

## **CIRCULAR 1/2008**

### **SOBRE LIMITACIONES TEMPORALES A LA OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES TRAS LA REFORMA OPERADA POR LEY 54/2007 DE 28 DICIEMBRE**

1.- Planteamiento del problema 2.- Plazo para recurrir la declaración de desamparo (acción de oposición) 3.- Plazo para formular oposición a las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores 4.- Plazo para acreditar la superación de las causas que justificaron el desamparo (acciones de revocación) 5.- Plazo para acreditar la superación de las causas que justificaron la adopción de otras resoluciones sobre protección del menor distintas a la declaración de desamparo (acciones de revocación) 6.- Modificación de medidas de protección transcurrido el plazo de dos años 7.- Revocación de la declaración de desamparo por la Entidad Pública fuera de plazo. 8.- Plazo para oponerse a la constitución del acogimiento 9.- Nuevas disposiciones procesales: carácter preferente del procedimiento 10.- Cómputo de plazos 11.- Cuestiones de Derecho Transitorio 12.- Conclusiones.

#### **1.- Planteamiento del problema**

La reforma en el sistema de protección de menores, operada en el Código Civil por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, revolucionaria en tantos aspectos, especialmente en la administrativización de la declaración de desamparo y en la asunción de tutela por la Administración, dejó algunos problemas sin resolver.

Entre estos problemas destacaba especialmente la falta de una previsión en cuanto al plazo de que disponían los progenitores para impugnar las resoluciones de la Administración en materia de protección, resoluciones que

podían suponer una grave injerencia en las atribuciones de la patria potestad y una profunda afectación del interés superior del menor, y que requerían correlativamente las necesarias dosis de seguridad jurídica en la regulación de las acciones de impugnación.

En efecto, el sistema original introducido por la reforma 21/1987 suponía someter las resoluciones administrativas de declaración de desamparo y asunción de tutela legal automática de menores, las resoluciones de acogimiento y demás resoluciones complementarias a una permanente provisionalidad, en tanto susceptibles de impugnación en cualquier momento, sin sujeción a límite temporal alguno. La interpretación mas comúnmente aceptada era la de que la impugnación podía tener lugar desde la notificación de la resolución hasta la firmeza del eventual auto constituyendo la adopción o hasta la extinción definitiva de la patria potestad por cualquier otra causa. Con ello se posibilitaba -en supuestos en los que ya no era posible la reinserción en la familia biológica- un ejercicio continuado de acciones judiciales por parte de la familia de origen del menor contra las medidas adoptadas por la Entidad Pública para lograr su definitiva integración en un núcleo familiar estable.

Ya las conclusiones de las Jornadas sobre “aplicación de las medidas de protección de menores”, para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas de 3 de octubre de 1997 pusieron de relieve que “al no fijarse plazo para la impugnación de la declaración de desamparo, se considera que debería establecerse legalmente, para evitar perturbaciones en la adopción de sucesivas medidas respecto del menor”.

Esta interpretación fue avalada por la Fiscalía General del Estado, que en su Circular 1/2001, de 5 de abril *sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (apartado VII.5) disponía al respecto que no fijando la ley plazo alguno para la*

*presentación de la reclamación ante el Juez, hay que entender que podrá presentarse en cualquier momento.*

La Fiscalía General del Estado, a través de sus Memorias (vid. Memoria de 2005 págs. 617 a 619) y dentro de las propuestas de modificación legislativa, acogiendo un informe de la Fiscalía de Sevilla planteó de nuevo los problemas que la regulación legal estaba generando, aportando al mismo tiempo soluciones.

El Legislador ha sido receptivo a las propuestas de la Fiscalía General del Estado, abordando a través de la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 diciembre la mayor parte de las cuestiones planteadas, aunque sin dar apenas explicación alguna en su Exposición de Motivos, y a través de un texto cuyo objeto principal es la regulación de la adopción internacional. En efecto, la Ley 54/2007 incluye la regulación de los plazos para impugnar el desamparo en una Disposición final primera mediante la cual se reforma el art. 172 CC y en una Disposición final segunda, que reforma los arts. 779, 780 y 781 LEC.

No obstante, la nueva regulación plantea ciertas dudas que es necesario resolver. La directa implicación del Ministerio Fiscal en la materia hace necesario el dictado de la presente Circular a fin de mantener la unidad de actuación, pese a la escasez de trabajos doctrinales generados y a la inexistencia de jurisprudencia. Los Sres. Fiscales, deberán en lo sucesivo -y en tanto no se consoliden otros criterios jurisprudenciales- atenerse, en la aplicación de los preceptos reformados, a las pautas que se contienen en la presente Circular.

