, y de forma más efectiva, estableciendo a cargo del guardador la obligación de notificar la existencia de la guarda de hecho a la Entidad pública, al Ministerio fiscal o a la autoridad judicial (al respecto, *Vid. infra* lo manifestado en el apdo. 1.2 de este epígrafe, en particular en la nota 45).

agilidad, al no precisarse para su constitución de un previo procedimiento judicial, con los costes temporales y económicos que ello supone. Si bien, tal vez cabría hablar con más propiedad del reconocimiento de su transformación en una nueva institución de protección de menores y de personas con discapacidad, una guarda de derecho y no puramente de hecho, en aquellos supuestos en que la autoridad judicial reconoce su existencia, la somete a medidas de control e incluso le atribuye funciones tutelares.

Se consolida, así, una evolución normativa ya propiciada por el artículo 762.1 LEC, al establecer que «cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación». De modo que el tenor literal de esta norma, *a contrario*, facultaba al Ministerio Fiscal, una vez informado de la existencia de un presunto incapaz sujeto a guarda de hecho, a mantener el *statuo quo* en atención a las circunstancias del caso concreto, sin perjuicio de las medidas de control y vigilancia a las que la autoridad judicial pudiera sujetar la labor del guardador⁴⁰.

1.2 La legitimación judicial de la guarda de hecho

Una de las principales virtualidades prácticas de la posibilidad de que judicialmente se atribuyan funciones tutelares al guardador de hecho, aunque no la explicita la norma, es la de dotar a éste de un título de legitimación y un medio de prueba de su condición de guardador, que igualmente permitirá su anotación en el Registro Civil. Cuestiones todas ellas que venían planteando dudas en la práctica y en la doctrina.

De hecho, la Ley 1/2009 dio nueva redacción al artículo 38.6.º de la Ley del Registro Civil de 1956, aún vigente, permitiendo la anotación registral, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado y a efectos puramente informativos, de la existencia de

⁴⁰ A favor de esta posibilidad, *Vid.* LECIÑERA IBARRA, ob. cit., p. 3; y ya antes de la reforma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a los artículos 303 a 306», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 789 y 792.

No obstante, parece apartarse de este criterio e imponer al juez que tenga conocimiento de la existencia de una guarda de hecho su sustitución por una tutela o curatela, el artículo 52.2 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, al disponer que «el Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, *sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela*. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal».

un guardador de hecho y, en su caso, de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. Pero la norma deja sin resolver la cuestión de cómo podrá el guardador o cualquier otro interesado acreditar su existencia ante el Registro Civil a estos efectos. Laguna que tampoco ha sido resuelta por el aún más escueto artículo 40.9.º de la Ley del Registro Civil de 2011.

A la hora de llevar a la práctica esta previsión legal, como ya se ha apuntado⁴¹, era evidente que esa anotación podía ser el resultado de una de las medidas cautelares a las que se sujetara judicialmente la guarda de hecho. Sin embargo, se planteaba la duda de cual sería el título que podría permitir a cualquier interesado o al propio guardador de hecho solicitar esa anotación en el Registro Civil, llegándose a cuestionar la posibilidad de que él mismo pudiera promoverla. Y ello, ante la dificultad que planteaba la acreditación de una situación por definición puramente fáctica⁴², discutiéndose asimismo si esa anotación podía o no suponer un título de legitimación para el guardador de hecho en el tráfico jurídico privado⁴³.

Frente a ello, cabe sostener que la nueva redacción del artículo 303.1 del Código Civil viene a resolver en parte esas dudas, dado que la resolución judicial que atribuya funciones tutelares al guardador de hecho constituirá sin lugar a dudas un título de legitimación, que aparte de para otros fines, podrá hacerse valer por el propio guardador para instar la anotación de esta situación en el Registro Civil, y con ello, informar de su existencia a terceros. Es cierto que ello no evita otro riesgo advertido por la doctrina, el de que puedan concurrir varias personas que se arroguen simultáneamente la condición de guardador de hecho de otra. Pero, en el hipotético caso de que ello ocurriera los eventuales conflictos que puedan surgir en su actuación podrán solucionarse en atención a lo que resulte más

⁴¹ *Vid. supra*, nota 18.

⁴² Frente al silencio del Derecho común, el Derecho aragonés dispone expresamente que «para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida», precisando, además, que «el acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida» (art. 159, apdos. 2 y 3, respectivamente, del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011).

⁴³ A favor, pese a que la anotación carezca del carácter probatorio pleno de la inscripción y no excluya otros mecanismos de constatación de la guarda de hecho, tales como un acta notarial de notoriedad o instando su reconocimiento judicial a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, *Vid. DE SALAS MURILLO, La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, ed. Aranzadi, 2011. En contra, sin embargo, al menos en el tráfico jurídico privado, *Vid. PARRA LUCÁN, ob. cit.*, p. 2539.

favorable para el interés de la persona sujeta a su guarda *ex* artículo 304 del Código Civil ⁴⁴.

