

PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN. SE DISCUTE LA ADMISIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCION POR LA TIA DE LA NIÑA.La inadmisión a trámite de la solicitud se fundamentó en que no concurre una de las causas legales de extinción de la patria potestad del art. 169 CC ,

Por el Ministerio Fiscal y se solicita la revocación del Auto, pues entendía que la patria potestad en ejercicio pleno y ordinario, no corresponde a la madre del menor, toda vez que la **declaración de desamparo** y la constitución de la tutela legal por parte de la GTSS, conlleva la suspensión del ejercicio de esa patria potestad. Lo contrario supondría la coexistencia de dos instituciones de apoyo/representación del menor, por definición incompatibles, patria potestad y tutela (legal en este caso). Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 8 abril 2021. **Número Sentencia:** 53/2021 **Número Recurso:** 531/2020. **Ponente:** Emma Galcerán Solsona. Origen instancia 13

Cabecera: Guarda y custodia de hijo menor de edad. Situación de desamparo. Nombramiento del tutor
Con fecha 17/01/2019 la gtss acordó la **asunción de la guarda del menor** a petición de la madre, con duración de 6 meses, y ejercer dicha guarda mediante la medida de acogimiento residencial delegando el ejercicio de la misma en la dirección del centro dirección. Posteriormente la tía materna del menor solicita hacerse cargo de su sobrino, y el equipo técnico consideró que reúne las condiciones y la motivación adecuadas, y previo estudio por la comisión de valoración con fecha 20/02/2019 la gtss acordó el cese de la **guarda del menor** y declarar al mismo en **situación de desamparo**, asumir su tutela legal por ministerio de la ley, y delegar el ejercicio de su guarda mediante medida de acogimiento familiar temporal, familiar extensa, y en concreto con la tía materna, dándose de baja en el centro dirección, y dando de baja al menor, a su madre y a su **pareja** en el pif que fue acordado con el carácter de medida.

PROCESAL: Legitimación del ministerio fiscal

Jurisdicción: Civil

Ponente: Emma Galcerán Solsona Ir a

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 08/04/2021

Tipo resolución: Auto **Sección:** Primera

Número Sentencia: 53/2021 **Número Recurso:** 531/2020

Numroj: AAP VA 540/2021

Ecli: ES:APVA:2021:540A

Audiencia Provincial de Valladolid, de 08/04/2021 RES:53/2021 REC:531/2020

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

AUTO: 00053/2021

Modelo: N10300

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPD

N.I.G. 47186 42 1 2020 0015084

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000531 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: X08 TUTELA 0000766 /2020

Recurrente: SERVICIOS JURIDICOS DE OTROS ORGANISMOS, MINISTERIO FISCAL

Procurador: ,

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD,

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

A U T O nº 53/2021

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

Dª EMMA GALCERÁN SOLSONA

En Valladolid, a ocho de abril de dos mil veintiuno.

Visto en grado de apelación el presente procedimiento de TUTELA nº 766/2020, del Juzgado de 1ª Instancia

nº 13 de Valladolid , respecto del menor Justino ; seguido a instancia de la GERENCIA TERRITORIAL DE

SERVICIOS SOCIALES DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN DE VALLADOLID -parte apelante-, representada y

asistida por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; con intervención del MINISTERIO FISCAL

en la representación que le es propia.

[Ir arriba](#)

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se aceptan los **hechos** de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 18/11/2020, se dictó auto cuya parte dispositiva dice así: "SE ACUERDA, no admitir a trámite la solicitud de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León de Valladolid sobre constitución de la tutela del menor de edad Justino en el escrito de fecha 13/11/2020, archivándose sin más trámite las actuaciones una vez que sea firme esta resolución y previa nota en los libros registro de su clase."

TERCERO.- Notificado a las partes el referido auto, por la representación procesal de la parte demandante se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito adhiriéndose al recurso. Remitidas las actuaciones a este Tribunal y personadas las partes, se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 08/04/2021, en el que tuvo lugar lo acordado.

VISTOS, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dª EMMA GALCERÁN SOLSONA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Como antecedentes de interés cabe destacar que, tras diversos trámites con fecha 13/09/2018, la Gerencia Territorial de Servicios Sociales acordó la apertura de expediente de protección, declarando al menor Justino en situación de riesgo. Con fecha 28/11/2018, la madre y su **pareja** firman el PIF.

Con fecha 17/01/2019 los técnicos de la GTSS mantienen entrevista con la madre, quien manifiesta que no puede atender al menor y solicita una guarda voluntaria de 6 meses.

Con fecha 17/01/2019, la GTSS acordó la **asunción de la guarda del menor** a petición de la madre, con duración de 6 meses, y ejercer dicha guarda mediante la medida de acogimiento residencial delegando el ejercicio de la misma en la Dirección del Centro DIRECCION000 . El equipo técnico informa que la situación de la madre no ha mejorado, y no puede continuar trabajando con el programa PIF.

