

# Impugnación de la tutela automática, o resolución administrativa en materia de protección de menores

Comentario a la STS de 20 de junio de 2024

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

El recurso de casación se fundamenta en el artículo 477.2.3 de la LEC por infracción de norma sustantiva, concretamente el artículo 172 del CC, y por versar sobre cuestiones con jurisprudencia contradictoria en las audiencias provinciales. La cuestión esencial consiste en mantener el principio de seguridad jurídica al interpretar este artículo con el 78 de la LEC; mejor dicho, en conciliar ambos preceptos para saber si las personas legitimadas en este último precepto están legitimadas para impugnar cualquier resolución administrativa de la entidad pública en materia de menores en protección, más allá de los dos años que establece el artículo 172 del CC. Este último previsto para recurrir la declaración de desamparo que conlleva la suspensión de la patria potestad.

Es un tema interesante porque no existe unanimidad en las sentencias de las audiencias provinciales. Para unas, toda resolución de la administración en esta materia tiene la limitación temporal de dos años, y más allá de estos dos años, se produce la caducidad de la acción; con lo cual, como sucede en este caso, dadas dos resoluciones administrativas de desamparo de dos menores de edad, dictadas el 12 de abril y el 28 de diciembre de 2017, y acogidos familiarmente con familia educadora, con un régimen de visitas establecido en favor de los progenitores, abuela y tía materna, que se suspende el 27 de agosto de 2020, por lo que han pasado más de dos años desde que declaró el desamparo de los menores.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 30 de septiembre de 2024).

Al margen de que tanto el juzgado como la Audiencia acordaran suspender las visitas y confirmar la resolución administrativa, lo que aquí nos interesa de la sentencia del Tribunal Supremo es el estudio de la caducidad a instancias del Ministerio Fiscal, lo que consideramos relevante, pues se pide el pronunciamiento del supremo para establecer doctrina. El fiscal solicita, en el trámite de alegaciones escritas, lo siguiente:

Para el caso de que se estime el recurso, el Ministerio Fiscal solicita que la doctrina que se establezca sobre el plazo de caducidad de dos años precise que debe distinguirse, por un lado, la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que conforme al art. 780 LEC deben formularse en un plazo de 2 meses desde su notificación y, por otro, la acción de recuperación del pleno ejercicio de la patria potestad y extinción de la tutela legal de la entidad pública para la cual, y conforme al art. 172 CC, existe un plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo.

Y aquí existe una clara diferencia entre las resoluciones de desamparo del año 2017, para las cuales operaría el 172, y el plazo de dos años, y la de suspensión del régimen de visitas, para lo que se sugiere que no opere el límite de esos dos años, sino el de dos meses desde la notificación de la suspensión (el 27 de agosto de 2020), independientemente de que hayan transcurrido esos dos años.

Dicho lo anterior, avanzamos diciendo que el artículo 172 del CC, dada una situación de desamparo de menores de edad, permite a la entidad pública (que tiene encomendada su protección por ministerio de la ley) acordar la tutela automática mediante una resolución administrativa. La medida que se adopte debe ser notificada en legal forma a los padres y a la abuela. Y como quiera que se acordó el acogimiento familiar permanente con una familia educadora y después la suspensión de las visitas con los padres y la abuela, se interpone la demanda por todos ellos pretendiendo revocar la decisión de suspensión de las vistas acordada, mediante la oposición a la resolución administrativa. Por tanto, hemos de distinguir entre el acogimiento previo (que trae su causa en el desamparo y en una medida previa de la Administración de asunción de tutela automática y asignación de familia educadora de acogida), que no se cuestiona ni es objeto de recurso, y el supuesto que analiza la sentencia del Tribunal Supremo relacionado con la demanda de oposición a la resolución administrativa de suspensión de las visitas, por un lado, invocando la nulidad por falta de motivación (en el caso de los padres), y por otro, pretendiendo dejar sin efecto la decisión de suspender las visitas.

En el juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia da la razón a la entidad pública y entiende que el plazo de dos años determina la caducidad para oponerse a la resolución administrativa de suspensión de las visitas. La resolución en cuestión tiene por fecha la de 27 de agosto de 2020. Evidentemente se recurre en apelación y por la abuela se argumenta que no cabe la caducidad porque las incidencias se han producido con los padres, pero no con ella; a ella se la tiene que analizar por separado. La audiencia confirma la sentencia del juzgado

y aprecia caducidad de la acción en ambos casos. Pero motiva la suspensión de las visitas en interés del menor.