No obstante, a diferencia del derecho aragonés y catalán, la reforma no ha dado un paso más, contemplando el deber de comunicar la existencia de la guarda de hecho al Juez, al Ministerio Fiscal o en su caso a la Entidad pública encargada de la protección de menores o de las personas con discapacidad en el territorio correspondiente ⁴⁵; con el incremento de las garantías que ello habría supuesto para el guardado y la proscripción de posibles abusos. Pues, si bien es cierto que la práctica forense no arroja datos que lleven a recelar *a priori*, sino todo lo contrario, de la labor que desempeñan los guardadores de hecho, cuya actuación generalmente viene movida por un afán asistencial y, a menudo, por lazos de afecto con la persona necesitada de amparo; también lo es que desde diversos foros, nacionales e internacionales, se nos advierte del elevado riesgo de abusos personales y financieros al que están expuestas las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad. Abusos que a menudo no son denunciados, ante la falta de mecanismos adecuados de control, sin que el propio interesado pueda hacerlo debido a sus propias limitaciones personales, por edad o discapacidad, y la frecuente falta de terceros en su entorno (familiares, amigos...) que puedan advertir y denunciar por él la situación; sin obviar que a menudo el propio abusador procura el aislamiento social del perjudicado a tales efectos ⁴⁶.

⁴⁴ Este criterio resulta avalado, por analogía, por lo dispuesto en relación a los supuestos de concurrencia de más de un tutor, en los artículos 225, 237, 237 bis, 238 del Código Civil.

⁴⁵ El art. 157 del Código de Derecho Foral de Aragón («Obligación de notificar el hecho») establece, con rotundidad y carácter general, que «el guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal». Por su parte, el art. 225.2 del Código Civil catalán, establece esa obligación con rigor en el caso de los menores y de mayores ingresados en un centro residencial, en los siguientes términos: «1. El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo *debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda*. 2. En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación, si esta está en un establecimiento residencial, la persona titular del establecimiento residencial *debe comunicarlo a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo fijado por el apartado 1*».

⁴⁶ Aunque la OMS advierte que previsiblemente las cifras de maltrato en la población de edad avanzada están subestimadas, dado que muchos supuestos no son denunciados y hay poca información sobre el alcance y gravedad de esta problemática, especialmente en los países en desarrollo, se calcula que 1 de cada 10 personas mayores ha sufrido malos tratos en el último mes; subrayándose que «este tipo de violencia constituye una violación de los derechos humanos e incluye el maltrato físico, sexual, psicológico o emocional; la violencia por razones económicas o materiales; el abandono; la negligencia; y el menoscabo grave de dignidad y la falta de respeto» (OMS, «Maltrato de las personas mayores», nota descriptiva n.º 357, octubre de 2015).

1.3 Valoración de la reforma

La reforma ha reforzado el régimen jurídico de la guarda de hecho, con lo que ello supone implícitamente de reconocimiento de sus bondades, en tanto medida ágil y eficaz para la protección de menores de edad y personas con discapacidad ante situaciones de falta o indebido cumplimiento de sus funciones por parte de sus progenitores o tutores, o ausencia, incapacidad o fallecimiento de estas personas. En coherencia con lo cual, ha introducido una serie de previsiones que vienen a dar estabilidad y seguridad jurídica a los guardadores de hecho.

No obstante, se ha perdido la oportunidad de llevar a cabo una reforma más completa y ambiciosa de la institución de la guarda⁴⁷. Tampoco se ha aprovechado su virtualidad para dar respuesta a buena parte de los requerimientos del sistema de apoyos al que alude la Convención de Naciones Unidas de las personas con discapacidad; para lo cual habría sido oportuno llevar a cabo no solo una reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, sino una reforma integral del sistema de protección de los menores y de las personas con discapacidad. Puesto que no se puede olvidar que los instrumentos de protección de unos y otros son en gran medida concurrentes, con lo que acometer su reforma sin una perspectiva de conjunto entraña un gran riesgo, como de hecho se ha advertido en las páginas anteriores, de provocar innecesarias incongruencias u omisiones. Frente a ello, habría sido deseable una reforma en profundidad, completa y sistemática, de las medidas de protección de menores y personas con discapacidad, dando cumplimiento por fin a una adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos contenidos en la Convención de Naciones Unidas de las personas con discapacidad que lleva demorándose casi una década⁴⁸.

⁴⁷ A título ilustrativo, no se recoge una definición de la guarda de hecho o del guardador de hecho (*cf.* el art. 156 del Código de derecho foral aragonés; art. 225-1 del Código Civil de Cataluña); ni una obligación de comunicación de su existencia (*cf.* el art. 157 del Código de Derecho Foral Aragonés; art. 225-2 del Código Civil de Cataluña); ni la previsión de las causas de extinción de la guarda de hecho (*cf.* el art. 225-5 del Código Civil de Cataluña).

⁴⁸ Buena prueba de la necesidad de acometer esta tarea la constituye el art. 215 CC que, a pesar de su rotundo tenor literal, recoge una enumeración de las instituciones de guarda de menores e «incapacitados» incompleta, sin que se haya aprovechado la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015 para incluir en él al menos una referencia a la guarda (por el contrario, sí hace expresa mención a ella el art. 100.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, al enumerar en términos análogos las instituciones tutelares de menores e incapacitados). En este sentido, ya advertía en GARCÍA GARNICA, «Comentario al artículo 215», *cit.*, pp. 2058 y 2059, que este precepto es impreciso por incompleto, echándose en falta la mención en él de toda una serie de instituciones de protección de menores y personas con discapacidad, en particular, la patria potestad, así como a la eventualidad de su prórroga o rehabilitación; la

Por otro lado, creo que la reforma ha dado respuesta solo parcialmente a las atinadas consideraciones, recogidas en la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores; que, aunque centradas en los menores de edad, son perfectamente extrapolables a las personas con discapacidad. En ella, se advertía de la existencia de lagunas y antinomias en el tratamiento dispensado por nuestro ordenamiento a la guarda de hecho. De modo que se proponía su superación a través de una interpretación guiada por el principio del interés superior del menor y la persecución de cuatro objetivos:

- a) asegurar en lo posible que los menores (o personas con discapacidad) afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar;
- b) preservar, como regla general, el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor (o la persona con discapacidad) y sus guardadores;
- c) evitar que, a través de vías de hecho, se consoliden fraudulentamente vínculos con menores (o mayores) desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes;
- d) promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor (o la persona con discapacidad) y representarlo.

