

# *Notas sobre la naturaleza contractual del acogimiento familiar retribuido*

M.<sup>a</sup> Félix RIVAS ANTÓN

*Profesora asociada del Departamento de Derecho Civil  
de la Facultad de Derecho de Valladolid*

## **1. EL ACOGIMIENTO COMO INSTITUCIÓN: SU REGULACIÓN Y FUNCIÓN**

El acogimiento familiar de menores (A. F. en lo sucesivo), como figura independiente con perfiles propios, aparece con carácter individualizado y naturaleza privada con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Anteriormente era una figura que tenía acogida legislativa dentro del campo administrativo.

Esta reforma representa un cambio importante en la configuración jurídica y sentido protector del menor de edad, es una respuesta al mandato constitucional que determina la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, así como la protección social, económica y jurídica a la familia, para que ésta cumpla con la función social que se le encomienda, actuando el Estado de manera subsidiaria si por cualquier motivo o circunstancia los padres incumplen con los deberes de asistencia (artículo 39 de la Constitución Española, sin olvidarse del 39.4, que cierra el sistema normativo al disponer que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»).

No es fácil definir el A. F., ya que está concebido para dar respuesta a diversas situaciones, teniendo multiplicidad de fines, aunque todos ellos concretados en el fin último de la Ley que es el «beneficio del menor». Se puede seguir la definición dada por FELIU REY <sup>1</sup>: «aquél instrumento legal de protección de los menores, “privados temporal o permanentemente de un ambiente

<sup>1</sup> FELIU REY, M. I., «Comentarios a la Ley de adopción», Tecnos, 1989, pp. 55 y 56.

familiar idóneo” (en dicción del artículo 2.º I de la Ley italiana de 1983), con contenido jurídico de carácter esencialmente personal, y que se lleva a cabo mediante la inserción y plena participación de dicho menor en la familia del acogedor, reuniendo las notas de temporalidad y revocabilidad, pudiendo desembocar –como así lo desea el legislador– en una situación definitiva e irrevocable, de plena integración familiar, llamada adopción».

El interés primordial del A. F. es hallar un «núcleo de acogida para el desarrollo equilibrado de los menores»<sup>2</sup>, que carezcan de él y que se concretará en los siguientes supuestos:

1. Menores acogidos con la ulterior finalidad de su adopción.
2. Menores con situación familiar normal, cuando los padres por determinados motivos (paro, enfermedad, alcoholismo etc. ) se hallan en la imposibilidad temporal de prestar la normal y debida asistencia.
3. Menores en situación de desamparo.

Las características que configuran el A. F. son las siguientes:

- A) Alternativa a las figuras de guarda y custodia institucionalizadas.
- B) Es facultativo, siempre estará condicionado al interés del menor (artículo 172.4 C.C.).
- C) Es una alternativa parafamiliar; con ella se pretende que el menor viva en un ámbito familiar distinto del suyo de origen, del que transitoria o definitivamente carece. Pero sin olvidar los derechos de la familia de origen, según establece el artículo 172.4 del Código Civil.
- D) Es temporal, ya que la última finalidad de esta institución es que el menor vuelva a la familia de origen, o sea adoptado, o se constituya la tutela, o bien alcance su independencia a través de la emancipación.
- E) Es formal (artículo 173.2 Código Civil).
- F) Puede ser remunerado (artículo 173.2 Código Civil).

## 2. CLASES DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

No existe un modelo único de acogimiento, la variedad o tipos viene determinada tanto por la forma de constitución como por las finalidades a las que sirve.

Por la forma de constituirse tendremos acogimiento administrativo, también denominado voluntario o negocial. Curiosamente este tipo de acogimiento encuentra su sede reguladora en el Código Civil en sus líneas básicas, complementándose la misma con la legislación de desarrollo de las diversas Comunidades Autónomas.

<sup>2</sup> Denominación empleada por el artículo 1 del Reglamento de 18/V/1982, sobre acogida familiar de menores del Ayuntamiento de Milán.

Dentro del Acogimiento administrativo distinguiremos el acogimiento de menores cuya tutela esté en manos de la Administración, del Acogimiento de menores de los que la Entidad Pública sólo tenga la titularidad de la guarda.

Por la forma, también nos encontramos con el Acogimiento judicial, aludido parcamente en nuestro Código y con regulación en el derecho procesal.

Por la finalidad del mismo tendremos Acogimiento familiar ordinario y el preadoptivo. El primero de éstos tendrá como finalidad la reinserción del menor en la familia de origen. Este tipo de acogimiento es considerado por algún sector de la doctrina como prioritario, ya que el espíritu teleológico de la Ley es el mantenimiento de la familia de origen, si ello es posible, y así puede deducirse del artículo 172,2 del Código Civil<sup>3</sup>.