El asunto es interesante porque parece existir una difícil cohabitación entre el artículo 172 del CC y el 780 de la LEC. Veamos ambos:

Dispone el 172:

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación 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 o la tutela.

Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse 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 situación de desamparo.

Por su parte, el artículo 780 de la LEC dispone:

No será necesaria reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

El recurso incide en un motivo esencial: para unas audiencias el artículo 172 se refiere a toda petición dirigida a la entidad pública, sin que ello, en una interpretación flexible, impida el control de la actividad administrativa con el plazo de dos meses sin necesidad de acudir a la vía previa administrativa por el órgano judicial. Otras, en cambio, de manera tajante, entienden que ese plazo de dos años opera automáticamente contra cualquier resolución administrativa, de tal manera que, una vez transcurrido, se produce la caducidad de la acción.

Como hemos advertido, el Ministerio fiscal considera que la doctrina a fijar debe distinguir entre el plazo de dos años para impugnar la tutela automática que declara el desampa-

ro desde su notificación, a fin de su extinción o recuperación de la patria potestad (art. 172 CC), y el plazo de dos meses para el resto de las resoluciones administrativas de protección de menores desde la notificación. Toma como base de su petición el carácter flexible sobre la posibilidad de alegar y probar en asuntos donde está en juego el interés del menor, huyendo de interpretaciones rigoristas muy formales y desproporcionadas. Para ello invoca la jurisprudencia que mantiene esta postura favorecedora que evita inadmisión de recursos cuando el fallo no se vería modificado, pero la interpretación de la norma sí justifica la fijación de una doctrina que evite la contradicción normativa y la disparidad de las resoluciones de las audiencias provinciales.

Por otro lado, la audiencia ha entrado en el fondo, analizando la conveniencia o no de mantener las visitas, llegando a la conclusión de que no proceden. Por ello, el recurso se ha centrado, no en el fundamento de la sentencia sobre las visitas, sino en la caducidad, y es sabido que las causas de inadmisión de un recurso de casación se pueden convertir en causas de desestimación cuando el fallo, no obstante ser admitido el recurso, no varía. Además, en este caso, el recurso tampoco ha concretado la norma o jurisprudencia que se consideran vulneradas. Estamos hablando, en definitiva, de lo que se denomina equivalencia de resoluciones, o, también, carencia de efecto útil, que la jurisprudencia entiende como casusa de desestimación sobrevenida. Así lo indica la STS (Sala 1.ª) del Pleno, de 27 de enero de 2017, n.º 3.1 f):

El recurso debe ser inadmitido por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.4.º LEC de carencia manifiesta de fundamento, en relación con la falta de efecto útil del motivo; y ello porque, como ha dicho este tribunal en reiteradas ocasiones, no basta para la finalidad del recurso poner de manifiesto alguna vulneración legal que no sea por sí trascendente para el fallo, de forma que no prosperará cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida, incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por la sentencia impugnada, si la estimación del recurso no determina una modificación del fallo (Tribunal Supremo [Civil], sec. 1.ª, de 12 de diciembre de 2018, rec. 3754/2016, SSTS 593/2006, de 15 de junio [rec. 4145/1999], 186/2011 de 29 de marzo de 2011 [rec. 2255/2007, NormaCEF NCJ055010] y 207/2014, de 22 de abril [rec. 1254/2012, NormaCEF NCJ058462]). No tiene ningún efecto sobre la sentencia de la audiencia resolver sobre la caducidad cuando el fallo, atendiendo a las circunstancias del caso y al interés del menor, se reafirma en suspender las visitas.

Pero, aceptando el estudio de la tesis propuesta por el fiscal, el Tribunal Supremo centra el debate,

confrontando lo dispuesto en el art. 172 CC con el 780 LEC; es decir, reiterando una vez más: saber es, si, transcurridos los dos años desde el desamparo, únicamente está legitimado para oponerse a la resolución administrativa de la entidad pública el Ministerio Fiscal o también los padres y la abuela.

La normativa sustantiva actual en esta materia se halla regulada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó los apartados 2 y 3 del artículo 172 del CC, y la procesal quedó actualizada por la disposición final novena de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

Del estudio de los preceptos el Tribunal Supremo entiende como relevante que el fiscal sea el único que puede recurrir una resolución de desamparo más allá de los dos años desde su dictado. Apela a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la singularidad procedimental en materia de menores, sobre las mayores garantías de los actos judiciales de esta naturaleza (STC 75/2005, de 4 de abril, NormaCEF NCJ040814). Se cita asimismo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y destaca lo esencial de los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas:

No se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que, en relación con tales procedimientos, se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor.