En coherencia con esos criterios, destacadamente se echa en falta que dentro del régimen jurídico de la guarda de hecho la reforma se hubiera contemplado un deber de comunicación a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la Entidad pública competente en el respectivo territorio para la protección de los menores de edad o de las personas con discapacidad. Esta obligación, contemplada como se ha expuesto en derecho aragonés y catalán, habría resultado útil a efectos probatorios de esta situación, así como para garantizar la posible adopción de forma más ágil y eficaz de las medidas de control y legitimación del guardador introducidas por la reforma y, sobre todo, para promover de forma tempestiva una medida más

guarda, tanto de hecho (arts. 303 y ss. CC) como administrativa (art. 172.2 CC); el administrador patrimonial regulado en el art. 299 bis CC; e incluso una mención expresa a la tutela administrativa o a figuras emergentes, ensayadas ya por otros ordenamientos y por algunas Comunidades Autónomas, como el coordinador de parentalidad.

adecuada de protección del guardado, cuando ello resulte oportuno o necesario atendidas las circunstancias concurrentes, evitando que se consoliden situaciones fácticas que no sean acordes con la salvaguarda de su superior interés.

Se echa en falta una delimitación más clara del supuesto de hecho de la guarda y de las facultades del guardador. Más precisos se muestran en este sentido el derecho aragonés y el catalán cuando disponen, por ejemplo, que las facultades del guardador de hecho en el ámbito patrimonial se ceñirán a actos de administración.

Asimismo, resulta cuestionable que se haya contemplado sólo la posibilidad de que el guardador asuma «funciones tutelares», sin contemplar una posible «guarda de apoyo» o la asunción por el guardador de un papel análogo al del curador⁴⁹. Tal previsión habría resultado acorde con los dictados de la Convención de derechos de las personas con discapacidad, así como con una consolidada doctrina jurisprudencial por la que se viene incentivando el recurso a la curatela como medida de protección de las personas con discapacidad psíquica, frente a la preexistente primacía de la tutela, procurando con ello llevar a cabo una interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento jurídico acorde con los principios recogidos en la citada Convención, así como con el sistema de apoyos previsto en su artículo 12. Previsiones que deberían haber propiciado una profunda reforma de nuestro ordenamiento en materia de discapacidad, que injustificadamente ni ha llegado, ni se la espera a corto plazo.

2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA

2.1 Modalidades de guarda

a) LA GUARDA PROVISIONAL

La Ley 26/2015 ha dado nueva redacción al artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, relativo a la atención inmediata que la Administración ha de prestar a los menores que se encuentren en una posible situación de riesgo o desprotección. Junto a la preexistente obligación de las autoridades y servicios públicos de prestarle atención inmediata, actuar si corresponde a su ámbito de competencias o dar traslado en otro caso al órgano competente, poniendo los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o

⁴⁹ A favor de ello, *Vid.* LECIÑERA IBARRA, *ob. cit.*, pp. 11 y 12.

cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal; se ha introducido la facultad de la Entidad pública «de asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la *guarda provisional* de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo».

A estos efectos, la nueva redacción del artículo 172.4 del Código Civil establece que, en cumplimiento de su obligación de prestar una atención inmediata al menor, la Entidad pública podrá asumir su guarda provisional mediante resolución administrativa, que comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo al mismo tiempo a practicar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La asunción de esta guarda no precisará ni de la voluntad de los titulares de la representación legal del menor, ni de la declaración de desamparo.

En la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador advierte que aunque esta nueva clase de guarda es imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales para evitar que se generen situaciones de inseguridad jurídica o indefensión para los representantes legales del menor⁵⁰. Por ello, aparte de su sometimiento a la superior vigilancia del Ministerio Fiscal, se prevé que tales diligencias se realicen en el plazo más breve posible, y que durante el mismo se pueda proceder, según las circunstancias, bien a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela por la Administración o a la promoción de la medida de protección procedente; o bien a promover la constitución de la tutela ordinaria, si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de este. La norma añade que si transcurrido el plazo señalado no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad pública.

Al margen de estas previsiones, orientadas a precisar cuál será la medida de protección más estable en la que puede desembocar la guarda administrativa provisional, llama la atención que el legislador no se haya ocupado de precisar cómo se articulará el cuidado del menor durante la vigencia de ésta. Para colmar esta laguna,

⁵⁰ Así lo advierte el legislador en el apdo. III de la exposición de motivos de la Ley 26/2015.

entiendo que una interpretación conjunta del artículo 172.4 del Código Civil, con los artículos 173 bis.2 letra a) y 303.1, párrafo 2.º, lleva a afirmar que lo más coherente atendido el supuesto de hecho y la interinidad de esta nueva clase de guarda, así como el interés superior del menor sujeto a ella, es que vaya acompañada de una de estas dos posibilidades: bien la constitución de un acogimiento familiar de urgencia⁵¹, o bien la atribución cautelar del acogimiento al guardador de hecho, si éste existiera⁵².