En virtud de la autonomía de la voluntad de las partes puede darse un acogimiento pleno y otro parcial (fines de semana, vacaciones...), remunerado o gratuito, artículo 173.2; también puede determinarse el derecho a visitas de la familia de origen, con o sin restricciones, e incluso puede darse la suspensión de este derecho.

Por la situación en la que se encuentra el menor sometido a acogimiento, éste puede darse por la existencia de una situación de desamparo, tal y como describe el artículo 172.1, por carecer el menor de progenitores conocidos, o bien por la existencia de circunstancias familiares graves que impiden a los titulares de la patria potestad cumplir adecuadamente con los deberes inherentes a la misma, durante un determinado período de tiempo.

Si el acogimiento se realiza según los preceptos del Código Civil y la legislación complementaria, se tratará de un acogimiento familiar; en otro caso estaremos ante un acogimiento irregular que se concretaría en una guarda de hecho, regulada en el artículo 303 del Código Civil.

En este trabajo sólo entraremos a analizar el A. F. administrativo, ya tenga la Administración la tutela, ya la titularidad de la guarda, y cuando en ese A. F. medie retribución económica, distinta de las subvenciones.

### **3. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL ACOGIMIENTO FAMILIAR ADMINISTRATIVO: ACOGIENTES, ENTIDAD PÚBLICA Y ACOGIDOS**

El A. F. pone en relación a varios sujetos, a saber: acogedores, entidades públicas, y los acogidos.

El artículo 172 del Código Civil, en desarrollo del precepto constitucional que encomienda a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral a los hijos, establece que corresponde a la entidad pública dentro de su respectivo territorio la protec-

<sup>3</sup> Cfr. por todos RUIZ-RICO RUIZ en el *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Granada, 1989, *passim*.

ción de menores. Esta protección ha sido objeto de transferencia a las distintas Comunidades Autónomas, que han establecido órganos específicos para el cumplimiento de este mandato legal<sup>4</sup>.

La propia Ley en su preámbulo, por si cupiera alguna duda, encomienda a las Administraciones públicas el papel de mediador y controlador en la adopción y el acogimiento.

La Administración, a través de sus órganos correspondientes, asumirá la tutela «ex lege» de los niños desamparados, o bien solamente la guarda si, por motivos temporales, los padres no pueden atender al menor.

Respecto a los acogedores, la regulación jurídica es bastante parca. Dicha regulación manifiesta únicamente que puede ser una o varias personas, pero no entra para nada en establecer el régimen jurídico de los acogientes. Son acogientes o acogedores aquella persona o personas a las que la Administración delega el ejercicio de la guarda del menor.

El artículo 173.1 del Código Civil habla de vida en familia. Si tomamos esta expresión en sentido literal, habría que excluir a un gran número de situaciones familiares atípicas, que componen una parte nada despreciable del entramado social de España. Nos estamos refiriendo a los supuestos de familias monoparentales como pueden ser los no casados con hijos menores, los divorciados, los cónyuges viudos con hijos, etc. La interpretación amplia a la que debe someterse el artículo 173.1 es debida al hecho de que el concepto de familia está siendo revisado en profundidad y no puede circunscribirse a la concepción clásica que equipara familia a pareja; es decir, hombre y mujer casados con descendencia menor de edad. Por esto, pensamos que la expresión «plena participación (...) en la vida de familia» del artículo 173.1 del Código Civil no puede excluir, en principio, como personas acogientes aquellas que no reúnan las características configuradoras de la familia tradicional. Por todo esto podríamos decir que la expresión del 173.1 parece más un deseo del legislador que una norma jurídica. Es por ello que también pensamos que la elección de los acogientes, con la determinación de las cualidades que deben poseer no se trata de la aplicación de normas jurídicas *strictu sensu*, más bien es materia psico-social que debe venir presidida por la interpretación finalista de la ley, que es buscar la mejor solución para el menor.

Dentro de la escuetísima regulación existente sobre los acogedores no se hace referencia directa a la capacidad jurídica que deban tener los mismos. Pensamos que en este supuesto, y utilizando la interpretación finalista de la ley a la que antes nos referíamos, es imprescindible la plena capacidad de obrar.

La solución que se deduce de los preceptos generales que regulan la capacidad no es a nuestro entender exactamente aplicable al supuesto que estudiamos, ya que no existe prohibición general para acoger. En efecto, el artículo 322 del Código Civil está presumiendo que toda persona mayor de edad está capacitada para ser acogiente; por otra parte, si la capacidad de obrar plena se

<sup>4</sup> Cfr., entre otros, Estatuto de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

obtiene a los 18 años (artículo 315 Código Civil), podrá ser acogedor cualquier persona a esa temprana edad. Pero habrá que preguntarse: ¿cómo es posible que una persona cuya personalidad está en formación, y que habitualmente no tiene una vida familiar independiente, sea acogedora de un menor que normalmente proviene de situaciones familiares límites, y le haga participar de algo que no le es propio? ¿Qué estabilidad psico-afectiva puede infundir una persona que tiene todos los problemas de su formación personal de adolescente? Pues debemos pensar que según las últimas tendencias psico-médicas se está hablando de adolescencia hasta los 20 o más años. Pensamos que muy poca o ninguna, por regla general<sup>5</sup>.