El espíritu de la reforma es, sin duda, el de impedir procesos judiciales permanentemente abiertos, facilitando soluciones estables para los menores tutelados no susceptibles de reinserción en sus familias biológicas, permitir

insertarlos en un núcleo familiar definitivo, estable e idóneo para su desarrollo personal normalizado, y evitar que tales procesos se vean permanentemente amenazados por impugnaciones judiciales. Al mismo tiempo también puede detectarse en el nuevo sistema la concesión a los progenitores de un plazo a modo de segunda oportunidad para dar un margen razonable a la reinserción familiar de los menores extraídos de su núcleo familiar.

A estos efectos la reforma diferencia varios tipos de acciones para hacer cesar las medidas de protección, a los que atribuye distintos plazos preclusivos para su ejercicio, garantizando la seguridad jurídica, e impulsando en última instancia el principio del superior interés del menor.

La piedra angular del nuevo sistema es la distinción entre dos clases de medios de impugnación que hasta ahora estaban unificados tanto en su denominación -oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores- como en su régimen jurídico.

Esta nueva ordenación distinguiría entre: 1) una acción de oposición con la que se ataca la propia resolución administrativa, sometida a plazos breves y 2) una acción de revocación de la resolución administrativa de protección, en base a un cambio en las circunstancias que la motivaron, para la que se concede un plazo mas amplio.

Mientras que las acciones de oposición atacan una determinada resolución administrativa, las acciones de revocación no suponen propiamente una impugnación de la misma, sino que admitiendo su corrección, se fundamentan en la inadecuación de lo decidido por haberse modificado el *status quo* que justificó su adopción.

## **2.- Plazo para recurrir la declaración de desamparo (acción de oposición)**

El nuevo apartado sexto del art. 172 CC dispone que las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tal remisión se completa con la reforma operada en la LEC, en cuyo art. 780 apartado primero, párrafo segundo se dispone que la oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación.

Por lo demás, en el párrafo primero se mantiene la mención de que no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

En esta acción la pretensión consiste en que se declare la resolución administrativa de desamparo no ajustada a derecho y se deje sin efecto, y sus fundamentos habrán de basarse en no ser ciertos los hechos en que se funda el acto administrativo, en no haberse valorado correctamente éstos dando lugar a una antijurídica declaración de desamparo o en ser improcedente la medida adoptada para concretar las consecuencias del desamparo.

Es relativamente frecuente que en una misma resolución se acuerde el desamparo y se decida la concreta medida de protección conveniente (el acogimiento residencial o familiar, ya sea en familia extensa o en ajena). Para estos casos, cabe entender que la oposición podrá dirigirse a obtener el cese sin más del desamparo con la consiguiente revocación de la suspensión de la patria potestad, o a modificar la concreta modalidad de acogimiento acordada (para

obtener, por ejemplo, la sustitución del acogimiento residencial por un acogimiento en familia extensa); en este segundo supuesto, la oposición habrá de ajustarse al plazo más corto de dos meses.

También cabrá articular tales pretensiones conjuntamente de manera subsidiaria o alternativa. En estos casos, se entenderá que el plazo para la impugnación es el de 3 meses.

En lo relativo a la legitimación, cabría entender que respecto a esta primera resolución debiera operarse con un criterio restrictivo, teniendo en cuenta que la declaración de desamparo -que en definitiva supone la suspensión de la patria potestad- no afecta a la posición jurídica de abuelos, familiares o guardadores extraños, pues estas personas, familia extensa en general, en todo caso tendrán ocasión de intervenir a la hora de pedir a su favor el acogimiento o la adopción. El hecho de que el menor sea declarado en desamparo no implica desde luego su remoción del círculo de familia extensa que pueda proporcionarle la necesaria asistencia material y moral.

Sin embargo parece mas respetuoso para con el derecho a la tutela judicial efectiva interpretar la legitimación en sentido amplio, reconociéndola a los portadores de intereses legítimos, e incluyendo por tanto a padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor y guardadores, además de al Fiscal. Los artículos 6, 7 y 8 de la Ley del Parlamento Catalán 37/1991 de 30 de diciembre sobre *Medidas de Protección de los menores desamparados y de la adopción* reconocen legitimación activa a las siguientes personas: padres, tutor o guardador del menor, familiares que últimamente han convivido con el menor y Ministerio Fiscal. Implícitamente también cabría llegar a esa misma conclusión analizando el art. 172.1 CC en el que se prevé la notificación de la declaración de desamparo a los padres, tutores y guardadores. Esta misma previsión de notificación se contiene en la legislación autonómica (vid. *ad exemplum*, el art.