Por lo que se refiere a sus causas de extinción, con cuestionable sistemática, no es el artículo 172.4, sino el 172.5 *in fine* del Código Civil, relativo a los supuestos de cese de la tutela administrativa, el que las precisa indicando que «la guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela». Esto es, cuando la Entidad pública constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, cuando concorra alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1 del Código Civil (esto es, mayoría de edad del menor, salvo que con anterioridad se hubiera modificado judicialmente su capacidad; la concesión al menor del beneficio de la mayor edad; su adopción o fallecimiento; o cuando, habiéndose adoptado esta medida a raíz de la privación o suspensión de la patria potestad, su titular la recupere), y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.
- b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma 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 seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

En conclusión, al margen de las observaciones hechas a la redacción del precepto, hay que subrayar el acierto que supone que la reforma haya dotado a la Entidad pública de un instrumento de intervención ágil y alternativo al desamparo, para aquellos supuestos de

⁵¹ La propuesta de acompañar la asunción de la guarda provisional por parte de la Entidad pública con un acogimiento familiar de urgencia precisamente nos resolvería las dudas relativas a la duración de esta medida, toda vez que el art. 173 bis.2, letra a) del Código Civil precisa que esta clase de acogimiento tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto, se decide la medida de protección familiar que corresponda.

⁵² De hecho, ya antes de la reforma se inclinaba a favor de esta posibilidad la propia Circular 8/2011, de la Fiscalía General del Estado.

desprotección de un menor, en que aún no se conozcan con exactitud las circunstancias de hecho en las que se encuentra.

b) LA GUARDA VOLUNTARIA

Tras la reforma, se mantiene la posibilidad ya existente con anterioridad de que la guarda administrativa se constituya por petición expresa de los progenitores o tutores del menor, cuando éstos no puedan cuidarle por circunstancias graves, pero añadiendo la exigencia de que sean transitorias y debidamente acreditadas.

No obstante, la reforma ha procurado deslindar nítidamente esta situación del desamparo, extrayendo su regulación del antes prolijo y complejo artículo 172 del Código Civil, ocupándose de ella en un nuevo artículo 172 bis. Asimismo, ha procurado evitar, de un lado, que esta situación se haga crónica, traducándose en una cesión del cuidado de los hijos a la Administración *sine die* y privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, en particular durante los años clave de la primera infancia⁵³; y, de otro, que esta medida pueda servir de cauce a los representantes legales del menor para desentenderse de sus obligaciones para con el mismo.

Al objeto de que la guarda voluntaria realmente sea una medida de protección reservada a los supuestos en los que circunstancias graves, pero transitorias, impidan a los representantes legales cumplir adecuadamente con sus funciones, el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/1996 y el artículo 172 bis del Código Civil establecen que su duración no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvada la posibilidad de su prórroga en interés del menor cuando concurran circunstancias excepcionales. Transcurrido este plazo, o en su caso su prórroga, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores, o deberá dictarse una nueva medida de protección permanente. A este respecto, el artículo 18.2, letra b) de la LO 1/1996 establece que procederá la declaración de la situación de desamparo si transcurrido el plazo de guarda voluntaria y estando los representantes legales del menor en condiciones de hacerse cargo de su guarda, no quisieran asumirla, así como cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo.

En cuanto a su constitución, el artículo 172 bis del Código Civil establece que la entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito, dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse

⁵³ Cfr. el apdo. II de la exposición de motivos de la Ley 26/2015.

por la Entidad Pública y garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades. La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.

Por lo que se refiere a las responsabilidades que los representantes legales del menor conservarán para con éste durante la vigencia de la guarda voluntaria, el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 1/1996 exige, cuando sea pertinente, el compromiso de la familia de someterse a intervención profesional. Por su parte, el artículo 172 ter. 4 del Código Civil dispone que tanto en los casos de declaración de situación de desamparo, como en los de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos⁵⁴.

Por último, y en correspondencia con la vocación de transitoriedad de esta medida de protección, resulta destacable que se haya contemplado de forma expresa la oportunidad de mantener durante su vigencia los vínculos afectivos del menor con sus representantes legales, en interés de aquél. De modo que el menor tendrá el derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública (art. 21 bis LO 1/1996).

En suma, se ha mejorado sustancialmente el régimen jurídico de esta clase de guarda, echándose en falta tan sólo una previsión análoga para los representantes legales de las personas con capacidad de obrar modificada.

c) LA GUARDA DE LA ENTIDAD PÚBLICA POR MANDATO JUDICIAL

De conformidad con el artículo 172 bis.2 del Código Civil, aparte de por resolución de la propia Administración, o por volun-

⁵⁴ Resulta cuestionable la mención dentro de los gastos repercutibles a los representantes legales del menor de «los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos», no sólo por lo impreciso de los términos empleados, en particular cuando alude a «la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores», sino sobre todo por su falta de coherencia con el régimen jurídico de la responsabilidad civil por hecho ajeno contenida en el Código Civil, con la responsabilidad patrimonial de la Administración actualmente regulada en las Leyes 39/2015 y 40/2015, y por la discutible naturaleza y fundamento jurídico de esta previsión.

tad de los representantes legales del menor, la asunción de la guarda de menores por la Entidad pública también podrá tener lugar cuando así lo acuerde el Juez, en los casos en que legalmente proceda, debiendo aquella adoptar la medida de protección que corresponda.

