

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN QUE DECLARA LA SITUACIÓN DE DESAMPARO (A propósito de la STC 298/1993, de 18 de octubre)

Julio I. Iglesias Redondo

Facultade de Dereito
Universidade de Santiago de Compostela

Dos son los problemas que plantea la impugnación de la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo: primero, la determinación de la competencia objetiva para conocer de la misma, y segundo, la delimitación del procedimiento judicial al cual habrá de ajustarse.

En cuanto a la competencia objetiva para conocer de dicha oposición, como se trata de la impugnación de un acto de la Administración, se plantea el interrogante de si existe o no una dualidad de jurisdicciones que ponga en peligro *«la posición general que nuestro ordenamiento reconoce al Juez civil como custodio del derecho de familia»* (1). Conforme a la Disposición Adicional segunda de la Ley de 11 de noviembre de 1987, que dice *«para las funciones judiciales previstas en esta Ley será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»*, y a los artículos 1.1 y 2 letra a) de la LJCA, que respectivamente disponen *«la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al derecho administrativo»*; y *«no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) las cuestiones de índole civil...atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquéllas otras que,*

(1) Cfr., fundamento jurídico quinto de la STC 298/1993, de 18 de octubre (JC, tomo XXXVII, 1993).

aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley...a otras Jurisdicciones», así como a la llamada «doctrina de los actos separables», puede afirmarse que el conocimiento de la oposición que se hiciese a la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo es competencia de la jurisdicción civil ordinaria, sin perjuicio de la posibilidad de entablar recurso contencioso-administrativo contra los elementos de la misma sometidos al derecho administrativo (en concreto, Administración, órgano, competencia e investidura del titular del órgano actuante) (2). No obstante, por ser la aludida resolución uno de aquellos actos de la Administración que no tienen naturaleza administrativa (3) y tener la oposición al mismo como fundamento principal la negación de alguno o algunos de sus elementos sometidos al derecho civil (4), nos atrevemos a decir que de ella, por lo general, conocerá con carácter casi exclusivo el Juez de

-
- (2) Cfr., GARCIA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991, págs. 41 a 45; ARELLANO GOMEZ, F. J., «Interacción entre el derecho público y el derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción», *RCDI*, núm. 612, septiembre-octubre, 1992, pág. 2103; GARCIA DE ENTERRIA, E./ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo I*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1993, págs. 55 a 57 y 524, de quien tomamos las palabras que hemos entrecorrido; y DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 71 y 72, en especial, la nota a pie núm. 90 y «Comentario a la STC de 18 de octubre de 1993», *CCJC*, núm. 34, enero-marzo, 1994, pág. 87. Por tanto, sin perjuicio, a su vez, de que de ventilarse en la ordinaria, el Juez de lo civil pueda conocer esos elementos como cuestión prejudicial ex artículo 10.1 de la LOPJ; y que de hacerlo en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Juez de la misma pueda enjuiciar los elementos de dicha resolución sometidos, en cambio, al derecho civil (en concreto, supuesto de hecho, fin, causa y motivo), también como cuestión prejudicial, al amparo del artículo 4.1 de la LJCA. En ambos casos, sólo *incidenter tantum* (cfr., artículos 55 de la de la Lec y 4.2 de la LJCA; GOMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, 1º, Barcelona, Bosch, 1993, pág. 511; y GARCIA DE ENTERRIA, E./ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso...I, cit.*, pág. 526).
- (3) Cfr., LORCA MARTINEZ, J., «La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo», *AC*, 1989-2, pág. 1820; «Problemas sobre protección y adopción de menores», *De la Memoria del Fiscal General del Estado de 1989*, *Tapia*, núm. 55, diciembre, 1990, pág. 75; y ARELLANO GOMEZ, F. J., *loc. cit.*, págs. 2102 a 2105. La razón la expresa con claridad la STS de 21 de febrero de 1981 (*Rep. Ar.*, 1981-I, núm. 443), al decir «*por no ser suficiente* (para ser catalogadas como tales) *que formalmente sea dictado un acto por un órgano de la Administración, sino que la materia sobre que verse su contenido sea administrativa, y no lo es, según el art. 2 de la Ley Jurisdiccional aquélla que, aunque relacionada con actos de la Administración, se atribuya por una Ley...a otra Jurisdicción*» (cfr., BOGUERA OLIVER, J. Mª *Estudios sobre el acto administrativo*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1990, págs. 30 y 36; GARCIA-TREVIJANO FOS, J. A., *op. cit.*, pág. 44; y GARCIA DE ENTERRIA, E./ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso...I, cit.*, pág. 523).
- (4) En consecuencia, el padecimiento por parte del menor de una privación de la necesaria asistencia moral y/o material (el supuesto de hecho); la satisfacción del concreto interés

lo civil. En concreto, en las circunscripciones donde sólo existiese un Juez de Primera Instancia, éste, y en aquellas otras donde hubiese más de uno, aquéllos que hubiesen asumido con carácter exclusivo el conocimiento de los asuntos relativos a la protección de los menores propios del orden jurisdiccional civil (por lo que aquí nos interesa, de la impugnación de las resoluciones de la Administración que declaran la situación de desamparo), según el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 98 de la LOPJ. Y es que la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo es uno de aquellos actos dictados en el ámbito de lo que convencionalmente se conoce con la denominación de Administración del derecho privado, siendo el carácter civil de la materia que ahora nos ocupa lo que explica su atribución a la jurisdicción civil ordinaria, aún tratándose de actos de la Administración (5).