Hay que tener en cuenta que si el acogimiento es preadoptivo, se exigirá la capacidad del artículo 175 del Código Civil, es decir, 25 años, estableciéndose una aplicación analógica del mismo.

Respecto de los acogidos hay que señalar que los artículos 172 y 173 hablan del menor como sujeto del acogimiento. El primer problema que nos planteamos es cuál sea la situación en la que deba estar el menor para que pueda ser objeto de acogimiento.

La primera cuestión que surge del estudio en profundidad del artículo 172 es que no puede tratarse de un menor emancipado, ya que esto de estar emancipado pasa a equipararse a un mayor de edad, con lo cual no puede ser objeto de acogimiento. Cabe preguntarse si puede ser acogido un mayor de edad incapacitado con la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Creemos<sup>6</sup> que la respuesta debe ser favorable al acogimiento, dado que se puede asimilar la situación del incapaz con el del menor de edad.

En cuanto a la situación en que debe encontrarse este menor para poder ser acogido tenemos que en primer lugar puede darse acogimiento provocado por una situación de desamparo, definida en el artículo 172.2 del Código Civil, siendo irrelevante que esta situación sea debida a una conducta voluntaria o involuntaria de los padres. Pero también es objeto de acogimiento el menor no desamparado, con situación familiar normal, cuando los padres por diversos motivos no puedan garantizarle temporalmente la debida asistencia y protección. En el primer supuesto la Administración asumirá la tutela, y en el segundo supuesto, la titularidad de la guarda.

En cualquier caso, y por imperativo del artículo 14 de la Constitución, no tendría relevancia jurídica ni la filiación, sexo, religión. Cuestión distinta es la de la nacionalidad del acogido. En este sentido hay que señalar que el artículo 172 del Código Civil hace referencia de una manera muy amplia a la labor

<sup>5</sup> También habrá que tener en cuenta, a este respecto, los arts. 200, en relación con el 199, y 210 del Código Civil. Tampoco será inoportuna una remisión a los artículos 241 y ss., que regulan la capacidad exigida a los tutores.

<sup>6</sup> Y en este mismo sentido se pronuncia, entre otros autores, FERRER VANRELL, M.<sup>ª</sup> Pilar, *El acogimiento familiar en la Ley 11/87 de 11 de noviembre como modo de ejercer la «potestad» de guarda*. A.D.C., enero-marzo, 1993, pp. 204.

de protección de los menores que se encuentren en el territorio de la entidad pública que tenga encomendada dicha labor tuitiva. Otra cuestión distinta sería el hecho de la vecindad civil del menor a acoger, pues dicha vecindad civil determinaría la aplicación de una u otra legislación foral o en su caso autonómica por imperativo del artículo 16.1, apdo. 1, del Código Civil.

#### **4. POSIBLE NATURALEZA CONTRACTUAL DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR RETRIBUIDO**

El A. F. retribuido será aquel acogimiento en el que se establezca una remuneración para el o los acogientes, como pago al servicio que prestan.

El A. F. es una institución de carácter marcadamente civil y de contenido jurídico estrictamente personal. La Exposición de Motivos de la Ley establece que «esta figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código Civil, con lo que se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación. La Ley procura dotar de un contenido jurídico de carácter esencialmente personal a la relación que se crea entre el menor y la persona o personas a quienes se le confía».

Pero este contenido personal de la institución no debe llevarnos a negar la posibilidad de establecer una remuneración para los acogedores, por considerar que ésta atenta contra la esencia del A. F. El propio Código, en su artículo 173.2, establece esa posibilidad, y, por lo tanto, es totalmente legal en su establecimiento.

La idea del A. F. retribuido no debe repugnar, ni considerarla ajena a la institución regulada por el Código. Hay que tener en cuenta que esta figura va encaminada a proteger no sólo a niños huérfanos, situación escasa en nuestra sociedad, y cuya situación se resuelve normalmente a través de la adopción, sino a menores que provienen de situaciones sociales marginales, con familias desestructuradas, con una problemática determinada que requiere de una actuación especial.

La asistencia específica que se requiere en la mayoría de los casos planteados a nivel práctico no podrá encontrarse en una familia acogente sin una formación profesional específica. En otro orden de cosas, el A. F. se establece como una alternativa a la institucionalización del menor, por considerar que aquella solución es más ventajosa para el niño, según se desprende de los distintos estudios psico-pedagógicos realizados.

El Estado dejaría de cumplir con su deber de protección integral del menor si sólo se pudiese poner en funcionamiento el acogimiento cuando existan «familias caritativas», con un nivel económico medio-alto, que se ofrezcan a acoger al niño. Lo cual sería volver hacia el sistema de beneficencia, afortunadamente ya superado.