Posteriormente la tía materna del menor solicita hacerse cargo de su sobrino, y el equipo técnico consideró que reúne las condiciones y la motivación adecuadas, y previo estudio por la Comisión de Valoración con fecha 20/02/2019 la GTSS acordó el cese de la **guarda del menor** y declarar al mismo en **situación de desamparo**, asumir su tutela legal por ministerio de la Ley, y delegar el ejercicio de su guarda mediante medida de acogimiento familiar temporal, familiar extensa, y en concreto con la tía materna, dándose de baja en el Centro DIRECCION000 , y dando de baja al menor, a su madre y a su **pareja** en el PIF que fue acordado con el carácter de medida.

Con fecha 20/02/2019 se dictó resolución por la que se acordó formalizar el acogimiento con familia extensa, en la modalidad de acogimiento temporal a tiempo completo y de carácter ordinario, con el Anexo a dicha Resolución firmado por la tía materna del menor D^a Angelina , con los detalles que constan en las actuaciones.

Con fecha 23/10/2020 se efectuó la Audiencia de progenitores, en relación con la propuesta de tutela ordinaria del menor, compareciendo la madre, quien manifestó su conformidad ante esta propuesta, firmando la misma.

Con fecha 28/10/2020 se emitió informe por el Equipo 4 - Sección 2 de Protección a la Infancia relativo a la propuesta de tutela ordinaria, con base en el cual la GTSS, como tutor legal del menor, propone al Juzgado que corresponda promover la Tutela Ordinaria del menor en favor de su tía y actual acogedora D^a Angelina.

SEGUNDO.- **La inadmisión a trámite de la solicitud se fundamentó en que no concurre una de las causas legales de extinción de la patria potestad del art. 169 CC** , ni ha recaído sentencia en proceso declarativo privando a la madre de la patria potestad, por lo que ésta corresponde a la madre y en que tampoco concurre una **situación de desamparo** del art. 251 n° 4^a, dado el régimen de acogimiento familiar establecido por GTSS.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal y el Letrado de la GTSS se solicita la revocación del Auto, acordando en su lugar la admisión a trámite de la solicitud, argumentando que la patria potestad, entendida al menos como patria potestad en ejercicio pleno y ordinario, no corresponde a la madre del menor, toda vez que la **declaración de desamparo** y la constitución de la tutela legal por parte de la GTSS, conlleva la suspensión del ejercicio de

esa patria potestad. Lo contrario supondría la coexistencia de dos instituciones de apoyo/representación del menor, por definición incompatibles, patria potestad y tutela (legal en este caso).

Por otra parte, en relación con el citado art. 251, por mero error de transcripción debe entenderse **art. 222-4º CC**, se argumenta que el menor está sujeto a tutela legal, instrumentalizada o articulada mediante la figura del acogimiento familiar, precisamente por su **situación de desamparo** previamente declarada, y asimismo el art.239 CC establece que no obstante (existir la tutela legal), se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando (como es el caso), existan personas que puedan asumir la tutela en interés del menor, significando que, previamente o en la misma resolución deberá acordarse la privación o la suspensión de la patria potestad, y legitimando expresamente (239-3º) a la Entidad Pública para la solicitud de nombramiento de tutor, a lo que se añade que en el escrito inicial de la GTSS se expresa que parece conveniente al superior interés del menor, que sea una pariente próxima (tía materna) la que "sustituya" a la Entidad Pública en las funciones tutelares, logrando así el completo cese de la presencia de la Administración en la vida personal y familiar del menor, subrayándose que el Auto se basa en presupuestos que no son correctos, y que la GTSS ostenta la tutela legal del menor, declarado en situación de desamparo y tiene la legitimación para presentar la solicitud promoviendo el expediente para la constitución de la tutela ordinaria del menor.

Sentado lo precedente, vistos lo dispuesto en los arts. 222 y ss. CC, 239 CC, 172 y 173 CC, el **Decreto 131/2003, de 13 de noviembre**, el **Decreto 37/2006, de 25 de mayo**, y la **Ley 14/2002, de 25 de julio**, de la argumentación recogida en el presente Fundamento de Derecho, que se da por reproducida, se deduce la procedencia de estimar el recurso, revocando el Auto, y acordando en su lugar la admisión a trámite de la solicitud, sin costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

[Ir arriba](#)

FALLO:

LA SALA ACUERDA: Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de C. y L. y por el Ministerio Fiscal, contra el Auto de fecha 18/11/2020 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid en el procedimiento de Tutela nº 766/2020, revocándolo, y acordando en su lugar la admisión a trámite de la solicitud de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León de Valladolid promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria para la constitución de tutela; sin costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados. Doy fe.

[Ir arriba](#)

El presente texto proviene del Centro de