

ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA DEL MENOR A UN
TERCERO DISTINTO DE LOS PROGENITORES*

*ASSIGNMENT OF CHILD CUSTODY TO A THIRD PARTY OTHER
THAN PARENTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 176-193

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016- 75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP. Sofía De Salas Murillo/Mª Victoria Mayor del Hoyo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Este trabajo pretende dar respuesta a los diferentes interrogantes que plantea la posibilidad que prevé el Código Civil de que la guarda de un menor pueda ser atribuida a un tercero distinto de sus progenitores dentro del proceso de ruptura matrimonial. Entre dichos interrogantes se encuentran la naturaleza jurídica de este tipo de guarda, los sujetos legitimados para acordarla, el supuesto de hecho que debe concurrir para que proceda su establecimiento, los momentos en los que puede adoptarse, su duración, los sujetos en los que puede recaer y su contenido concreto.

PALABRAS CLAVE: Guarda; menores; ruptura matrimonial; abuelos; parientes.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to answer the various questions raised by the possibility provided for in the Civil Code that the guardianship of a minor may be attributed to a third party other than his or her parents within the process of marital breakdown. Among these questions are the legal nature of this type of guardianship, the subjects legitimized to establish it, the factual situation that must concur for its establishment to proceed, the moments in which it can be adopted, its duration, the subjects in which it can fall and its specific content.*

KEY WORDS: *Guardianship; minors; marital breakdown; grandparents; relatives.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NATURALEZA JURÍDICA.- III. LEGITIMACIÓN.- IV. SUPUESTO DE HECHO.- V. MOMENTO DE LA ADOPCIÓN Y DURACIÓN.- VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS.- VII. CONTENIDO.- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando un matrimonio se rompe, lo habitual es que la guarda del menor sea atribuida en favor de sus progenitores —uno o ambos—. No obstante, existen supuestos en los que, en el curso de un proceso de ruptura matrimonial, el juez decide que no es conveniente para el interés del menor que ninguno de los progenitores asuma su guarda y custodia. Esta posibilidad está legalmente prevista en el art. 103.I de nuestro Código Civil —tras la redacción que le fue dada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos—. Dicho precepto admite que, en supuestos excepcionales, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren o, de no haberlos, a una institución idónea.

Pero esta posibilidad plantea varios interrogantes, a los que voy a tratar de dar respuesta en este trabajo. En primer lugar, cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de guarda. También conviene detenerse en los sujetos legitimados para acordarla, así como en el supuesto de hecho que debe concurrir para que proceda su establecimiento. Así mismo, me referiré a los momentos en los que puede adoptarse y a su duración, para terminar, haciendo referencia a los elementos subjetivos y a su contenido concreto.

II. NATURALEZA JURÍDICA.

Nótese, que he utilizado únicamente la palabra “guarda” para referirme a esta medida, en lugar de la expresión “guarda y custodia”. La razón es que, a mi juicio sólo cabe hablar de guarda y custodia cuando ésta se ejerce por uno o ambos

• Javier Martínez Calvo

Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Jorge. Acreditado Profesor Ayudante Doctor. Correo electrónico: jjaviermartinezcalvo@gmail.com.

padres del menor¹. Y es que, en los supuestos en los que dicha guarda se ejerce por un tercero, cabe entender que, si bien existe una figura genérica de guarda, no puede englobarse dentro de la guarda y custodia, pues ésta presenta unos caracteres propios que a mi modo de ver la hacen merecedora de ser configurada como una categoría específica.

Además, si partimos de considerar la guarda y custodia como un elemento integrante de la patria potestad —como mantiene la doctrina mayoritaria²—, sería incongruente utilizar dicha expresión para referirse a los supuestos en los que la guarda del menor se atribuye a un tercero que no ostenta la titularidad y ejercicio de la patria potestad —y que, además, en ocasiones, resulta incompatible con ella—. Esta tesis que distingue la guarda y custodia —que es exclusivamente la que ejercen los padres— del resto de situaciones de guarda, queda corroborada además por nuestro Código Civil, que otorga a la guarda y custodia de los hijos un régimen jurídico específico —arts. 90 y ss. CC—, diferenciado del resto de figuras de guarda de menores.