La problemática inherente a la delimitación del concreto procedimiento judicial civil, en virtud del cual dicha oposición tiene que ventilarse, viene resuelta por la constatación de un dato fundamental: que la impugnación de la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo supone el establecimiento de una controversia entre partes perfectamente acreditadas. Como acabamos de indicar, entre los padres y/o los parientes alimentantes y la respectiva Entidad pública autonómica en el caso de que lo que se ventile sea la existencia o inexistencia de la situación de desamparo y/o entre las personas a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 239 del Cc y esta última cuando lo discutido sea la procedencia o improcedencia de su declaración. De modo que, por imperativo del párrafo segundo del artículo 24 de la CE, en el que se proclama que todos tienen derecho a un proceso con todas las garantías, dicha oposición no podría tener cabida en el seno de la Jurisdicción voluntaria (6), ya que dicho precepto supone el

del menor (el fin); la irreversibilidad de dicha privación (la causa); y/o la razón que justifica la exclusión de cualquier otra institución de protección (el motivo).

- (5) *Cfr.*, GARCIA DE ENTERRIA, E./ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso...I, cit.*, pág. 584. Circunstancia ésta que, incluso, se predica de verdaderos actos administrativos, poniéndonos como ejemplo este autor el artículo 52 de la Lrc, según el cual las inscripciones registrales sólo pueden restificarse por sentencia firme de los Tribunales ordinarios, así como el artículo 362 del Rrc que excluye el recurso contencioso-administrativo.
- (6) *Cfr.*, MENDEZ PEREZ, J., «La tutela de los menores por las Entidades públicas y su tratamiento procesal», *RJC*, 1994-2, pág. 486; y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario a la STC...», *cit.*, págs. 87 a 89. En contra, *vid.*, HIJAS FERNANDEZ, E., «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley

respeto a unos principios (en concreto, a los de dualidad de partes, igualdad de las partes y audiencia o contradicción) (7) que carecen de vigencia en el seno de ésta. Tal ocurre con el de dualidad de partes, porque del artículo 1811 de la Lec se deduce expresamente que se trata de un procedimiento sin partes o con parte única, en el cual la solicitud del promotor es un mero acto de petición que, a diferencia de la pretensión procesal, no se dirige contra o frente a persona determinada; carácter que, a nuestro juicio, difícilmente podría predicarse de la impugnación de la resolución de la Administración declarativa de la situación de desamparo. Con el de igualdad de las partes, porque en la Jurisdicción voluntaria la intervención de los terceros interesados (los parientes alimentistas y/o las personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, podrían sumir la tutela con beneficio para éste y, en todo caso, la propia Entidad pública autonómica tutora, por tanto, representante legal del menor) no se sitúa necesariamente en un plano de igualdad con el solicitante, como lo prueba tanto el hecho de que el sujeto activo de la prueba, al estar limitada la intervención de aquéllos a su audiencia (8), sea sólo éste (9), como el dato de que la apelación del peticionario se admita en ambos efectos y la de los terceros interesados sólo en uno (10). Y, en fin, el de audiencia o contradicción, porque de la letra del artículo 1813 de la Lec se deriva que la citación y audiencia de éstos no siempre es necesaria por no ser una necesidad lógica del concepto y estructura del acto (11). De

21/1987, de 11 de noviembre (Aspectos sustantivos y procesales)», AC, núm. 2, 1995, págs. 43 a 45; y VALLADARES RASCÓN, E., «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», PJ, núm. 9, marzo, 1988, pág. 35 y «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *Centenario del Código civil*, tomo II, Madrid, Asociación de profesores de derecho civil, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 2056, que señala al efecto el procedimiento previsto en la Disposición Adicional 10 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

- (7) *Ad. ex., cfr.*, GONZALEZ PEREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1989, págs. 43 a 45 y 147 a 151; RAMOS MENDEZ, F., *Derecho procesal civil*, tomo I, 5ª ed., Barcelona, Bosch, 1992, págs. 244 a 354; GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal. Parte general. Proceso civil (I)*, tomo I, vol. I., 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, págs. 325 a 327; y MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1993, págs. 492 a 503.
- (8) *Cfr.*, artículos 1813 y 1814 de la Lec.
- (9) *Cfr.*, artículos 1825 y 1910 de la Lec.
- (10) *Cfr.*, artículos 1819, 1820 y 2112 de la Lec.
- (11) Respecto de la ausencia de los tres en la Jurisdicción voluntaria, *ad. ex., cfr.*, GONZALEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria*, Pamplona, Aranzadi, 1989, págs. 99, 100, 105, 115, 116, 127, 128, 142 y 159.