71 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia* de las Illes Balears; el art. 32 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de *Protección de la Infancia y Adolescencia* de Cantabria; el art. 22.2 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de *la Infancia* de la Comunidad Valenciana o el art. 58.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de *Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*, del País Vasco). Parece claro que la previsión legal de la obligación de notificación responde al reconocimiento de la concurrencia de un interés legítimo en los destinatarios de tal acto de comunicación.

En esta línea, la Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* declara en relación con la impugnación en general de resoluciones en materia de protección de menores que respecto a la legitimación, teniendo en cuenta que la ley utiliza la expresión «*quien pretenda oponerse a una resolución...*», habrá de reconocérsela a cualquiera que ostente un derecho o interés legítimo, de manera análoga a lo previsto en el art. 19.1.a) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en todo caso al Ministerio Fiscal.

El reseñado plazo debe entenderse de caducidad y no de prescripción.

### **3.- Plazo para formular oposición a las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores**

El apartado primero, párrafo segundo, inciso final del art. 780 LEC dispone que la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores (distintas de la declaración de desamparo) se habrá de formular en el plazo de dos meses desde su notificación.

De nuevo hemos de entender que esta acción sometida a tan breve plazo tiene por objeto atacar la propia resolución recurrida. No es ésta la vía adecuada para formular pretensiones por cambio de circunstancias.

En cuanto a qué deba entenderse por las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores, debe operarse con un criterio amplio. En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril (apdo. VII.5.A), entendía que el objeto del proceso especial del art. 780 LEC "se extenderá con carácter general a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores" añadiéndose que "nada permite deducir que la voluntad de la nueva LEC es limitar las posibilidades hasta ahora existentes de impugnación directa ante la jurisdicción civil de todas las resoluciones administrativas dictadas en esta materia. Así, *ad exemplum*, podrán entenderse comprendidas la resolución que deniega la petición de cese de la guarda voluntaria, la resolución denegatoria de la petición de modificación del régimen de visitas, la resolución que deniega la petición de cesación del acogimiento familiar, la resolución administrativa que acuerda la reducción o supresión del régimen de visitas del menor acogido, la resolución administrativa en la que se acuerde cualquier medida educativa con la que se discrepe, la que declara la no idoneidad del solicitante para la adopción, o las que tengan por objeto suplir la voluntad discrepante de los progenitores en determinados casos (intervención quirúrgica, internamientos en centros de atención médica o psiquiátrica).

La legitimación también ha de entenderse ampliada reconociéndola a los portadores de intereses legítimos, e incluyendo por tanto a padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor y guardadores, además de al Fiscal.

#### **4.- Plazo para acreditar la superación de las causas que justificaron el desamparo (acciones de revocación)**

*El párrafo primero del apartado séptimo del art. 172 CC dispone que durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.*

Debe en primer lugar partirse de que a diferencia de la impugnación de la resolución de desamparo, en la que se cuestionan los fundamentos que han servido de base a la misma, en esta modalidad impugnativa se combaten no esos fundamentos, sino su persistencia. Esto es, se trata de acreditar que los padres ya no se encuentran incursos en las causas que justificaron la declaración de desamparo. En definitiva, los hechos objeto de alegación y prueba son hechos nuevos, acaecidos tras la declaración de desamparo y mediante los que se trata de acreditar que se está en condiciones de reanudar el ejercicio de la patria potestad. Lo que no podrá discutirse es la realidad de los hechos que motivaron el desamparo y la corrección jurídica de las medidas adoptadas.

Por otro lado, desde el punto de vista de la legitimación, el precepto la otorga en exclusiva a los padres. Pueden ser ambos o uno solo de ellos quienes mantengan la acción, pero no otros familiares.

Además es preciso que no hayan sido privados de la patria potestad. Obviamente la suspensión de la patria potestad inherente a la declaración de

desamparo no priva de legitimación para ejercer esta acción, pero si se hubiera dictado una resolución de privación de patria potestad conforme al art. 170 CC, habrá de entenderse que los progenitores carecen de acción para impetrar esta resolución, sin perjuicio de la posibilidad de recuperación de la patria potestad prevista en el apartado segundo del mismo precepto, a través del correspondiente proceso. Carecerán igualmente de legitimación los progenitores cuando la persona tutelada hubiera alcanzado la mayor edad, hubiera sido adoptada o se hubiera emancipado.

El Legislador parte de que aunque sea cierta la causa de desamparo, se ha de dar a los padres biológicos la oportunidad de superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y, consiguientemente, recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo razonable. Este tiempo razonable se fija en dos años, durante el que pueden promover la revocación. Ello lleva a la consecuencia lógica de que en principio, en tanto transcurra el plazo de dos años, no debieran adoptarse decisiones sobre el menor incompatibles con una posible reinserción en la familia biológica: adopciones o acogimientos preadoptivos.