Al igual que con anterioridad a la reforma, se echa en falta una mínima precisión de cuáles son los casos en que legalmente procederá que la autoridad judicial ordene la constitución de una guarda, en lugar de otra medida de protección. No obstante, esta facultad del Juez ha de ponerse en relación, de un lado, con el presupuesto de hecho de esta medida (la existencia de circunstancias graves, pero transitorias, que impidan a los representantes legales del menor cumplir con sus funciones)⁵⁵ y, de otro, con lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, en particular en su apartado 6.º, que permite al Juez adoptar, dentro de cualquier proceso civil o penal, así como en un expediente de jurisdicción voluntaria, las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, pero distintos al desamparo; garantizando que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Asimismo, hay que poner en relación esta posibilidad con lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 303 del Código Civil, que prevé que, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la exigencia de un guardador de hecho, pueda constituir un acogimiento temporal a su cargo. Acogimiento temporal que bien podría asentarse sobre la simultánea atribución judicial de la guarda del menor a la Entidad pública, a efectos de que asuma el control y seguimiento de ese acogimiento.

d) LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

La reforma ha introducido *ex novo* en el artículo 176 bis del Código Civil la guarda con fines de adopción, llevando a cabo simultáneamente una, a mi juicio, artificiosa supresión del acogimiento preadoptivo. Y ello, en la medida en que los derechos y obligaciones del guardador se han equiparado a los de los acogedores familiares, por lo que tal vez hubiera sido más coherente, con las oportunas modificaciones de su régimen jurídico, haber mantenido el preadoptivo como una de las clases de acogimiento familiar. Aunque con ella se viene a reconocer que esta guarda es parte del proceso de adopción.

⁵⁵ *V. gr.*, enfermedad, ingreso en prisión, etc.

Se constituirá mediante la correspondiente delegación de guarda por parte de la Entidad pública, permitiendo iniciar una convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para su adopción⁵⁶, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, y hasta que se dicte la oportuna resolución judicial de constitución de la misma. Con ello, se evitará que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o prolongar su permanencia con una familia distinta.

Por lo que se refiere a sus efectos, salvo que convenga otra cosa al interés del menor, se prevé que la Entidad Pública proceda a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva (art. 176 bis.2 del Código Civil). A este respecto, la verdadera novedad de la reforma radica en la introducción de la posibilidad de mantener la relación o contacto entre la familia de origen y la adoptiva, cuando así lo aconseje el interés del menor, en razón a su situación familiar, su edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad pública, procurándose en particular, y en la medida de lo posible, favorecer la relación entre hermanos biológicos⁵⁷. Se consagra con ello, en interés del menor, un nuevo modelo de adopción en nuestro derecho, conocido como «adopción abierta», con precedentes en derecho comparado e incluso en algún derecho autonómico⁵⁸.

⁵⁶ La reforma establece con claridad, resolviendo las dudas existentes anteriormente, la exigencia de que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea previa a la propuesta de adopción que la Entidad Pública formula al Juez y aboga por la homogeneización de los criterios conducentes a la misma (cfr. art. 10 LO 1/1996; art. 176.2 CC, DA 3.º3 de la Ley 26/2015). Además, se modifican los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción (art. 176.2 CC).

⁵⁷ Esta posibilidad se recoge en el art. 178.4 CC. En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez. Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En atención a esta posibilidad, en la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

⁵⁸ Sobre sus posibles bondades para el adoptado *Vid.* ANGUIA RÍOS, «Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Aranzadi civil-mercantil*, n.º 11, 2016, pp. 81 y ss.; SABATER BAYLE, «La adopción abierta», *Comentarios sobre las*

Por otro lado, se dispone que la propuesta de adopción se eleve al Juez en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. Aunque este plazo podrá prorrogarse hasta un máximo de un año cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del mismo a la familia. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor (art. 176 bis.3 del Código Civil).

Si a pesar del límite temporal previsto para la guarda con fines de adopción, ésta hubiera durado más de un año, se podrá iniciar el expediente de adopción sin necesidad de la propuesta previa de la Entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que la misma haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad (art. 176.2, 3.ª del Código Civil).

Por último, el artículo 175.5 del Código Civil se ocupa del supuesto en que, estando un menor bajo la guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, se produzca la ruptura de esa relación de pareja con anterioridad a la propuesta de adopción, señalando que esa circunstancia no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

2.2 Previsiones comunes a los distintos tipos de guarda administrativa

Aunque la nueva regulación de la guarda administrativa supone una manifiesta mejora de la protección del menor, cabe objetar que se ha desaprovechado la oportunidad de recoger de forma conjunta las disposiciones comunes a los distintos supuestos de guarda administrativa, de forma análoga a lo que hace con respecto a la tutela y la guarda administrativa el nuevo artículo 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996 («disposiciones comunes a la guarda y tutela»). No obstante, a partir de su regulación en la citada Ley Orgánica y en el Código Civil podemos inferir los siguientes principios rectores de la misma:

leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, coord. por Cabedo Mallol, Ravetllat Ballesté, ed. Tirant Lo Blanch 2016, pp. 305 y ss.

a) LA SUBSIDIARIEDAD

El legislador ha procurado reforzar la subsidiariedad y excepcionalidad de las medidas que entrañen la separación del menor de su familia de origen. En coherencia con ello, una de las novedades más destacadas de la reforma ha sido la de prestar una mayor atención a las situaciones de riesgo, mediante la reforma del artículo 17 de la LO 1/1996, ante la toma de conciencia de que una intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia. A este respecto, la nueva redacción del artículo 17.2 de la LO 1/1996 establece que «en situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y *se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar*».