<sup>7</sup> MÉNDEZ PÉREZ, JOSÉ, en el *Acogimiento de menores*, Bosch 91, en la p. 41, se muestra en contra de esta posibilidad, que sólo acepta de manera excepcional.

Si para el tratamiento de estos casos es necesaria la formación de la familia *acogiente para realizar una labor altamente especializada*, es lógico que se le remunere, no sólo con la ayuda-subvención que se contempla en casi todas las reglamentaciones autonómicas, sino con un salario. La consideración de retribuido no está en contraposición con el espíritu familiar que se le da a esta figura, espíritu que, como ya apuntamos en la primera parte, está en revisión. (Como anécdota recordar que a las amas de casa, integrantes de una unidad familiar clásica, se les quiere poner un salario, y nadie se opone a ello por considerar que atente contra la esencia familiar, aunque sí a las arcas del Estado.) En lo que no vamos a entrar en este trabajo es a quién le corresponda pagar dicha remuneración: si a la familia de origen, al menor o al Estado.

Si hacemos un breve recorrido por los países de la Unión Europea (Escocia, Gran Bretaña, Noruega por ejemplo) existe este tipo de acogimiento con carácter retribuido si se refiere a acogimientos de los considerados especiales, por las características del menor, sería un acogimiento profesionalizado, no en el sentido de que de ello se haga una profesión, sino en el que se necesita una formación específica adaptada a la problemática del menor.

Sería bueno que esa práctica se reglamentase en nuestro país, y así pasaríamos de un concepto de acogimiento cuasi benéfico, pensado para niños sin excesivos problemas y con posibilidades de incorporarse a su familia de origen en un breve espacio de tiempo, a un acogimiento familiar especializado. TRISELOTIS habla de la existencia de dos tipos de acogimiento: el tradicional, referido a niños sin o con pocas dificultades, y un A. F. especializado, que es el referido a aquellos acogedores que reciben un sueldo o percepción económica por aceptar niños muy problemáticos<sup>8</sup>.

En Gran Bretaña dos son los contratos que se dan en el A. F. especializado: uno entre organismos públicos y padres acogedores y otro entre los padres biológicos y la familia de acogida. Está claro que en los países mencionados la relación que une a las partes afectadas por el A. F. retribuido tiene un claro matiz contractual, pero ¿qué ocurre con España? A esta cuestión trataremos de dar respuesta en las siguientes líneas.

En primer lugar deberemos diferenciar la situación o relación nacida del acogimiento del ACTO DE CONSTITUCIÓN del mismo.

A) La situación o relación que surge del A. F. tiene para parte de la doctrina un carácter familiar o cuasi familiar. Así el artículo 172.4 del Código Civil: «Se procurará la reinserción del menor en la propia familia», y el 173.1: «El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida familiar».

FELIU REY dice que el A. F. supone un elemento de familiaridad que desapareció en las instituciones de guarda con la Ley de 24 de octubre de 1983<sup>9</sup>. En este sentido, LACRUZ BERDEJO: «El acogimiento es una institución

<sup>8</sup> Cfr. TRISELOTIS, J., «El acogimiento familiar: Un recurso de atención», en la *Revista de EE. del Ministerio de Asuntos Sociales*, noviembre-diciembre, 1990, pp. 11 y ss.

<sup>9</sup> FELIU REY, *op. cit.*, p. 57.

cuasi familiar de guarda de menores»<sup>10</sup>. RUIZ-RICO RUIZ lo define también como una institución de carácter familiar<sup>11</sup>.

Sin embargo, Sergio BELLARIA considera que no es una institución familiar, ya que no se crean vínculos parentales entre acogedores y acogidos, se preservan los derechos de la familia de origen, pero sí es una institución parafamiliar, ya que se intenta mantener al menor en una relación lo más parecida a la familia<sup>12</sup>. Hay que tener en cuenta que el A. F. no modifica el estado civil de las personas intervinientes: acogedores, menores y padres.

El contenido de las relaciones que se dan entre acogedores y acogidos vienen establecidos en su contenido mínimo por el artículo 173.1, que determina una serie de derechos y obligaciones que se concretarán en los siguientes puntos:

- Obligación de velar por el acogido.
- Obligación de tener en su compañía al acogido.
- Obligación de alimentarlo.
- Obligación de educarle y proporcionarle una formación integral.
- Deber de vigilancia del menor.

Este cuadro deberá completarse con las obligaciones que el acogido debe tener frente a los acogedores, como el deber de obediencia y respeto, por analogía con los artículos 155,1 y 268 del Código Civil.

El contenido establecido en el 173,1 habrá que analizarlo en comunicación con los arts. 154 y 161 del Código Civil, y en principio podrá ser objeto de negociación por las partes, en virtud de la creciente autonomía de la voluntad que se desprende de la nueva regulación del Derecho de Familia<sup>13</sup>.