Debe subrayarse en este sentido la extraordinaria importancia que en estos conflictos revisten, además del superior interés del menor, los intereses de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación. La importancia de los derechos e intereses en cuestión obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales que se practiquen en tales procedimientos. (vid. SSTC nº 143/1990, de 26 de septiembre y 298/1993, de 9 de noviembre). El principio de prioridad de la propia familia natural ha sido proclamado en el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, (en adelante, CDN), en el art. 3 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre 1986, en el art. 11.2 b) de la Ley Orgánica 1/1996, de

15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM) y en el art. 172.4 CC.

En todo caso, durante estos dos años concedidos a los padres para recuperarse, siempre podrán, conforme al apartado séptimo, párrafo segundo del art. 172 CC oponerse a las decisiones que puedan colisionar con el deber general que la Entidad Pública tiene de primar el reintegro del menor en su propia familia biológica.

Pero ello sólo es una pauta general. Habrán de partir los Sres. Fiscales de que este plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres biológicos no tiene porqué ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente de los hijos. Tal irreversibilidad puede inferirse de múltiples factores, y así, ad *exemplum*, puede hacerse referencia a hijos nacidos tras la declaración de desamparo -dictada años atrás y no impugnada- de sus hermanos; cuando la Entidad Pública constata que la incapacidad de los padres es crónica; cuando median causas de enfermedad persistente y grave que imposibilite para el desempeño de la patria potestad, etc.

De todas formas y para lograr mayores espacios de seguridad jurídica será aconsejable que en estos casos, bien la Entidad Pública bien el Ministerio Fiscal promuevan la privación definitiva de la patria potestad conforme a las previsiones del art. 170 CC.

Tampoco será lógicamente necesario respetar el plazo de espera de dos años si los progenitores hubieran asentido anticipadamente la adopción conforme al art. 177.2.2º *in fine*.

Cabe preguntarse si la revocación del desamparo ha de plantearse necesariamente ante la Entidad Pública de Protección de Menores, o si puede formularse directamente ante el órgano jurisdiccional competente. Debe partirse de que cabe plantear la solicitud inicialmente ante la Administración para posteriormente recurrir judicialmente en su caso la resolución dictada. Pero debe entenderse también admisible que los padres formulen su pretensión directamente ante la autoridad judicial, pues de otro modo se instauraría una especie de reclamación administrativa previa que el Legislador expresamente ha querido evitar en materia de protección de menores (vid. art. 780.1 LEC)

#### **5.- Plazo para acreditar la superación de las causas que justificaron la adopción de otras resoluciones sobre protección del menor, distintas a la declaración de desamparo (acciones de revocación)**

El párrafo segundo del apartado séptimo del art. 172 CC dispone que *igualmente están legitimados* (los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida) *durante el mismo plazo* (dos años desde la notificación de la resolución administrativa) *para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.*

Este precepto debe interpretarse sistemáticamente conforme al apartado primero, párrafo segundo, inciso final del art. 780 LEC que fija un plazo de dos meses para oponerse a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores (distintas de la declaración de desamparo). Tal interpretación sistemática no puede sino llevar a concluir que pasados dos meses y hasta tanto transcurran los dos años estas resoluciones de protección podrán ser impugnadas en base a un cambio en las circunstancias que presidieron su adopción, pero no en base a la situación existente en el momento de su dictado.

## **6.- Modificación de medidas de protección, transcurrido el plazo de dos años.**

El párrafo tercero del apartado séptimo del art. 172 CC establece que *pasado dicho plazo* (dos años desde la notificación de la resolución administrativa) *decaerá su derecho* (el de los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida) *de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.*

Transcurrido el plazo de dos años los padres no tienen legitimación ni para impugnar las resoluciones de protección ni para instar su revocación por causas sobrevenidas. Simplemente se les reconoce el derecho de poner en conocimiento hechos que pudieran justificar una modificación de las resoluciones de protección. Esta puesta en conocimiento es extrajudicial, pudiendo alternativamente plantearse ante la Entidad Pública o ante el Ministerio Fiscal.

En el caso de que la cuestión se plantee ante el Ministerio Fiscal habrá de abrir éste unas Diligencias Preprocesales antes de proceder a dictar -en su caso, previas las actuaciones que estime oportunas- una resolución expresa sobre la petición formulada, resolución que habrá de notificarse al interesado. Si en su resolución considera pertinente la revocación del desamparo, habrá de comunicarla a la Entidad Pública instando su dictado. Ésta habrá a su vez de dictar una resolución, que en caso de ser desestimatoria de la pretensión formulada por el Fiscal, podrá ser recurrida por éste ante la jurisdicción civil.