Con carácter general, y en la medida de lo posible, detectada una situación de riesgo con respecto a un menor de edad, la intervención de los poderes públicos procurará la prevención, detección y reparación de dicha situación, interviniendo en la propia familia, mediante servicios y recursos adecuados a tal fin⁵⁹. A tal efecto, la nueva redacción del artículo 17.4 de la LO 1/1996 establece que «la valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un *proyecto de intervención social y educativo familiar* que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, *promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar*. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se

⁵⁹ Especial relevancia se otorga a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. También se introduce una previsión específica para los casos de atención sanitaria necesaria para el menor no consentida por sus progenitores u otros responsables legales, que conlleva la correspondiente modificación de la Ley 41/2002, reguladora de la Autonomía del Paciente.

comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años».

La regulación prevé que el proyecto de actuación sea consensuado con los progenitores u otros responsables legales, conforme al principio introducido en la reforma de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas. En caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo.

El objetivo prioritario será procurar mantener al menor, en la medida de lo posible, en su entorno familiar. Sólo en caso de que ello no sea posible, lo soliciten los titulares de la patria potestad o la tutela del menor, o lo acuerde el Juez, la entidad pública asumirá la guarda de un menor que se encuentre en situación de riesgo o, en su caso, por el tiempo preciso para evaluar su situación y adoptar otra clase de medidas, o como fase previa a la constitución de su adopción, estableciendo un periodo de convivencia previo con las personas declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

b) LA TEMPORALIDAD

La reforma enfatiza el carácter temporal de los distintos supuestos de guarda.

En el caso de la guarda provisional, aunque no se precisa su duración máxima, se entiende que se prolongará por el tiempo imprescindible para llevar a cabo la identificación del menor presuntamente necesitado de protección y la investigación y valoración de su situación real, y para adoptar la medida que corresponda en atención a ello. Más concretamente, en la medida en que el cuidado del menor en estos supuestos entiendo que normalmente deberá articularse a través de un acogimiento familiar de urgencia, su duración máxima en principio será la de seis meses, prevista para este último en el artículo 173 bis, letra a), del Código Civil.

En el caso de la guarda voluntaria, su duración máxima se limita expresamente a dos años, salvo que excepcionalmente el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la posible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (art. 19 LO 1/1996).

Y, en el caso de la guarda con fines de adopción su temporalidad resulta de su carácter finalista, estableciendo el apartado 3 del artículo 176 bis del Código Civil que la propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se

hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. Sin perjuicio de que, cuando la Entidad Pública considere necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia más amplio, en función a la edad y circunstancias del menor, ese plazo pueda prorrogarse hasta un máximo de un año.

c) LA PRIMACÍA DE LA REINTEGRACIÓN FAMILIAR DEL MENOR

A excepción de la guarda con fines de adopción, en los distintos supuestos de guarda se procurará, en la medida de lo posible y atendido siempre el interés superior del menor, su reintegración familiar. Además, se procurará que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, para que permanezcan unidos (art. 172 ter.2 del Código Civil).

Este principio, ya vigente con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido reforzado en la reforma. Una de las principales manifestaciones del mismo se encuentra en la primacía dada a la adopción de medidas de protección consensuadas frente a las impuestas, procurando la colaboración de la familia de origen durante su vigencia. Con este propósito se establece que siempre que la Entidad pública asuma la tutela o guarda del menor «elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar» (art. 19 bis.1 LO 1/1996). En particular, si las menores sujetas a medidas de protección estuvieran embarazadas, se les prestará asesoramiento y apoyo adecuados a su situación, y en su plan individual de protección se contemplará esta circunstancia, así como la protección del recién nacido (art. 19 bis.6 LO 1/1996). En caso de tratarse de menores con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades.

Ahora bien, la reforma deja claro que la reintegración del menor en su familia de origen no es un derecho absoluto, por lo que no se producirá en todo caso, sino sólo cuando no sea contrario al interés del menor. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados⁶⁰.

⁶⁰ Conforme al art. 19 bis.5 de la LO 1/1996, «en el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad».

Para ello, de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo⁶¹, será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la familia de origen objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. Y en los supuestos de guarda voluntaria se exige el compromiso de la familia de origen de someterse, en su caso, a la intervención profesional (art. 19.2, párr. 2.º, de la Ley Orgánica 1/1996).

Esta previsión se ve complementada con la salvaguarda del derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, hermanos y parientes, durante la vigencia de las medidas de protección (art. 21 bis LO 1/1996). Derecho que, salvo que sea contrario a su superior interés, encuentra su fundamento en lo dispuesto en el art. 9.3 de la Convención de Derechos del Niño, cuya vigencia se extiende también a los menores separados de su familia por la Entidad Pública y pretende evitar situaciones de desapego que puedan posteriormente frustrar la reintegración del menor en su familia de origen, precisamente en consideración a su interés. En atención a ello, la nueva redacción del artículo 160 del Código Civil amplía el derecho del menor a relacionarse con sus parientes, incluyendo una mención expresa a los hermanos. Y en relación con la regulación del régimen de visitas y comunicaciones con los mismos, la nueva redacción del art. 161 del Código Civil aclara la competencia de la Entidad Pública para establecer dicho régimen, o bien suspenderlo temporalmente, mediante resolución motivada, que deberá comunicarse al Ministerio Fiscal.