B) Establecidas las anteriores generalidades sobre el contenido de la relación de acogimiento, nos centraremos en el acto de constitución del A. F. retribuido. Como ya se apuntó anteriormente, este acto es esencial para la existencia del A. F. Si no hay una constitución formal, la situación que se daría sería la de una guarda de hecho del artículo 303 del Código Civil.

Para la mayoría de la doctrina este acto constitutivo tiene una naturaleza de negocio jurídico de familia<sup>14</sup>. Díez PICAZO define a éste como: «El negocio familiar puede, pues, definirse como aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar»<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, vol. 2, Barcelona, 1989, p. 191.

<sup>11</sup> RUIZ-RICO RUIZ, *opus cit.*, p. 163.

<sup>12</sup> SERGIO BELLARIA, *Guarda, tutela y acogimiento*, Barcelona, 1990, pp. 113 y 114.

<sup>13</sup> Sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia ver la obra de RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Comares, 1989, pp. 225 y ss.

<sup>14</sup> LLIBERIA SEMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, p. 242. FERRER VANREIL, P., *opus cit.*, p. 195. RUIZ-RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil* 2, 1988, p. 73 (I) y p. 138 (II).

<sup>15</sup> Díez PICAZO, I., «El negocio jurídico de derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, t. 212, p. 780.



Este concepto acuñado por Díez Picazo no encaja en la relación que se da entre la entidad pública, que tiene la tutela o la guarda del menor, y la figura del acogiente. En el acuerdo de voluntades entre ambos no hay ni una creación, modificación extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar. Esta relación familiar ha sido modificada en un momento anterior al acto de constitución del A. F.; se modificó en el acto por el cual o bien los padres o tutores solicitan de la Administración que asuma la titularidad de la guarda del menor, por imposibilidad de ejercitar ellos esa faceta, o bien cuando la Administración, en el uso de las potestades que le confiere la Ley, asume la tutela del menor por encontrarse éste en una situación de desamparo.

En ese acto de delegación de la titularidad de la guarda en favor de la Administración sí que existe una modificación, o reglamentación (en el caso de que los solicitantes impongan cláusulas en esa solicitud, cuestión distinta es si éstas obligan o no a la Administración), de una relación jurídica familiar, por lo que la categoría de negocio jurídico de familia debe aplicarse a este primer acto. Y a este acto le serán de aplicación las características técnicas que señala Díez Picazo sobre capacidad, legitimación, etc.<sup>16</sup>.

Pero no se puede identificar ese negocio jurídico con el acuerdo de voluntades de la entidad pública y los acogientes; ese acuerdo es el que va a constituir el A. F.

Porque una vez que se ha establecido la delegación de la titularidad de guarda y el menor se encuentra bajo la protección de la Administración, es cuando se podrá pensar en el acogimiento familiar. Hay que tener en cuenta que la figura del A. F. es un instrumento que el ordenamiento jurídico privado pone en manos de la Administración para la prestación de un servicio social valiéndose de unos acogedores particulares. La entidad pública será la que, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, determinará si lo mejor para el niño es el acogimiento en un núcleo familiar o su internamiento en una institución *ad hoc*. La decisión de la Administración dependerá del estudio de las circunstancias que rodean al menor en concreto, estableciendo qué personas son las más idóneas, dentro de las que se han ofrecido, para acoger al menor.

Establecido lo anterior, difícilmente se puede pensar que el nexo de unión entre el acogiente y la entidad pueda derivarse de un negocio jurídico familiar, tanto si se da remuneración como si ésta no se pacta.

La relación entre las partes intervinientes en el A. F. administrativo, entidad pública y acogientes será una relación contractual independiente del negocio jurídico del que se deriva que el menor esté bajo la protección de la Administración<sup>17</sup>. Y a esa situación le serán de aplicación las notas que definen a un contrato.

<sup>16</sup> Díez PICAZO, *opus cit.*, pp. 781y ss.

<sup>17</sup> Pilar FÉRREL VANRELL, en su estudio ya citado, entiende que solamente hay un negocio jurídico y que éste es de familia. Y en el caso de que el acogimiento sea remunerado, tendremos un negocio accesorio, conectado al principal, p. 195.

Así, y siguiendo al profesor La Laguna<sup>18</sup>, podemos decir que todo contrato supone el común acuerdo de dos o más personas para un propósito práctico, para cuya realización quedan los contratantes vinculados entre sí a observar una determinada conducta.

Para llegar a ese propósito práctico que se intenta realizar a través del contrato hay que tener en cuenta:

1. Una libertad inicial de los sujetos contratantes.
2. Una coincidencia de intereses personales heterogéneos que se enlazan en un propósito común.
3. Una vinculación futura de la conducta de los interesados, vinculación que viene concretada en tres principios básicos:

- 1.º Libertad de las personas (artículo 1.255 del Código Civil).
- 2.º Igualdad de las partes contratantes (artículo 1.256 del Código Civil).
- 3.º La fuerza vinculante del contrato como regla objetiva de comportamiento (artículo 1.091 del Código Civil).