Una vez descartada la posibilidad de calificar esta figura como guarda y custodia, hay quien ha considerado que podríamos encontrarnos ante un acogimiento —art.

- 1 Esta postura es compartida por RAGEL SÁNCHEZ, que señala que “(...) la expresión conjunta “guarda y custodia” queda circunscrita exclusivamente a la que ejercen a la que ejercen uno o ambos progenitores. Por el contrario, se habla simplemente de “guarda” cuando la ejerce un tercero, ya sea un tutor, un guardador de hecho o una entidad pública. Esa diferencia semántica explica que la guarda ejercida por los padres sea más reforzada, más cuidadosa y diligente que la llevada a cabo por terceros” —*vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, p. 289—. No obstante también encontramos opiniones en sentido contrario —*vid.* JIMÉNEZ LINARES, M.J.: “El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial”, en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por R. HERRERA CAMPOS), vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, p. 880; CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 82-83; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 51 y 231; SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “Maltrato y separación: repercusiones en los hijos”, en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (coord. por J.J. TAPIA PARREÑO), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 138-139; BARCIA LEHMANN, R.: “Custodia compartida de los hijos”, *Revista Ius et Praxis*, 2012, núm. 2, p. 443; y ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: “Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores”, *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 73—.
- 2 *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “La guarda y custodia”, cit., p. 284; ROGEL VIDE, C.: “En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados —Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, núm. 1, p. 77; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, cit. p. 261; ROMERO NAVARRO, F.: “Coparentalidad y género”, *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, 2009, núm. 2, p. 18; VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades”, en AA.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. PICONTÓ NOVALES), Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 56, Dykinson, Madrid, 2012, p. 81; ESCALONA LARA, J.M.: “La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas”, *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 1, p. 4; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja”, en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (coord. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA y J. SOLÉ RESINA), Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 63; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2015, núm. 4, p. 586 y “Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, p. 2.

173 CC— o incluso ante una guarda de hecho —arts. 303 y ss. CC—³. Considero que la segunda opción debe quedar descartada, ya que la guarda de hecho se caracteriza precisamente por ser una figura surgida al margen de la ley y en la que no existe atribución judicial; mientras que en el supuesto que nos ocupa sí hay atribución judicial. En cuanto a la posible existencia de un acogimiento, tampoco estimo que nos encontremos ante esta figura, ya que no encaja en el supuesto de hecho del régimen jurídico del acogimiento —art. 172 ter CC—, que se trata de una medida configurada para el ejercicio de la función de guarda asumida por la administración, cuando se constituya una tutela administrativa —art. 172 CC— o una guarda administrativa —art. 172 bis CC—. Más bien, parece tratarse de un tipo de guarda *sui generis* con caracteres propios, que considero que cabría calificar como “simple guarda”⁴.

III. LEGITIMACIÓN.

Desde mi punto de vista, esta medida únicamente puede ser adoptada por la autoridad judicial. Aunque hay quien ha defendido que una interpretación conjunta de los arts. 90 y 103.I CC admitiría que fuera acordada por los propios progenitores en el convenio regulador⁵, considero que dicha postura debe rechazarse por dos motivos: el primero es que la posibilidad de encomendar la guarda a un tercero sólo ha sido prevista en sede de medidas judiciales; y el segundo es que el carácter irrenunciable de la patria potestad impide que los progenitores puedan renunciar voluntariamente al ejercicio de algunas de las funciones que integran esta figura. Y es que, en caso de que los padres no puedan asumir los cuidados del menor, lo que deberán hacer es promover la constitución de la guarda administrativa —art. 172.2 CC—, no cabiendo la posibilidad de que por sí mismos acuerden delegar en un tercero el ejercicio de la guarda⁶.