Como novedad, cabe destacar que la reforma, a la inversa, también ha consagrado el derecho de la familia de acogida a relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entendiera que conviene a su interés superior y lo consintieran la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 20 bis LO 1/1996). Igualmente, aunque excede del objeto de nuestra atención en este momento, centrado en la guarda, cabe apuntar que también en caso de adopción del menor, se contempla que en ciertos supuestos se pueda mantener el contacto

⁶¹ *Cfr.* en particular los criterios establecidos en la STS 565/2009, de 31 de julio de 2009, para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor.

con la familia de origen, dando lugar a lo que se ha dado en denominar una «adopción abierta» (art. 178.4 del Código Civil).

d) EL CONTROL Y APOYO PÚBLICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

Sin perjuicio del deber de la Entidad pública de velar por la salvaguarda del interés superior del menor, todas las medidas de protección adoptadas, y entre ellas la guarda en sus distintas modalidades, estarán sujetas a la supervisión del Ministerio Fiscal (art. 174.1 del Código Civil)⁶².

Además, y al objeto de salvaguardar los intereses tanto del menor, como de sus progenitores, éstos estarán legitimados para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor durante los dos años siguientes a su notificación. Transcurrido ese periodo, la legitimación para impugnar las resoluciones que sobre el menor dicte la Entidad pública se cfiene al Ministerio Fiscal. Por otra parte, durante ese periodo de dos años, se legitima a las Entidades Públicas para adoptar, ponderando la situación, cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico de irreversibilidad (art. 172.2 *in fine* del Código Civil).

Aparte de estas previsiones, con carácter general y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución, los poderes públicos velarán para que los titulares de las distintas medidas de protección de los menores, y en particular los guardadores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores (art. 12.2 Ley Orgánica 1/1996). En cuanto a la relación del menor con su

⁶² Este precepto dispone: «2. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.

3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe.

4. Para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

A estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor».

familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda, como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, se prevé su revisión al menos cada seis meses (art. 172 ter.2 del Código Civil).

También se han introducido previsiones específicas de apoyo público para los supuestos en que los menores se encuentren bajo el cuidado de una víctima de violencia de género o doméstica, así como para los supuestos de menores con discapacidad. En el primer caso, se establece el deber de los poderes públicos de encaminar sus actuaciones a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación (art. 12.3 LO 1/1996). En el segundo, se les conmina a garantizar los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad, velando al máximo por el interés superior del menor, y a garantizarles los mismos derechos respecto a la vida en familia que al resto de menores. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias (art. 12.7 LO 1/1996).

Dentro de las medidas de apoyo público, hay que hacer mención a la introducción en el artículo 10 de la LO 1/1996 de un nuevo apartado 5.º en el que se establece a favor de los menores tutelados o guardados por las Entidades Públicas, el reconocimiento de oficio de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas.

En el supuesto de que se produzca la reunificación familiar, la reforma contempla la realización por la Entidad Pública de un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor (art. 19 bis.4 LO 1/1996), al objeto de garantizar su adecuada integración y la salvaguarda de su interés superior.

Finalmente, cabe destacar en este marco la introducción de un artículo 22 *quinquies* en la Ley Orgánica 1/1996 que establece la obligación de valorar el impacto en la infancia y adolescencia en todos los proyectos normativos, dando más eficacia y concreción al genérico deber de los poderes públicos de velar por la salvaguarda del interés superior del menor.

No obstante, y a pesar de las bondades de estas y muchas otras previsiones incluidas en la reforma, está por ver cómo será su materialización en la práctica, en la medida en que la Ley exige que sus medidas no supongan incremento del gasto público (*Vid.* DF 20.ª de la Ley 26/2015).

e) **PRIORIDAD DE LAS MEDIDAS FAMILIARES**

Conforme a lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 12 de la LO 1/1996, «en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas».

Esta prioridad de las medidas familiares se recoge expresamente también en el nuevo artículo 172 ter del Código Civil, en el que no sólo se consagra la prioridad del acogimiento familiar con respecto al residencial, sino que además se introduce la posibilidad de que las Entidades públicas acuerden estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias, de origen o alternativas. Previsiones que resultarán de aplicación en todos los supuestos en los que la Entidad pública asuma la guarda de un menor, en sus distintas modalidades y, necesariamente, en el caso de la guarda con fines de adopción.

En coherencia con ello, se lleva a cabo una regulación más completa y detallada del acogimiento familiar, a través de la reforma del artículo 173 y la introducción de un artículo 173 bis en el Código Civil, que redefine y clarifica las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración, concretándose en la actualidad en el acogimiento de urgencia; el acogimiento temporal (hasta ahora denominado simple), con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje su prórroga; y el acogimiento permanente. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, y también el acogimiento preadoptivo, reconociéndose que actualmente es una fase del procedimiento de adopción y reemplazándolo por la guarda con fines de adopción.

Entre las previsiones que favorecen las medidas familiares, cabe hacer mención a la consagración del derecho de los trabajadores y funcionarios a obtener permisos remunerados, análogos a los que disfrutaban las trabajadoras embarazadas por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo. Previsión introducida no solo para las familias adoptantes, sino también –y en lo que ahora nos interesa– para los guardadores con fines de adopción y acogedores.

