

INSTRUCCIONES

Número: M-5/98

Fecha: 16 de junio de 1998

Órgano emisor:

Dirección General de Servicios Sociales.

Asunto:

Instrucciones relativas a la competencia para la autorización de estancias temporales de menores tutelados residentes en centros de protección.

Ámbito:

Direcciones Territoriales de Bienestar Social y Centros de protección de menores.

Las Direcciones Territoriales de Bienestar Social son los órganos que, conforme expresa el artículo 20 del Decreto 37/1997, de 26 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Bienestar Social, ejercen de forma desconcentrada en el correspondiente territorio de la provincia, las competencias que los respectivos departamentos de dicha Conselleria tienen asignadas, entre ellas, y por lo que se refiere a la Dirección General de Servicios Sociales, las competencias atribuidas a la Generalitat Valenciana en materia de protección de menores.

No obstante, ello no implica que cualquier acto administrativo relativo a un/a menor en situación de desprotección deba emanar siempre directamente de las citadas Direcciones Territoriales, como puede ser, en concreto, en los casos de autorización de estancias temporales de los/las menores residentes en centros, ya que en alguno de tales supuestos los/las Directores/as de los centros tienen la potestad para tal actuación, como manifestación de las funciones derivadas del ejercicio material de la guarda de los/las menores residentes.

Pero para precisar el alcance de la guarda ejercida por los/las Directores/as de los centros, hay que partir de la diferenciación entre titularidad y ejercicio de la misma.

Al respecto, analizando las normas jurídicas sobre la materia, observamos que el legislador es consciente de los inconvenientes o dificultades que puede presentar el ejercicio de la guarda de un/a menor por una persona jurídica. Por tal motivo, nuestro ordenamiento jurídico personaliza su ejercicio (no su titularidad), permitiendo la ejecución de la guarda del/la menor, a sujetos distintos de sus titulares.

En este sentido, la **titularidad** de la guarda de un/a menor se atribuye con carácter exclusivo a la entidad pública (la Generalitat Valenciana, representada en cada provincia por el/la Director/a Territorial de Bienestar Social), mientras que el **ejercicio** de los poderes que aquélla implica se lleva a cabo por una persona concreta, bien por el/la Director/a del centro residencial si el/la menor está internado/a, bien por el o los sujetos a los que se hubiere confiado el/la menor en régimen de acogimiento. Y tanto la guarda inherente a la tutela (artículo 172.1 del Código Civil) como la guarda a instancia de padres o tutores o derivada por el Juez (artículo 172.2 del Código Civil), son susceptibles de personalizarse en su ejercicio, como se desprende del artículo 172.3 del citado texto legal.

Este último artículo, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, señala expresamente que *“La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor”*.

La misma idea presidió la reforma realizada con anterioridad en el Código Civil, mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en cuya Exposición de Motivos, párrafo sexto, se expresa que la guarda de los menores *“se confía a la propia Entidad, que podrá actuar bien a través de los Directores de los establecimientos públicos o privados que de ella dependen, bien a las personas que formalicen el acogimiento familiar”*.

La entidad pública, la Generalitat Valenciana, ostentará la guarda (con o sin tutela), pero como es obvio el/la menor no puede estar internado/a físicamente en dicha entidad como tal ni en sus Direcciones Territoriales, sino en un centro residencial, o con una familia en caso de acogimiento familiar. En estos supuestos es la Dirección del centro o el sujeto acogedor quien puede ejercer determinadas funciones inherentes a la guarda, ya que ésta por su propia naturaleza exige mantener una relación directa y constante, de persona física a persona física, lo que en definitiva y a modo de conclusión supone que el ejercicio de la guarda siempre debe estar personalizado.

Además, por lo que se refiere exclusivamente al/la menor residente en centro, por ser el objeto de la presente Instrucción, el ejercicio de la guarda es factible no solo respecto de centros residenciales públicos dependientes de la entidad pública titular de la guarda, sino también en caso de centros privados dependientes de asociaciones o fundaciones no lucrativas.

En este sentido, la Exposición de Motivos, párrafo sexto, de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, expresamente se refiere en el ejercicio de la guarda a los *“Directores de los establecimientos públicos o privados”*, y en su Disposición Adicional Primera se señala que las *“instituciones colaboradoras de integración familiar”* habilitadas por la Comunidades Autónomas podrán intervenir en *“funciones de guarda”*, si bien estando siempre *“sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite”*.

En todo caso el ejercicio de la guarda por el/la Director/a del establecimiento público o privado carece de significado jurídico (la relación jurídica se establece entre la Generalitat Valenciana y el/la menor), estando sometidos ambos a las instrucciones y vigilancia de la entidad pública, como titular de la guarda y por ello responsable último de su ejercicio. Dicho sometimiento deriva, en el caso del centro público, por su subordinación jerárquica, y en el caso de centro privado, por lo expresado en la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, estando éste además sometido a las instrucciones y reglas de la entidad privada de la que depende.

A la vista de lo expuesto, resulta necesario ordenar y regular los supuestos en que, por un lado, los/las Directores/as de los centros, como función inherente a las potestades derivadas en el ejercicio material de la guarda del/la menor residente, pueden autorizar salidas como estancias temporales, cuando ello implique pernoctación del/la menor fuera del centro, y por otro lado, los supuestos en que por exceder del ámbito de las potestades que le corresponden a la Dirección del centro, la autorización compete al/la Director/a Territorial de Bienestar Social.

En dicha regulación deben excluirse los supuestos en que la Generalitat Valenciana sólo tiene la guarda del menor, es decir, en caso de menores no tutelados por la entidad pública, ya que en tales situaciones, en la medida en que los progenitores no están privados ni suspendidos de la patria potestad, la Administración no puede asumir la facultad de autorizar unilateralmente un régimen de estancias temporales de los menores.