ahí que los artículos 1811 y 1817 de la Lec dispongan, respectivamente, «se considerarán actos de Jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas», y que «si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía». Por tanto, la Jurisdicción voluntaria no puede entender de la protección de los derechos e intereses legítimos de los justiciables, al poder incurrir en la efectiva situación de indefensión de los terceros interesados, susceptible de provocar la ineficacia de la resolución que en su seno se dicte (12); razón por la cual la oposición a la resolución de la Administración declarativa de la situación de desamparo tendría que tramitarse en virtud de las reglas de la Jurisdicción contenciosa (13).

No obsta a esta conclusión ni el contenido del artículo 1827 de la Lec, al disponer «en caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1817, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal», ni tampoco la STC 298/1993, de 18 de octubre, al afirmar respecto de un expediente de Jurisdicción voluntaria sobre la oposición a la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo que no se ha producido situación alguna de indefensión (14).

(12) Sin embargo, no lo entendió así el razonamiento jurídico primero del Auto de la AP de Barcelona de 4 de octubre de 1991 (RJC, Jurisprudencia civil, 1992-I, pág. 86).

(13) Tal y como establece el derecho francés por lo que se refiere a «la demande relative au recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat prévu à l'article 61 du Code de la famille et de l'aide sociale», o sea, la oposición a «l'abandon constaté par l'autorité administrative», en el párrafo segundo del artículo 1231-2 del *Code procédure civile* al sujetarla a la aplicación, entre otros, del artículo 1159 del *Code procédure civile* que reza «l'instance obéit aux règles de la procédure en matière contentieuse», propio de la sede de «la déclaration judiciaire d'abandon» (cfr., MORIN, M., *L'adoption*, 3ª ed., par Jean-Pierre Dumas, Paris, Répertoire du notariat defrenois, s.f., págs. 22 y 74; LE NINIVIN, D., «Sur le décret du 17 décembre 1985 modifiant certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile», *Juris. class. pér. Sem. jur.*, vol. I, 1986, Doctr., § 3226, núm. 18).

(14) Esta sentencia puede verse en AC, 1994-1, págs. 81 a 85 y JC, tomo XXXVII, 1993.

El contenido del artículo 1827 de la Lec no puede ser óbice por cuatro razones: primera, de índole sistemática, ya que se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento civil bajo el epígrafe «*del acogimiento de menores y de la adopción*»; segunda, porque es imposible que su concepción legislativa se hiciese en función de algo que ni el artículo 172.1 ni el párrafo segundo del 239 del Cc contemplan, como es la apreciación y declaración por parte de la Administración de la situación de desamparo; tercera, porque de acuerdo con el artículo 4.2 del Cc las normas excepcionales, entre las cuales se encuentra el artículo 1827 de la Lec, no pueden aplicarse «*a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*», y, por tanto, no admiten la aplicación analógica (15); y cuarta, porque sería absurdo interpretar que el artículo 1827 de la Lec niega a la oposición que se haría a la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo el carácter contencioso que luego reconoce sin reparo alguno a la que podría tener lugar en un momento muchísimo más crucial para el interés del menor, como es el de su adopción.

La STC 298/1993, de 18 de octubre, tampoco podría aducirse porque llega a dicha conclusión solamente respecto de la posición del promotor del expediente (cualidad privilegiada en la Jurisdicción voluntaria), única situación realmente examinada, puesto que, a pesar de que su fundamento jurídico tercero hace hincapié en que «*la extraordinaria importancia que revisten los derechos e intereses en juego...del menor...de su madre biológica, así como los de las restantes personas implicadas en la situación...obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales que se practiquen en tales procedimientos*», en relación a la propia de los terceros interesados (mucho menos favorecida, como sabemos) no vertió más consideración que la relativa a la aportación de medios de prueba por parte de la Administración (eso sí, al amparo del artículo 1826 de la Lec porque no queda más remedio que hechar mano de su aplicación analógica), sorprendentemente, en sustento de su «*pretensión procesal*» (16). Esta ter-

(15) Sin embargo, MENDEZ PEREZ, J. (*loc. cit.*, págs. 481 y 490), a pesar de considerar que lo más conveniente sería que la impugnación de la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo se resolviese en un juicio declarativo ordinario de menor cuantía, opta por aplicarle el juicio verbal que prevé el artículo 1827 de la Lec, al considerar que ello no forzaría la interpretación del mismo, tal y como hizo el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la AP de Sevilla de 11 de enero de 1994 (*Ar. civ.*, 1994-I, núm. 45).