La no existencia de algunos de estos principios conlleva la no existencia del acto jurídico contractual. Pero estos tres principios básicos se pueden encontrar en relación entidad-acogientes. En primer lugar, se da la libertad de las partes porque, como ya apuntamos, la Administración puede establecer o no el acogimiento. Su objetivo último es el beneficio del menor, y pueden darse situaciones en las que ésta no sea la mejor solución. En cuanto a los acogientes, son ellos los que se ofrecen y los que libremente aceptarán o no el acogimiento. Hay igualdad. Aquí la Administración está actuando como persona jurídica privada, una vez que ha manifestado su voluntad de proceder al acogimiento. Y, por último, el comportamiento de las partes tiene su sede en la fuerza vinculante del contrato.

Pero además el contrato es algo más que la expresión jurídica de un acuerdo de voluntades; éste no tiene significado si no recae sobre un objeto y una causa del contrato. Así el artículo 1.261 del Código Civil establece:

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca.»

HERNÁNDEZ GIL dice que el artículo 1.261 es el cauce establecido en el ordenamiento jurídico por el que debe discurrir la autonomía de la voluntad: «La concepción tradicional del contrato no excluye la presencia de normas imperativas e inderogables. La propia institución contractual aparece modela-

<sup>18</sup> LA LAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Estudio de Derecho Civil, obligaciones y contratos*, Valencia, 1993, pp. 19 y ss.

da por la concurrencia de un conjunto de elementos o requisitos (artículo 1.261, consentimiento, objeto y causa), a los que se subordina su validez jurídica; sin ellos el contrato no existe. El poder autónomo reconocido a la voluntad no puede elaborar un contrato sin estos elementos; da vida al contrato en concreto, pero en él tiene que aparecer encarnado el concepto de contrato que estructura en sus líneas esenciales el ordenamiento»<sup>19</sup>.

El contrato tiene como función producir una serie de consecuencias jurídicas, el contrato es fuente de obligaciones, pero lo que determina esas consecuencias jurídicas no sólo es la voluntad de las partes en su coincidencia; así unas vendrán determinadas por el acuerdo de voluntades y otras serán señaladas por la Ley, tal y como establece el artículo 1.258 del Código Civil:

*«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»*

Hay libertad para realizar un tipo u otro de contrato, pero una vez adoptado uno de ellos, los efectos son los señalados por la ley. En la figura del A. F. administrativo hay libertad para celebrar este tipo de contrato en especial, y las obligaciones que se derivan de ese contrato vendrán señaladas, en primer lugar, por el contenido que le atribuye el artículo 173.1 del Código Civil, en función de esa naturaleza proteccionista de la regulación del acogimiento, pero también derivarán de los pactos que las partes celebren, dentro de los límites generales señalados en el artículo 1.258 del Código Civil.

Para mayor abundamiento, en ese acto de constitución del A. F. nos encontramos con los elementos esenciales y definitorios del contrato, exigidos en el artículo 1.261 Código Civil, como trataremos de determinar a continuación:

## **1. Consentimientos de los contratantes**

La constitución del A. F. requiere el consentimiento de las partes implicadas, y así lo establece el artículo 173.2. Esta declaración es imprescindible para que se dé el mismo. Cuestión distinta es quién deba dar ese consentimiento. En el A. F. administrativo, que es el que nos ocupa, ese consentimiento lo dará la Administración responsable del menor, los acogientes, y el menor si tiene más de 12 años. El consentimiento del menor creemos que es constitutivo, no sólo un requisito de eficacia, porque así se desprende del 173.2 del Código Civil y por analogía con la adopción (artículo 177 del Código Civil)<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1960, pp. 229-230.

<sup>20</sup> En contra de esta postura, entre otros autores, FERREL VANRELL, en su *opus cit.*, p. 196, que la considera no constitutiva. En este mismo sentido, VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, pp. 139-140.

En cuanto a la manifestación de los padres no privados de la patria potestad o de los tutores, en su caso, sería una declaración de voluntad no constitutiva, aunque sí sería complementaria, y en este sentido se manifiestan tanto FELIU-REY<sup>21</sup> como Pilar FERRER<sup>22</sup>.

No entramos aquí, por constituir una cuestión marginal en este trabajo en estudiar la capacidad de las partes para otorgar ese consentimiento.

## 2. Objeto cierto que sea materia del contrato

Para CASTÁN TOBEÑAS<sup>23</sup> el objeto del contrato son las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o hacer.

El objeto en el caso que nos ocupa del A. F. será el de la obligación que nace del acto contractual, es decir, el ejercicio de las facultades de guarda, y la participación del menor en la vida familiar del acogiente<sup>24</sup>.