Estas Diligencias del Fiscal habrán de incorporarse en original si no se ejercitan acciones, o en su caso mediante copia, si se formulan acciones judiciales, al Expediente de Protección del Menor.

También podrán optar los Sres. Fiscales por remitir la información aportada por los padres directamente a la Entidad Pública para que ésta resuelva sobre la misma, interesando la notificación posterior de la resolución administrativa que recaiga. Éste debe ser el modo de proceder habitual, pues normalmente la Entidad Pública estará en mejor posición para conocer todos los datos actualizados respecto a la situación del menor y de sus progenitores.

Esta posibilidad de revisión de oficio ya se contenía en algunas legislaciones autonómicas (vid. en Baleares art. 77 Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia*).

## **7.- Revocación de la declaración de desamparo por la Entidad Pública fuera de plazo.**

El apartado octavo del art. 172 CC establece que *la entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.*

Este precepto ha de ponerse en conexión con el párrafo tercero del apartado séptimo del mismo. En definitiva, las resoluciones dictadas por la Entidad Pública en materia de protección de menores siempre deben entenderse sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, y subordinadas a la

primacía del superior interés del menor. Por consiguiente si el transcurso del tiempo pone de relieve la inadecuación a tal interés de la medida adoptada, podrá ésta ser revocada.

Esta previsión será especialmente atendible en supuestos tales como cuando el menor, pasado el plazo de dos años no ha podido ser entregado en acogimiento familiar o en adopción o habiendo sido entregado en acogimiento, la familia sustituta no ha conseguido establecer vínculos afectivos con el menor, o cuando el menor sigue en acogimiento residencial o incluso cuando el mismo se encuentra bien integrado en acogimiento en su familia extensa, siempre que además los padres hayan alcanzado una efectiva rehabilitación.

La resolución que dicte la Entidad Pública, pese al silencio de la Ley, habrá de entenderse susceptible de impugnación ante la autoridad judicial en el plazo de los dos meses conforme a la regla general de la LEC (art. 780. 1). Debe entenderse que la atribución al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela (art. 174 CC) confiere al mismo legitimación activa para recurrir tales resoluciones administrativas. Otra interpretación llevaría a consagrar la exención de la fiscalización jurisdiccional de actos en los que el interés del menor puede verse profundamente afectado.

En todo caso, parece que únicamente estará legitimado para impugnar la resolución de la Entidad Pública, transcurridos los dos años, el Ministerio Fiscal, pues si de nuevo se permitiera a los padres biológicos acudir a los Tribunales quebraría la lógica del sistema, que se asienta sobre la limitación temporal de las posibilidades de impugnación de las resoluciones de protección por parte de los progenitores. Nótese que el precepto otorga una amplísima legitimación que abarca además de al Ministerio Fiscal a cualquier “persona o entidad interesada”, por lo que para evitar interpretaciones que conduzcan al absurdo, ha de entenderse que tal legitimación solo abarca la puesta en conocimiento y la

petición a la Entidad Pública, sin que alcance la ulterior impugnación propiamente jurisdiccional.

Esta misma solución es aplicable al supuesto en el que la Entidad Pública dicte resolución denegando la revocación de la declaración de desamparo instada por el Ministerio Fiscal, al amparo del párrafo tercero del apartado séptimo del art. 172 CC.

#### **8.- Plazo para oponerse a la constitución del acogimiento**

El nuevo párrafo segundo del apartado tercero del art. 172 CC dispone que *los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas.*

Esta vía no permite cuestionar el desamparo sino simplemente dónde y con quién va a convivir el menor. Ello debe combinarse con la necesaria reserva en la tramitación del expediente, por lo que lo usual será que la oposición se base -no en la concreta identidad de los acogedores- sino en que la forma de acogimiento acordada (residencial, provisional, permanente, preadoptiva) no es la más adecuada o en que no procede el acogimiento con familia ajena al existir personas dentro de la familia extensa del menor capacitadas y dispuestas a asumir el acogimiento.

Por otra parte, el art. 173 CC sigue disponiendo que *si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos en el número anterior.*

Conjugando ambos preceptos se concluye que frente a la oposición de padres o tutores al acogimiento propuesto por la Entidad Pública, no serán aquéllos quienes deban acudir a la vía judicial, sino que habrá de ser la Entidad Pública de Protección de Menores o el Ministerio Fiscal quienes promuevan la constitución judicial del acogimiento mediante el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, que a estos efectos subsiste. La impugnación judicial directa del acogimiento por los padres sólo tendrá sentido frente a la constitución del acogimiento familiar provisional que, conforme al 173.3 párrafo segundo, no precisa del consentimiento paterno, en razón de su carácter netamente transitorio.