Es básico que pueda existir un control judicial de la Administración en asuntos tan sensibles. Lo permiten el artículo 24 CE y el 9 de la Convención. Conviene resaltar también la siguiente apreciación del Supremo en la sentencia, que influye en la decisión que luego veremos:

Puesto que la declaración de desamparo solo lleva consigo la suspensión de la patria potestad (art. 172.1.III CC), y para la privación es precisa una sentencia judicial (art. 170 CC), se impone una interpretación del límite temporal de dos años establecido en el art. 172 CC que, en atención a la finalidad perseguida de dotar de estabilidad a la situación del menor, no comporte una merma del derecho a la tutela judicial efectiva.

Efectivamente, no es lo mismo privar por sentencia que suspender por resolución administrativa desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. Ni es lo mismo una situación de desamparo apreciada dos años atrás con el cambio de circunstancias más de dos años después por los progenitores o las personas legitimadas según el artículo 780 de la LEC. De ahí que se haga la siguiente precisión importante: «La limitación temporal debe entenderse por tanto circunscrita a las solicitudes que se dirijan a la propia entidad pública, y no alcanza a la pretensión de una actuación revisora de los tribunales, con la carga procesal que ello conlleva». Por tanto, ya empieza a aclarar la sentencia el límite temporal de control

de los actos de la Administración por la propia Administración y los límites del control judicial posteriores dentro de la tutela judicial y del sistema de garantías, sin perder la perspectiva de la seguridad jurídica en la interpretación integradora de ambos preceptos. Porque la impugnación de una resolución en materia de protección de menores en el plazo de dos meses es una cosa y la actuación de la Administración, otra. En definitiva, el artículo 172 del CC define el plazo de impugnación de la tutela automática o de cualquier resolución administrativa en materia de protección de menores como límite temporal para reclamar ante la entidad pública; en el caso del artículo 780 de la LEC, dentro del plazo de dos meses desde la notificación de la resolución administrativa que sea, y por las personas legitimadas en el precepto previstas, se podrá acudir al juez para el conveniente control jurisdiccional, aun cuando hayan transcurrido más de dos años de la declaración de desamparo.

Finalmente, no entramos en el análisis de las visitas, simplemente lo dejamos a la lectura de los argumentos que en la sentencia se contienen, porque consideramos que lo destacado es el estudio de la caducidad. La sentencia del Tribunal Supremo solo aplica el criterio de interés del menor y expone la normativa sobre la que se sustenta, para, al final, llegar a la misma conclusión de la audiencia provincial: la ratificación de la suspensión. Añadimos, no obstante, algunos aspectos que nos parecen interesantes, no tratados por el Tribunal Supremo en la resolución, centrados en la jurisprudencia sobre la comunicación entre nietos y abuelos. La STS núm. 90/2015, de 20 de febrero (Norma CEF NCJ059602), nos recuerda

que se ha de estar a las circunstancias del caso y valorar singularmente en cada uno de ellos si lo que el Tribunal considera probado constituye una causa relevante y de entidad como para ser calificada de justa a efectos de impedir, aunque sea transitoria y coyunturalmente, un régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, si se tiene en consideración el papel que desempeñan los abuelos de cohesión y transmisión de valores en la familia, según recoge la exposición de motivos de la Ley 42 de 2003, de 21 de noviembre, por la que se modificó el artículo 160 del Código Civil, entre otros [...] rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deben tener siempre como guía fundamental el «interés superior del menor» (STS 28 de junio de 2004), si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor.

Es evidente que no se aplica al caso, pues se entienden justificadas las razones de la suspensión, pero nos sirve a título de doctrina que ilustra en el caso de los abuelos y su derecho a relacionarse con los nietos declarados en desamparo. Téngase en cuenta que la abuela solicitaba un trato procesal diferenciado con el recurso de los padres y que es a ella a quien también se le impiden las citas con sus nietos.

Lo que sí interesa destacar aquí, ya mencionado a lo largo del comentario, es que, a pesar de tratar la caducidad y darle el sentido manifestado, como el fallo no cambia, la sentencia de la audiencia está justificada por equivalente con la del Supremo; por ello, el pronunciamiento es no casar la sentencia en la «pretensión de que se deje sin efecto la resolución administrativa que suspendió las visitas de la recurrente». Sí en el sentido propuesto por la representación de R.P.G. «de declarar que la acción ejercitada por la recurrente no estaba caducada».