## 3. Causa de la obligación que se establezca

Constituye un elemento institucional establecido en la norma en cuanto busca realizar una finalidad controlada. La realización de un negocio jurídico tiene que tener un fundamento o causa. CASTÁN señala: «Causa es la razón o fin, el porqué de la obligación: responde a la pregunta por qué se debe»<sup>25</sup>, distinguiendo a continuación dicho autor entre causas objetivas y subjetivas. En el A. F. la causa, tanto objetiva como subjetiva, es la protección del menor, por lo que a este respecto resulta indiferente para la calificación jurídica del acto de constitución del A. F. que el acogimiento sea remunerado o no<sup>26</sup>.

En cuanto a la FORMA, el artículo 173.2 exige que el A. F. se realice por escrito, por lo que está claro que esa precisión convierte a la forma en un requisito esencial, siendo, pues, el acogimiento un negocio *ad solenitatem*. Aunque el código no es más explícito, en el documento de formalización del A. F. se hará constar fecha y lugar, identificación de las partes intervinientes, pactos tales como remuneración, régimen de visitas de la familia de origen... Se hará entrega de una copia a las partes y habitualmente se ordenará la inscripción en un registro administrativo, pero no por ello pierde su naturaleza de contrato privado.

<sup>21</sup> FELIU REY, *opus cit.*, p. 70.

<sup>22</sup> FERRER VANRELL, *opus cit.*, p. 196.

<sup>23</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., «Derecho Civil español, común y foral». T. 3.º *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1978, p. 506.

<sup>24</sup> En este sentido MÉNDEZ PÉREZ, *opus cit.*, p. 51.

<sup>25</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *opus cit.*, p. 510.

<sup>26</sup> MÉNDEZ PÉREZ, en su *opus cit.*, pp. 51 a 53, al mantener la tesis de que el acogimiento es una figura esencialmente gratuita, identifica la causa con la «mera liberalidad del bienhechor», de acuerdo con el artículo 1.274 del C. C.

Por todo lo expuesto parece justificado otorgar naturaleza contractual al A. F. administrativo. Y con la inclusión del acto de constitución del acogimiento en el mundo de los contratos se resolverán muchos problemas prácticos que se plantean, tales como extinción de la relación, responsabilidad de las partes, introducción de cláusulas, etc., a las que no da una respuesta clara la categoría de negocio jurídico de familia.

Una vez establecida dicha naturaleza contractual, nos queda abordar el problema de situar o encuadrar las obligaciones que surgen de esa estructura contractual. Parece claro que en las obligaciones de hacer y más en concreto en las obligaciones de medios.

Fue el francés Demogue quien en el año 1925 diferenció dentro de las obligaciones de hacer dos tipos, atendiendo a la naturaleza de ese hacer, a saber, obligaciones de medios y obligaciones de resultado<sup>27</sup>.

Se entiende por obligación de medios aquella en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar de forma mediata la satisfacción del interés del acreedor. Realmente es el deudor el que deberá poner los medios que posibiliten al acreedor la obtención de un resultado. Sin embargo, este resultado no está *in obligatione*, y consecuentemente el logro del mismo será independiente de la obligación del deudor.

Por obligación de resultado se entiende aquella que se compromete un resultado, de manera que la consecución del mismo es *in obligatione*. En el caso de no llegar a cumplirse este resultado será el deudor el que deba probar la causa impeditiva del incumplimiento para exonerarse de la responsabilidad; es decir, la carga de la prueba es propia del deudor. Como dice Lobato, esta distinción se centra primordialmente en la naturaleza de la prestación y encuentra acomodo legal en el artículo 1.088 del Código Civil referido a las obligaciones de hacer<sup>28</sup>.

La siguiente cuestión a tratar es determinar cuáles son los criterios que permitan distinguir una obligación de medios de una obligación de resultados.

<sup>27</sup> DEMOGUE, R., «Traité des obligations en général»; París, 1925, pp. 538 y ss. Aunque esta distinción ha tenido acogida muy desigual en la doctrina y la jurisprudencia española estando bastante controvertida. Entre nuestra doctrina destacaremos los siguientes autores que recogen la distinción: Díez PICAZA, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*; GITRAMA, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios en honor de D. Ignacio Serrano*; LACRUZ BERDEJO, «Elementos de Derecho Civil II», *1.º Derecho de Obligaciones*. Jurisprudencialmente esta distinción ha encontrado su reflejo, entre otras sentencias, en las siguientes: 7/X; 23/XI y 19/XII de 1964 (RJA 4326; 5453; 5900); 14/X/1968 (RJA 4386); 24/IX/1984 (RJA 4303); 10/II/1987 (RJA 703); 29/V/1987 (RJA 3848, todas de nuestro más alto Tribunal. Pero también ha tenido reflejo la misma en jurisprudencia de tribunales inferiores, como, por ejemplo, la S. de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 3/XI/1986 (RGD 1987, p. 3732).