Cabría pensar también, aunque ocurrirá muy rara vez, en los padres que inicialmente hubieran prestado el consentimiento, y por cualquier razón sobrevenida, cambiaran de opinión y decidieran impugnar su constitución.

En realidad, la acción de oposición a la constitución del acogimiento adquiere sentido cuando quienes la ejercitan son personas legitimadas distintas a los progenitores o tutores. Aunque de forma un tanto mecánica el precepto alude a padres o tutores, estarán también legitimadas para tal oposición otras personas con interés legítimo: el caso prototípico será el de guardadores anteriores, ordinariamente familia extensa, que cuidaban al menor subviniendo las deficiencias de la asistencia prestada por los padres.

Deben darse aquí por reproducidas las consideraciones contenidas en el epígrafe 2.- de la presente Circular, a efectos de la justificación de la legitimación ampliada. Por lo demás, el art. 9 CDN dispone en su art. 9.2 que en cualquier procedimiento relativo a la separación de un niño de sus padres *se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

La oposición al acogimiento por otras causas sobrevenidas -*vid. supra*- habrá de entenderse sometida al plazo más amplio de dos años previsto en el párrafo segundo del apartado séptimo del art. 172 CC.

### **9.- Nuevas disposiciones procesales: carácter preferente del procedimiento.**

La Ley 54/2007 en el número tres de su Disposición Final Segunda da una nueva redacción al art. 779 LEC en los siguientes términos:

*Los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.*

Ello es coherente, y refuerza la previsión por el Legislador en el art. 780 LEC de un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una Justicia tardía. Para ello, se remite este precepto al procedimiento verbal regulado en el art. 753 LEC.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido genéricamente en el art. 24.2 CE debe ser garantizado con un celo especial en los procesos relativos a protección de menores. No puede dilatarse el proceso en el tiempo so pena de incumplir los objetivos perseguidos e incluso perpetuar situaciones de hecho. El transcurso del tiempo -siempre relativo- es percibido por el menor -como ser en proceso de formación- de forma radicalmente distinta a cómo lo vive un adulto. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en otros procesos de familia. Debe evitarse por todos los medios situaciones en las que el fallo deviene finalmente inejecutable como consecuencia del transcurso del tiempo y de la consagración fáctica de la

situación del menor (vid. supuesto analizado por la STC nº 11/2008, de 21 de enero).

En esta línea, la conclusión nº 57 de las aprobadas en el curso sobre Derecho de Familia celebrado en Jaén, del 5 al 6 de mayo de 2003 (CGPJ-Junta de Andalucía) postulaba que en los supuestos en que la Administración no aporte el expediente al Juzgado en el plazo previsto de veinte días, se procederá a requerir al funcionario responsable bajo apercibimiento de deducir testimonio por delito de denegación de auxilio del art. 412 del Código Penal.

El Fiscal debe ser especialmente dinámico en la consecución de este objetivo de celeridad, conforme a las obligaciones que estatutariamente le son exigibles. No es casual que la primera función que el art. 3 EOMF atribuye al Fiscal sea la de *velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados*.

La función del Fiscal como dinamizador de estos procedimientos encaja con la Exposición de Motivos de la Ley (apdo. XIX), cuando señala el “indiscutible interés público inherente al objeto procesal”. Por ello, como garantía de los intereses de los menores, siempre debe ser parte el Ministerio Fiscal, como representante del interés público que concurre en estos casos (art. 749 LEC).

Debe a tales efectos recordarse la plena vigencia de la -ciertamente desubicada- Disposición Final Vigésima de la LOPJM a cuyo tenor el *Ministerio Fiscal velará para que, incoado un procedimiento sobre reclamación frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o de guarda, se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones e incidencias que afecten a un mismo menor. A*

*tal efecto, promoverá ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones oportunas previstas en la legislación procesal.*

## **10.- Cómputo de plazos**

Los plazos, en tanto señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha y cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. (arts. 5.1 CC y 133.3 LEC).

Los plazos que concluyan en domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil (133.4 LEC).

En la notificación deberán aplicarse las disposiciones de los arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre.

Los Sres. Fiscales deberán exigir que los intentos de notificación estén debidamente documentados en el expediente administrativo.

En las Comunidades Autónomas en las que se prevé la posibilidad de constituir una tutela automática urgente sin perjuicio de la ulterior instrucción completa del expediente (como en el caso de Madrid, conforme a la Ley 6/1995, de 28 marzo, *de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid*, art. 53 y Decreto 121/1988 del Consejo de Gobierno de la CAM, *Regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor*, art. 10; Baleares, Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia*, art. 69; Cantabria, Ley 7/1999, de 28 de abril, *de Protección de la Infancia y Adolescencia*, art. 31.2; País Vasco, Ley 3/2005, de 18 de febrero, *de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*, art. 59.2; Castilla-La

Mancha, Ley 3/1999, de 31 de marzo, *del Menor*, art. 37.5) deberá entenderse que los plazos comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente, sin perjuicio de que con posterioridad se dicte una nueva resolución en el procedimiento ordinario.