(16) *Cfr.*, su fundamento jurídico séptimo.

minología pone de relieve que, en el fondo, el propio Tribunal Constitucional concibe la impugnación de la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo como un auténtico proceso, y no como un procedimiento de parte única propio de la Jurisdicción voluntaria. Entender lo contrario significaría, además, hacer tabla rasa de la protección integral de los hijos. En primer lugar, porque, siendo más que posible la producción de la efectiva situación de indefensión de los terceros interesados intervinientes en el acto, nada impediría a los afectados demandar *sine die* la anulabilidad de la resolución que en él se dicte en un juicio declarativo ordinario; en definitiva, en el proceso que en la oposición se les pretendería negar. Y en segundo término, porque terminando dicho acto por resolución en forma de auto o providencia (17), los padres conservarían la patria potestad pues, de acuerdo con el artículo 170 del Cc, sólo podrían ser privados de la misma por sentencia, de modo que nada les impediría frustrar la adopción de su hijo, negando su asentimiento a la misma ex artículo 177.2.1 del Cc si fueren requeridos para prestarlo o, cuando menos, obstaculizarla promoviendo el Juicio verbal del artículo 1827 de la Lec cuando, de ser citados sólo para audiencia, comparecieren alegando que es necesario su asentimiento; en este último caso, a fin de cuentas, exigiendo la oposición de carácter contencioso que les habría sido negada con anterioridad.

Si se acepta nuestra interpretación, nada de esto sucedería; pues, en el primer caso, cuando interviniesen terceros interesados, lo harían en el seno de un proceso con todas las garantías disfrutando de una situación de paridad procesal con el oponente-demandante; y, en el segundo, porque la sentencia que confirmara la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo, al mismo tiempo habría de privar a los padres de la patria potestad, con lo que, una vez firme, les cerraría toda posibilidad de intervenir, prestando su asentimiento o simplemente siendo oídos, en el procedimiento de adopción de su hijo (18), por tanto, también les vetaría la posibilidad de promover el mentado Juicio verbal (19).

(17) Cfr., artículo 1818 de la Lec; GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», *ADC*, tomo VI, fasc. I, enero-marzo, 1953, pág. 64 y 65; y GONZALEZ POVEDA, B. *op. cit.*, págs. 135 a 139.

(18) Cfr., artículo 177.2 y 3 del Cc

(19) Como dice MANCUSI BARONE, G., («Contributi», *Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore*, a cura di Paolo Dusì, Milano, Giuffrè, 1990, pág. 327) «qui non si discute su

Ahora bien, aceptada la conclusión de que la oposición a la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo debe ventilarse en la Jurisdicción contenciosa, tendríamos que preguntarnos cuáles serían sus concretas reglas procesales. En nuestra opinión, para responder adecuadamente, habría que distinguir los supuestos en los cuales el sujeto de la protección fuese un menor huérfano o cuya filiación no estuviese determinada legalmente no sometido a la tutela ordinaria, de aquellos otros en los que, por el contrario, se encontrase sometido a la patria potestad o a la institución tutelar. En el primer caso, por significar la impugnación de la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo una oposición al nombramiento *ex lege* de la respectiva Entidad pública autonómica como tutora, tal impugnación habría de discutirse y resolverse por los trámites de los incidentes entre los que la promuevan y la mentada Entidad en cuanto tutora *ex lege* del menor, representado por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 1839 de la Lec (20). En el segundo caso, sin embargo, entendemos que habría de tramitarse en un juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

un provvedimento cautelare, a cognizione sommaria, di natura patrimoniale, i cui effetti, almeno in teoria, sono sempre risarcibili con una restitutio in integrum, ma si verte in una situazione che affonda le sue radici nel diritto naturale, ossia sul diritto-dovere di un genitore ad avere il figlio o sulla necessità di perderlo definitivamente ed irreversibilmente, come se per lui fosse morto, comportando la declaratoria di adottabilità, seguita dall'affidamento preadottivo, appunto la perdita irreversibile di un figlio. La prima considerazione che viene spontanea, anche al non addetto ai lavori, si coagula immediatamente sulla insopprimibile esigenza che un procedimento giurisdizionale avente ad oggetto il diritto-dovere di continuare ad essere genitore abbia, a meno che non si voglia ricadere in un giudizio da celebrare dinanzi a Salomone, forme di garanzie processuali, se non superiori, quanto meno pari a quelle approntate per i giudizi in cui si discute sulla proprietà di un pezzo di terra o sulla restituzione di una somma di danaro.