<sup>28</sup> LOBATO GÓMEZ, J. M., «Estudio de la distinción de las obligaciones de medios y de resultados», A.D.C., t XLV, fasc. II, p. 653.

Tres son los aspectos que nos permiten diferenciar una de la otra, a saber<sup>29</sup>:

1. Determinación de la voluntad de las partes. Aunque en la configuración de las obligaciones contractuales es imprescindible la referencia a la voluntad de los contratantes, sobre todo en nuestro sistema, en el que la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel primordial, no siempre ésta determina la naturaleza de la obligación, y por otra parte hay que tener en cuenta la limitación a dicha autonomía de la voluntad concretados en el orden público y la moral.  
Se puede considerar como elemento diferenciador de estas categorías de la obligación lo que se denomina «manifestación del fin», en función de la finalidad que se persiga con la prestación, por lo cual se deberá investigar la finalidad que persiguen las partes al contratar.
2. Examen de la naturaleza de la obligación. Si la obligación tiende a la realización de un resultado en sí mismo aleatorio, estaríamos ante la obligación de medios, pues no sería razonable garantizar un resultado en este tipo de hipótesis. Por el contrario, cuando el resultado considerado debe ser normalmente alcanzado con los medios de que dispone el deudor, la obligación será de resultado.  
La doctrina ha tratado de distinguir entre las obligaciones aleatorias de las que implican un riesgo, conjugando el criterio del alea con el papel activo o pasivo que deba jugar el acreedor en el cumplimiento de la obligación. Así el papel activo del acreedor es un indicio de que la obligación es de medios y no de resultado.
3. Las consideraciones a la equidad. La aplicación combinada de la voluntad de las partes y de la naturaleza de la obligación nos permitirán determinar la calificación de buena parte de las obligaciones, pero estos criterios pueden ser insuficientes frente a otro grupo de obligaciones de hacer, por lo que la jurisprudencia francesa ha venido utilizando un tercer criterio diferenciador: la equidad; así se califica como obligación de medios por las dificultades particulares de la actividad que el deudor se compromete a desempeñar en beneficio del acreedor, el papel activo de o la participación del acreedor en la ejecución de la obligación, o el estado de dependencia del deudor respecto al acreedor.

Veamos la aplicación de estos tres aspectos a la institución que nos ocupa, para así fijar definitivamente la condición de obligación de medios de la misma.

Respecto a la determinación de la voluntad de las partes como elemento diferenciador de estas obligaciones hay que indicar que la manifestación del fin de estas obligaciones encuentra su apoyo en la interpretación teleológica de la regulación del acogimiento en el Código Civil y en concreto en el artícu-

<sup>29</sup> Seguimos en esta exposición el esquema trazado por LOBATO GÓMEZ en su *opus cit.*, pp. 698 y siguiente.

lo 172, *in fine*, y en el artículo 173.1 del Código Civil. El fin del acogimiento es la participación del menor en la vida familiar del acogiente, por ser ello *beneficioso para el niño, y en la reinserción del mismo a su familia de origen*, en la medida de lo posible. El propio artículo marca claramente que no será obligación de los acogedores que se logre esa finalidad última, reinserción en su familia. Los acogientes cumplen con su obligación cumpliendo lo dispuesto en el 173.1. Se trata de poner en funcionamiento unos medios con independencia de los resultados obtenidos.

Del examen de la naturaleza de la obligación también se deduce que se trata de una obligación de medios. El hecho de que con los medios puestos a disposición del acogido no se subsiga la reinserción plena del menor nos indica que estamos ante un resultado aleatorio que impide configurar esta obligación como una obligación de resultado. La obligación se cumple poniendo los medios taxativamente previstos en el Código Civil para que sea el menor acogido el que, utilizando los mismos, se reintegre en la familia de origen.

Respecto a la consideración de equidad hay que señalar aquí que a pesar de que lo manifestado tiene un difícil encaje en la regulación legal de esta figura, sin embargo sí se dan algunas de las circunstancias de equidad en las obligaciones de la familia acogiente. En efecto, los acogedores tienen una serie de dificultades particulares en el desempeño de su obligación, en beneficio del menor; se requiere un papel activo del acreedor en la ejecución de la obligación. La Administración debe realizar determinadas actuaciones de apoyo a la familia acogente.

¿Dentro de qué tipología contractual englobaremos estas obligaciones del A. F. retribuido? La entidad pública busca a unas personas para que pongan unos medios y presten unos servicios en pro de la reinserción del menor. Si por esos medios profesionalizados, o que deberían serlo, se les paga una retribución, si el tiempo de la prestación de esos servicios tiene un tope temporal, que en un principio puede ser indeterminado, pero que se sabe que tiene un fin cierto; si en definitiva los acogientes no están integrados en la organización administrativa, ni tienen una relación de dependencia con la Administración designante, ¿no estaremos ante un contrato de arrendamiento de servicios o quizás ante un contrato de mandato? Ello será materia de ulterior trabajo.