Si los padres no conviven juntos, la resolución habrá de ser notificada a ambos, no pudiendo presumirse que la notificación efectuada a uno sólo de ellos tenga efectos frente al otro.

## **11.- Cuestiones de Derecho Transitorio**

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre no contiene Disposiciones Transitorias que prevean la extensión de los nuevos límites a la impugnación de las resoluciones adoptadas por las Entidades Públicas de Protección de Menores antes de su entrada en vigor. La Disposición Final Sexta dispone sencillamente que *“la presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”*. Por tanto, publicada el 29 de diciembre de 2007, inicia su vigencia el día 30 del mismo mes y año.

El silencio normativo impone la necesidad de determinar la eficacia que pueda tener la nueva redacción de los arts. 172 y 173 del CC sobre las posibilidades de impugnación de la declaración de desamparo de un menor y de las posteriores medidas de protección que hubieran sido dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. La cuestión es problemática debido a que tales medidas y las situaciones jurídicas que con ellas se crearon, pese a haberse adoptado en principio con carácter transitorio a la espera de la estabilización del menor en la mejor de las situaciones posibles, ordinariamente se prolongan en el tiempo produciendo sus efectos en la actualidad, cuando las posibilidades de reacción de los progenitores están ya claramente limitadas en el tiempo.

La vigencia temporal de las leyes se aborda en el art. 9.3 de la CE, a cuyo tenor la Constitución garantiza *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales* y en el art. 2.3 del CC donde se sienta como regla general que *“las leyes no tienen efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”*.

En principio, la previsión legal de retroactividad de una ley concreta no necesariamente habría de ser expresa, pues bastaría que del sentido y finalidad de la ley resultara patente el propósito del legislador. Pero esto sólo ocurrirá en los casos excepcionales en los que la razón de ser de la propia ley exija su retroactividad, como ocurre con las disposiciones derogatorias en general. Fuera de tales casos, la regla del art. 2.3 del CC significa que cada relación jurídica se rige por las leyes del momento de su creación, y no ha de verse alterada por otras ulteriores. En realidad, es un criterio interpretativo que impone la irretroactividad en los casos de duda e incluso sugiere que la retroactividad será lo excepcional y por tanto, de aplicación restrictiva.

Con todo, la cuestión debe interpretarse recordando que el régimen transitorio de las normas que no contienen previsión expresa al respecto viene rigiéndose por las Disposiciones Transitorias del CC en cuanto sean aplicables ya directamente, ya indirectamente, por vía de la aportación de sus criterios inspiradores, tal como prevé la Disposición Transitoria nº 13 CC.

En punto a la naturaleza, extensión y duración de acciones y derechos, la Disposición Transitoria 4ª del CC dispone que: *“Las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código”*.

Mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia civiles vienen considerando que tanto la prescripción como la caducidad, pese a ser instituciones de derecho sustantivo, se incardinan a estos efectos en el concepto de “*ejercicio y duración*” de acciones y derechos que maneja el segundo inciso de la Disposición Transitoria 4ª CC. Conforme a esto y en aras de la aplicación uniforme de la ley y de la equiparación del tratamiento de situaciones semejantes creadas antes y después de vigencia legal, ha de concluirse que las situaciones jurídicas originadas a raíz de declaraciones de desamparo de menores o adopción de subsiguientes medidas de protección sobre los mismos, anteriores a la vigencia de la nueva ley subsisten con la extensión y en los términos que les reconocía la redacción anterior del Código Civil, si bien se han de sujetar en cuanto a su ejercicio y duración a los nuevos plazos de caducidad que introduce la reforma legal.

Las nueva normativa no adquiere con ello un efecto absolutamente retroactivo en tanto los plazos en ella establecidas no se computarán desde la notificación de la respectiva resolución que trate de impugnarse, sino que comenzarán a computarse en cada caso desde la entrada en vigor de la ley el día 30 de diciembre de 2007.

## **12.- Conclusiones**

1º Las acciones fundadas en el apartado sexto del art. 172 CC y 780 apartado primero LEC (acciones contra la declaración de desamparo y acciones contra las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores) pueden ser ejercitadas por los portadores de intereses legítimos, incluyendo por tanto a padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor y guardadores, y en todo caso, por el Fiscal.