- (20) Cuyo párrafo segundo dispone «durante la sustanciación del juicio quedará a cargo del tutor electo la custodia del menor y la administración de su caudal, bajo las garantías que parecieren suficientes al Juez». Conviene advertir, no obstante, que la sentencia que se dictare sería apelable en ambos efectos por aplicación de la regla general del artículo del artículo 384 de la Lec, puesto que la limitación a un sólo efecto de la apelación que prevé el artículo 758 de la Lec «es aplicable únicamente a las cuestiones incidentales, nunca a los procesos autónomos que se tramiten por el procedimiento incidental» (cfr., SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil*, coordinados por Valentín Cortés Domínguez, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 636), tal y como es el caso de la oposición al nombramiento, tanto *ex lege* si se deriva de la declaración de la situación de desamparo del menor como conforme a las reglas ordinarias si lo efectúa el Juez, de tutor regulada por el artículo 1839 de la Lec. Contra la sentencia de la Audiencia, sin embargo, no cabría casación (cfr., artículo 1687 de la Lec).

Todavía hemos de hacer alusión a un problema estrechamente coligado a la naturaleza contenciosa de la oposición en estudio, consistente en determinar si la reclamación en vía administrativa prevista en el artículo 120 de la LPAC sería requisito previo a la interposición de dicha oposición. Una respuesta afirmativa carecería de sentido, máxime cuando el carácter sustitutivo del acto de conciliación que es propio de dicha reclamación, supuesta la identidad de fines que son propios de ambas (21), en ningún caso podría predicarse de la que habría de interponerse antes de la impugnación de la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo, puesto que ésta, por imperativo del mandato constitucional de protección integral de los hijos, sólo podría resolverse en función de su efectivo interés, el cual, bajo ningún concepto, podría ser objeto de negocio o transacción (22).

En cualquier caso cabe señalar, en primer lugar, que el Juez en el juicio de oposición que se siga, podrá, de existir la situación de desamparo en el momento en que se dicte la resolución impugnada (23), confirmar la resolución de la Administración de haber lugar a su declaración y, en

(21) Cfr., GARCIA DE ENTERRIA, E./ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo II*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pág. 695.

(22) Así lo entiende el nuevo Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil (aprobado por el Consejo de Ministros el día 21 de abril de 1995), que en su Disposición Final cuarta da nueva redacción al artículo 172 del Cc, cuyo nuevo número 6 dispone «*las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la Jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa*». En otra perspectiva, cfr., DE LA HIGUERA GONZALEZ, C., «Dictamen de 27 de abril de 1989; ref.: A.G. Asuntos Sociales 1/89», *Selección de dictámenes de la Dirección General del servicio jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1990, págs. 21 a 23.

(23) Como hemos dicho, desde el momento en que la oposición viene a censurar los vicios de la resolución que declara la situación de desamparo, es lógico que sólo proceda hacer referencia a la existencia o no existencia de la situación de desamparo en el momento en que dicha resolución se dictó, sin que ésto signifique que se prescindida de las situaciones maduradas en el curso del juicio de oposición idóneas para evidenciar mejor la situación preexistente (cfr., DOGLIOTTI, M., «*Diritti del minore, adozione speciale e funzione del Tribunale minorile*», *Giur. merito*, parte prima, 1976, pág. 187; FINOCCHIARO, A., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento del minore (Commento teorico-pratico alla Legge 4 maggio 1983 n.184)*, Milano, Giuffrè, 1983, págs. 229 y 230; SACCHETTI, L., *Il commentario dell'adozione e dell'affidamento*, Maggioli, Rimini, págs. 183 y 184; y MANERA, G., *L'adozione legittimante*, Roma, Pragma-Bologna, 1990, págs. 288 y 289); aunque, por supuesto, siendo «*irrelevanti i meri propositi di interessamento futuro o le proteste puramente labiali di affetto*» (cfr., MANERA, G., *ibidem*) «*dal momento che ciò che rileva è solo la presenza di una condotta tesa concretamente all'interesse ed alla cura del figlio*» (cfr., FINOCCHIARO, A., *ibidem*).

consecuencia, rechazar la oposición. En caso contrario, podrá dejarla sin efecto, resolviendo haber lugar a la exclusión de su declaración (en aplicación del párrafo segundo del artículo 239 del Cc o de los números 1 u 2 del artículo 176.2 del Cc) o no haber lugar a su apreciación (por tanto, aceptar la oposición), sancionando la nulidad (*ad. ex.*, por haberse producido una efectiva situación de indefensión del tutor o del padre, madre y/o algún pariente alimentante) o bien la revocación (*ad. ex.*, por no sufrir el menor en el momento en que se dictó ninguna situación de irreversible privación de la necesaria asistencia moral y/o material) de la resolución atacada. Por supuesto, sin perjuicio, en los dos primeros casos, de privar a los padres de la patria potestad o remover al tutor de la tutela ordinaria, de tratarse de un menor sometido a una u otra y, en cualquiera de los tres supuestos, de adoptar las medidas de protección que estime pertinentes (*ad. ex.*, la constitución judicial de la guarda asistencial) (24). Caso de que el Juez deje sin efecto la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo, habría que entender que la respectiva Entidad pública autonómica nunca asumió la tutela del menor, debiéndose de aplicar a lo actuado el