Hasta ahora el artículo 37.3.f) del Estatuto de los Trabajadores solo contemplaba este derecho en los supuestos de maternidad biológica, con la consiguiente discriminación para los supuestos de maternidad o paternidad adoptiva y, en su caso, en los casos de

acogimiento familiar. Y ello, a pesar de que en estos supuestos, algunas comunidades autónomas exigen por imperativo legal –a diferencia de lo que ocurre con los exámenes prenatales y las técnicas de preparación al parto– y, además y en su caso, a ambos adoptantes, guardadores o acogedores, que acudan obligatoriamente a unas sesiones informativas y de preparación, y que en el caso de la adopción o de la guarda con fines de adopción obtengan preceptivamente un certificado de idoneidad, lo que les impone someterse a un estudio psicosocial que en ocasiones supone más de cinco entrevistas. Tras la reforma estas exigencias legales pasan a considerarse propiamente como una preparación para la adopción y el acogimiento familiar, legitimando para obtener un permiso retribuido, de forma análoga a lo establecido hasta ahora sólo en relación a las familias biológicas. Además, estos permisos se extienden no sólo a los trabajadores por cuenta ajena y al personal de las Administraciones Públicas, sino también al personal funcionario, a través de la reforma tanto del Estatuto de los Trabajadores, como de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁶³.

f) OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD O LA TUTELA DEL MENOR

Otra importante novedad es la consagración en el artículo 172 ter del Código Civil de la posibilidad de que, en los casos de guarda administrativa o judicial, así como en los casos de desamparo, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor. Más concretamente, su apartado 4.º prevé que «en los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse

⁶³ La disp. final 3.ª de la Ley 26/2015 da nueva redacción a la letra f) del art. 37.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo el derecho a un permiso remunerado: «f) *Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo*».

A su vez, la disposición final 4.ª de la Ley 26/2015 modifica la letra e) del art. 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, extiende este derecho a los empleados públicos: «e) *Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo*».

por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos».

Atendida la redacción del precepto, se echa en falta la expresa mención de esa obligación en los casos de guarda voluntaria. No obstante, razones lógicas y sistemáticas imponen entender que esta previsión es igualmente aplicable a dicho supuesto, debiendo concretarse la contribución de los progenitores o tutores en la resolución administrativa o judicial en la que se formalice la guarda voluntaria⁶⁴.

g) **IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE CONOCIMIENTO Y SEGUIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ESPAÑA**

El artículo 22 ter de la Ley orgánica 1/1996 establece la creación de un sistema de información estatal sobre protección de menores a realizar por las Entidades Públicas y la Administración General del Estado, con el propósito de permitir el conocimiento y el seguimiento de la situación de la protección de la infancia y la adolescencia en España, no solo a efectos estadísticos, sino también de seguimiento concreto de las medidas de protección adoptadas respecto de cada menor, así como de las personas que se ofrecen para el acogimiento y la adopción.

A su vez, el artículo 22 quáter de esta Ley introduce normas que regulan el tratamiento de datos de carácter personal de los menores atendiendo a su interés superior y el artículo 22 quinquies establece la obligación de valorar el impacto en la infancia y adolescencia en todos los proyectos normativos. Pero todo ello, en el marco de las limitaciones presupuestarias contenidas en la Disposición final 20.^a de la Ley 26/2015. Previsión, esta última, que deja en el aire la viabilidad en la práctica de alguna de las bienintencionadas medidas introducidas en la reforma. El tiempo nos dirá.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, dir. Díez-PICAZO, Fundación General Mediterránea, 1977.

⁶⁴ Esta será una de las menciones que deberán constar en el escrito de constitución de la guarda voluntaria (*cfr.* art. 172 bis del Código Civil).

- ANGUITA RÍOS.: «La protección del discapacitado no incapacitado», *Diario La Ley*, n.º 8165, 2013.
- «Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Aranzadi civil-mercantil*, n.º 11, 2016.
- BERROCAL LANZAROT.: «La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 757, 2016; y (II), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 758, 2016.
- CALVO SAN JOSÉ.: «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de junio, y Ley 26/2015, de 28 de julio)», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016.
- DÍEZ GARCÍA.: «Comentario al artículo 172», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.
- FÁBREGA RUIZ.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, ed. Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, 2006.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ.: «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en AAVV, *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. Pérez de Vargas, ed. La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007.
- GARCÍA GARNICA.: «Discapacidad y dependencia (II): Configuración y contenido de su situación jurídica», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T. II, dir. GETE-ALONSO Y CALERA, ed. Civitas, Pamplona, 2013.
- «Comentario al artículo 215», en *Comentarios al Código Civil*, vol. II, dir. R. Bercovitz, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.
- LECIÑERA IBARRA.: «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 73, 2016.
- LLEBARÍA SAMPER.: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1990.
- NÚÑEZ ZORRILLA.: «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, n.º 73, 2015.
- ORDÁS ALONSO.: «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2016.
- PANIZA FULLANA.: «La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015.
- ROGEL VIDE.: *La guarda de hecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO.: *La guarda de hecho. Personas mayores, vida independientemente y soluciones jurídicas*, Fundación Aequitas, 2009.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN.: «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencias», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016.
- SABATER BAYLE.: «La adopción abierta», *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, coord. por Vicente José Cabedo Mallol, Isaac Ravetllat Ballesté, Ed. Tirant Lo Blanch, 2016.

SALAS MURILLO.: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, ed. Aranzadi, 2011.

UREÑA MARTÍNEZ.: «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de protección de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista CESCO*, n.º 15, 2015.