2º Las acciones para hacer cesar la declaración de desamparo (párrafo primero del apartado séptimo del art. 172 CC) deben estar orientadas a acreditar que los padres ya no se encuentran incurso en las causas que justificaron la declaración de desamparo. Los hechos objeto de alegación y prueba deben ser hechos nuevos, acaecidos tras la declaración de desamparo y mediante los que se trata de acreditar que se está en condiciones de reanudar el ejercicio de la patria potestad. Lo que no podrá discutirse por esta vía es la realidad de los hechos que motivaron el desamparo y la corrección jurídica de las medidas adoptadas.

3º Desde el punto de vista de la legitimación, las acciones para hacer cesar la declaración de desamparo (párrafo primero del apartado séptimo del art. 172 CC) son otorgadas en exclusiva a los padres. Pueden ser ambos o uno solo de ellos quienes mantengan la acción, pero no otros familiares.

4º Carecerán de legitimación los progenitores cuando hayan sido privados de la patria potestad, cuando la persona tutelada hubiera alcanzado la mayor edad, hubiera sido adoptada o se hubiera emancipado.

5º En principio, en tanto transcurra el plazo de dos años, no debieran adoptarse decisiones sobre el menor incompatibles con una posible reinserción en su familia biológica.

6º No obstante, habrán de partir los Sres. Fiscales de que este plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres biológicos no tienen por qué ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente de los hijos.

En estos casos será aconsejable que bien la Entidad Pública, bien el Ministerio Fiscal promuevan la privación definitiva de la patria potestad conforme a las previsiones del art. 170 CC.

7º Cabe plantear la solicitud para el cese de la tutela automática inicialmente ante la Administración para posteriormente recurrir judicialmente en su caso la resolución dictada. Pero debe entenderse también admisible que los padres formulen su pretensión directamente ante la autoridad judicial.

8º Transcurrido el plazo de dos años, los padres no tienen legitimación ni para impugnar las resoluciones de protección ni para instar su revocación por causas sobrevenidas. Simplemente se les reconoce el derecho de poner en conocimiento hechos que pudieran justificar una modificación de las resoluciones de protección. Esta puesta en conocimiento es extrajudicial, pudiendo alternativamente plantearse ante la Entidad Pública o ante el Ministerio Fiscal.

9º La resolución que dicte la Entidad Pública sobre ratificación o cesación del desamparo (apartado octavo del art. 172 CC), transcurridos los dos años, pese al silencio de la Ley, habrá de entenderse susceptible de impugnación ante la autoridad judicial en el plazo de los dos meses conforme a la regla general de la LEC (art. 780. 1). Debe entenderse que la atribución al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela (art. 174 CC) confiere al mismo legitimación activa para recurrir tales resoluciones administrativas. Otra interpretación llevaría a consagrar la exención de la fiscalización jurisdiccional de actos en los que el interés del menor puede verse profundamente afectado.

En todo caso únicamente estará legitimado para impugnar la resolución de la Entidad Pública el Ministerio Fiscal, pues si de nuevo se permitiera a los padres biológicos acudir a los Tribunales quebraría la lógica del sistema, que se

asienta sobre la limitación temporal de las posibilidades de impugnación de las resoluciones de protección por parte de los progenitores.

10º El Fiscal debe ser especialmente dinámico en la consecución del objetivo de celeridad en los procedimientos de protección de menores, conforme a las obligaciones que estatutariamente le son exigibles.

11º La forma de las notificaciones de resoluciones sobre protección de menores y los plazos para recurrir habrán de entenderse regulados por lo dispuesto en los arts. 5.1 CC, 133.4 LEC y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre.

12º Los Sres. Fiscales deberán exigir que los intentos de notificación estén debidamente documentados en el expediente administrativo.

13º En las Comunidades Autónomas en las que se prevé la posibilidad de constituir una tutela automática urgente sin perjuicio de la ulterior instrucción completa del expediente, deberá entenderse que los plazos comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente.

14º Si los padres no conviven juntos, la resolución habrá de ser notificada a ambos, no pudiendo presumirse que la notificación efectuada a uno sólo de ellos tenga efectos frente al otro.

15º Conforme a lo dispuesto en los arts. 9.3 CE, 2.3 CC y Disposición Transitoria 4ª CC, la reforma operada no tendrá efectos retroactivos sobre la naturaleza, contenido, extensión y efectos de los derechos y acciones surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, si bien el ejercicio, la duración de aquellos derechos y acciones, y los procedimientos para hacerlos valer, se

ajustarán a los plazos preclusivos previstos en la nueva ley que se computarán en sus respectivos casos a partir de su entrada en vigor el día 30 de diciembre de 2007.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con la protección de menores impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 22 de diciembre de 2008  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES  
PROVINCIALES.**