(24) En consecuencia, si en el juicio de oposición se llega a la conclusión de que la resolución que declara la situación de desamparo debe ser revocada por no haber padecido el menor ninguna situación de irreversible privación de la necesaria asistencia moral y/o material en el momento en que fue dictada, el Juez no podría, sólo por ésto, proceder sin más a la reinserción del menor en su familia de origen, debiendo indagar antes si tal reinserción redundaría o no en interés del menor (*cfr.*, artículo 172.4 del Cc), pudiendo dictar, en consecuencia, «*las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda*» (*cfr.*, artículo 158.2 del Cc), entre las cuales puede estar la de no alejar al menor de la familia provisionalmente acogedora (*cfr.*, MANERA, G., *op. cit.*, pág. 290 y nota a pie núm. 81). Esto significa que en el juicio de oposición contra la resolución que declara la situación de desamparo del acogido provisionalmente por una familia desde hace bastante tiempo y, por tanto, alejado desde entonces de su familia de origen, es necesario proceder a una profunda valoración comparativa entre la situación que el menor dejaría con la familia provisionalmente acogedora y aquella otra que encontraría de ser reinsertado en su familia de origen desde el punto de vista de su interés (*cfr.*, fundamento de derecho quinto del auto de la AP de Granada de 7 de marzo de 1989, AC, Audiencias, 1989-1, pág. 39; y MANERA, G., *op. cit.*, págs. 289, 290 y nota a pie núm. 80). Esta perspectiva no pierde de vista un dato fundamental: que la familia de origen no tiene responsabilidad alguna en una situación que no ha debido sufrir y que una eventual actual ventaja para el menor puede acabar convirtiéndose en el futuro en todo lo contrario, al poder hacer del menor un inadaptado desde el momento en que se vea integrado en una familia que nunca considerará la suya (*cfr.*, FINOCCHIARO, A., *Disciplina...*, *cit.*, págs. 234 y 235). En estos casos, el especial cuidado con el que ha de valorarse siempre el concreto interés del menor se convierte en exquisito, puesto que en su nombre se puede llegar a perpetuar-sanar una situación *ab initio* ilegítima.

régimen específico de la guarda de hecho (25). En segundo lugar, que con la representación y defensa del menor durante la sustanciación del juicio de oposición correrá el Ministerio Fiscal, cuando se discuta y resuelva en virtud de los trámites de los incidentes (26), o la respectiva Entidad pública autonómica tutora cuando se tramite en un juicio declarativo ordinario de menor cuantía (27). En tercer lugar, que el juicio de oposición sólo tendrá lugar entre los oponentes, la respectiva Entidad pública autonómica tutora y el Ministerio Fiscal, sin consideración de litisconsorcio necesario alguno (28), razón por la que la notificación de la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo debe considerarse como mera «*provocatio*

(25) Cfr., ORTEGA PARDO, «La tutela de hecho», *RGLJ*, núms. 1-2, julio-agosto, 1947-2, págs. 86 y 87; SANCHO REBULLIDA, F., *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1984, págs. 158 y 159 y *Elementos de derecho civil IV*, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1989, págs. 343 y 344; LETE DEL RIO, J. M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2ª ed., tomo IV, Madrid, Edersa, 1985, pág. 487 y 488; y ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 51 y 52. No obstante, en contra de la consideración de las hipótesis de tutela irregularmente constituida como supuestos de guarda de hecho, *vid.*, DIEZ PICAZO, L., «Notas sobre la institución tutelar», *RCDI*, núm. 499, noviembre-diciembre, 1973, pág. 1386; y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por Manuel Amoros Guardiola y Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 787 y 788.

(26) Cfr., párrafo primero del artículo 1839 de la Lec.

(27) Aunque en este caso, por lo que se refiere a la defensa, sin perjuicio de concurrir con la promovida por el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 3.7 *in fine* de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula su Estatuto Orgánico, puesto que éste, desde su legitimación procesal autónoma, está claro que podría valorar libremente los que a su juicio serían los intereses del menor, decidiendo y actuando en consecuencia, por tanto, no necesariamente como lo haría la respectiva Entidad pública autonómica tutora.

(28) Cfr., CARLINI, G., «*Conseguenze della mancata convocazione nel giudizio di opposizione allo stato di adottabilità dei legittimati non opposenti*», *Nuovo dir.*, 1988, págs. 973 a 977. Ni activo, porque no existe norma jurídica material que atribuya la legitimación para oponerse a la resolución que declara la situación de desamparo a los padres y a los parientes alimentantes; ni pasivo, porque, al lado del Ministerio fiscal -en su caso-, el único sujeto legitimado para resistir a la pretensión que encierra la oposición hecha a aquella resolución por todos o alguno de éstos sería la respectiva Entidad pública autonómica tutora. De modo que ni en la parte activa ni en la pasiva puede predicarse indivisibilidad o inescindibilidad de relación jurídica material (en contra, *vid.*, SALME, G., *La nuova Legge sull'adozione, Legge 4 maggio 1983, n. 184*, comentario a cura di Cesare Massimo Bianca, Francesco Donato Busnelli, Giuseppe Franchi, Sandro Schipani, Padova, Cedam, 1985, págs. 90 a 92; ROSSI-CARLEO, L., «L'affidamento e le adozioni», *Trattato di Diritto Privato 4*, diretto da Pietro Rescigno, tomo terzo, Torino, Utet, 1986, pág. 316; MUCARIA, V., «*Opposizione alla dichiarazione di adottabilità e litisconsorcio dei genitori*», *Arch. civ.*, 1987, págs. 849 a 851; y CANOVA, C., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Giorgio Cian, Giorgio Oppo y Alberto Trabucchi, tomo sexto, 2, Padova, Cedam, 1993, págs. 201 a 204).

ad opponendum» (29). Y en cuarto lugar, que sujetos legitimados para entablar el juicio de oposición, además del Ministerio Fiscal (30), serían los padres o tutores, los parientes alimentantes y las personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pueden asumir la tutela con beneficio para éste, con independencia de que hubiesen intervenido o no en el procedimiento administrativo de declaración y, por tanto, de que se les hubiese notificado o no la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo (31). Aunque eso sí, de estar sujeta a plazo la apertura del grado de juicio de oposición en el que se pretende intervenir (32), en nuestra opinión, el *status* de tales tendría que existir antes de la preclusión del mismo (33), sin perjuicio de reconocer a los padres y a los parientes alimentantes que lo hubieren adquirido en un momento posterior (*ad. ex.*, en virtud del eficaz reconocimiento efectuado por los primeros) algún poder de intervención en el grado de juicio de oposición promovido en tiempo por otros (34).

En definitiva, la oposición a la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo conocería dos e, incluso, tres niveles, en función de las reglas a las que tuviese que ajustarse. Así, de tener que discutirse y resolverse por los trámites de los incidentes, cabría distinguir dos: primera instancia y apelación. En cambio, si tiene que ventilarse de acuerdo

(29) Cfr., FINOCCHIARO, A., *Disciplina...*, cit., pág. 194 y «*Omessa notifica del decreto dichiarativo dello stato di adottabilità ad uno dei soggetti legittimati all'opposizione*», *Giust. civ.*, parte prima, 1986, págs. 3208 a 3210; SACCHETTI, L., *op. cit.*, pág. 169; y MANERA, G., *op. cit.*, pág. 251.

(30) Cfr., artículo 3.7 *in fine* de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula su Estatuto Orgánico.

(31) También en el derecho italiano la legitimación «*a proporre opposizione contro il decreto di adottabilità*» se concibe al margen «*dalla convocazione o dall'omessa convocazione in istruttoria ed anche dall'omessa notifica del decreto di adottabilità*» (cfr., párrafo primero del artículo 17 de la *Legge 4 maggio 1983*, n. 184; y, *ad. ex.*, SALME, G., *op. cit.*, págs. 88 y 89; y MANERA, G., *op. cit.*, págs. 271 a 275).

(32) Circunstancia que tendría lugar en los grados de apelación (cfr., artículos 382 y 702 de la *Lec*) y casación (cfr., artículos 403 y 1694 de la *Lec*) del juicio de oposición.

(33) Sin que falte quien, por el contrario, opina que dichos *status* representan una condición de la acción del juicio de oposición («*legittimatio ad causam*») que sería suficiente con que existiese en el momento procesal en el que se afronta su decisión, siendo irrelevante, por tanto, su adquisición «*dopo la scadenza dei termini previsti per l'opposizione*» (cfr., SACCHETTI, L., *op. cit.*, págs. 178 y 179).

(34) Cfr., FINOCCHIARO, A., *Disciplina...*, cit., pág. 215; y MANERA, G., *op. cit.*, pág. 274.

con las reglas de la Jurisdicción contenciosa serían tres: primera instancia, apelación y casación. En este último caso, al igual que la oposición no sólo a «*les arrêtés d'admission en qualité de pupille de l'Etat*» que regula el derecho francés en el artículo 1231-2 del *Code procédure civile* (35), sino también a «*al provvedimento che dichiara lo stato di adottabilità*» disciplinada por el derecho italiano en el artículo 17 de la *Legge 4 maggio 1983, n. 184*, sobre la base del «*vecchio giudizio di opposizione*» que, bajo la vigencia de la *Legge 5 giugno 1967, n. 431*, ya regulaban los artículos 314/12, 314/13 y 314/14 del *Codice civile* (36). Tres niveles de oposición (37), que se producen con motivo, por no decir en compensación, de un procedimiento de apreciación y, en su caso, declaración de la realidad del menor de naturaleza no contenciosa, sino administrativa en el derecho español (38) y, por lo que se refiere a los pupilos del Estado, también en el derecho francés (39) y voluntaria en el derecho italiano (40). De manera que la denuncia efectuada por la doctrina italiana durante la vigencia de la vieja *Legge* sobre «*la sovrabbondanza dei rimedi esperibili prima di giungere ad una pronunzia definitiva*» (41), además de

(35) Cfr., MORIN, M., *op. cit.*, págs. 22, 66 y 74; y LE NINVIN, D., *loc. cit.*, núm. 18.

(36) Cfr., FINOCCHIARO, A., *Disciplina...*, *cit.*, págs. 203 y 204; SALME, G., *op. cit.*, pág. 86; y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *Le adozione dei minori nei sistema italiano e francese*, Napoli, ESI, 1988, pág. 210.

(37) En el derecho español primera instancia, apelación y casación (cfr., artículos 484.3, último párrafo del 702 y 1687.1 de la Lec); en el francés «*la demande relative au recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat*», «*l'appel*» y el «*pourvoi en cassation*» (cfr., artículo 1231-2 del *Code procédure civile*); y en el italiano «*ricorso avverso il provvedimento sullo stato di adottabilità dinanzi allo stesso Tribunale che lo ha pronunciato, entro trenta giorni dalla notificazione*», «*impugnazione, entro trenta giorni dalla notifica, dinanzi alla sezione per i minorenni della corte d'appello*» contra la sentencia que éste dicte y «*ricorso per Cassazione per violazione di Legge entro trenta giorni dalla notificazione*» contra la sentencia de la Corte de apelación (cfr., artículo 17 *Legge 4 maggio 1983, n. 184*).

(38) A pesar de que, como ya hemos dicho, ni en el artículo 172.1 ni en el párrafo segundo del artículo 239 del Cc se encuentra rastro alguno de semejante facultad de la Administración.

(39) *Ad. ex.*, cfr., HUET-WEILLER, D./ LABRUSSE-RIOU, C./ VAN CAMELBEKE, M., *La filiation*, Jurisprudence française sous la direction de René Rodière, tomo 1, Paris, Librairies Techniques (Litéc), s.f., págs. 192 a 195.

(40) *Ad. ex.*, cfr., bajo el imperio de la vieja *Legge*, BAVIERA, I., *L'adozione speciale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1982, págs. 187 a 190; y de la nueva, DOGLIOTTI, M., *Affidamento e adozione, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, vol. VI, tomo 3, Milano, Giuffrè, 1990, pág. 191.

(41) Cfr., PALLADINO, A., *La adozione speciale (Note di commento alla Legge 5 giugno 1967, n. 431)*, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 21 a 22 y 109; FRANCHI, G., «*Profili processuali nell'adozione speciale*», *Riv. dir. proc.*, núm. 4, ottobre-dicembre, 1970, pág. 584 y «*Appunto breve sull'opposizione alla dichiarazione di adottabilità*», *Riv. dir. civ.*, parte seconda, 1971,

conservar pleno valor tras la entrada en vigor de la nueva (42), sería perfectamente trasladable a la oposición tanto a «*l'abandon constaté par la autorité administrative*» del derecho francés, como a la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo propia del derecho español. Pero semejante crítica, lejos de postular cualquier supresión de alguno de los tres niveles del juicio de oposición (43), abogaría por la sujeción de la apreciación y, en su caso, declaración de la realidad del menor a las reglas propias de la Jurisdicción contenciosa (44), puesto que con ello, además de conseguirse la reducción del juicio de oposición a los dos grados de apelación y casación, la intervención pública protectora disfrutaría *ab initio* de la eficacia de las sentencias (45). Máxime cuando la Disposición Adicional única del nuevo Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil (aprobado por el Consejo de Ministros el día 21 de abril de 1995), después de sujetar a las normas de la Jurisdicción voluntaria «*las reclamaciones contra resoluciones que declaren el desamparo y asunción de la tutela por ministerio de la Ley*», dispone «*quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria*».

pág. 653; y MORO, A. C., *La adozione speciale*, Milano, Giuffrè, 1976, pág. 218. Las palabras que hemos entrecomillado en el texto son de FINOCCHIARO, A. (*Disciplina...*, cit., pág. 202).

(42) Cfr., DOGLIOTTI, M., «*La nuova Legge sull'adozione: valutazione e commenti*», *Quadrimestre*, núm. 1, 1984, págs. 73, 80 y 86; FINOCCHIARO, A., *Disciplina...*, cit., págs. 202 a 204; y SALME, G., *op. cit.*, pág. 85 y nota a pie núm. 3.

(43) Cfr., FINOCCHIARO, A., *Disciplina...*, cit., pág. 202; SALME, G., *op. cit.*, pág. 85; y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *op. cit.*, pág. 210.

(44) Cfr., MANCUSI BARONE, G., *op. cit.*, págs. 325 a 333.

(45) Cfr., CANOVA, C., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, tomo sexto, 2, cit., pág. 197.