3 Vid. MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos: (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 30; y HERNANDO RAMOS, S.: “La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida”, *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 6.

4 Hay quien prefiere utilizar otras expresiones, como por ejemplo “sistema de guarda y custodia acogida” —vid. HERNANDO RAMOS, S.: “La intervención del Ministerio Fiscal”, cit., p. 6— o “guarda familiar” —vid. CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 90—.

5 Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores*, cit., pp. 79-80; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, p. 3296.

6 Tras la reforma operada a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, incluso resulta difícil defender la posibilidad de acogimiento familiar convencional, pactado entre los padres y los acogedores con el consentimiento de la entidad pública, que podía amparar anteriormente la LOPJM —vid. MAYOR DEL HOYO, M.V.: “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. MAYOR DEL HOYO), Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 228—.

IV. SUPUESTO DE HECHO.

En cualquier caso, la atribución de la guarda a un tercero distinto de los padres tiene un carácter absolutamente excepcional⁷, y a mi juicio es así como debe ser, pues hay que partir de que son los propios progenitores los que están en mejor posición para asumir la guarda y custodia de sus hijos⁸. La postura que mantengo es consecuente además con la previsión del art. 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, que emplaza a los Estados Partes a velar porque los niños no sean separados de sus padres salvo supuestos muy excepcionales⁹.

Respecto al supuesto de hecho concreto que habilita al juez para tomar esta decisión, no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una especificación del mismo, algo que creo que sería conveniente de *lege ferenda*¹⁰.

A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha decretado esta medida ante la falta de idoneidad de ambos progenitores para asumir los cuidados del menor¹¹, o ante la imposibilidad de hecho para ocuparse de sus hijos —por ejemplo, cuando se encuentran en prisión—¹². Además, considero que también el incumplimiento o deficiente cumplimiento de los deberes de cuidado y protección sobre los hijos por parte de ambos progenitores puede justificar la adopción de esta medida¹³, eso sí, siempre que no dé lugar a una desasistencia moral o material del menor, porque entonces procedería la declaración de desamparo por la entidad pública — art. 172.1.2 CC—.

7 Vid. COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 184; DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: “Derecho de familia: Reglas generales y excepciones”, *Economist & Jurist*, 2009, núm. 135, p. 19; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 119; TEJEDOR HUERTA, A.: “El Interés de los Menores en los Procesos Contenciosos de Separación o Divorcio”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2012, vol. 22, p. 69; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, *Actualidad civil*, 2014, núm 3, p. 294.

8 De hecho, si atendemos a los últimos datos disponibles por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2017, podemos observar que la guarda se atribuye a una persona distinta de los progenitores sólo en un 0,4% de los casos —fuente: http://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf, fecha última consulta: 15/09/2019—.

9 El art. 9 de la CDN señala que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño(...)”.

10 Vid. en este mismo sentido: LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: “Custodia de menores: conflicto entre el padre y los abuelos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992”, *Poder Judicial*, 1993, núm. 30, p. 148.

11 Vid. SAP Toledo 9 enero 2003 (JUR 2003, 121341), SAP A Coruña 16 febrero 2007 (JUR 2007, 138536) y SAP Asturias 17 septiembre 2007 (JUR 2008, 50750).

12 Vid. SAP Albacete 13 noviembre 2009 (JUR 2010, 26981).

13 Vid. en este mismo sentido: CLEMENTE MEORO, M.E.: “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 142.

En cualquier caso, como pone de manifiesto CALLEJO RODRÍGUEZ¹⁴, para adoptar una medida tan excepcional como es la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus progenitores será necesario que concurran motivos de trascendencia, postura que ha compartido también la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia de 14 de marzo de 2007¹⁵, en la que deniega la petición de que la guarda sea encomendada a la abuela paterna por no existir causa grave que lo justifique. Ahora bien, aun cuando se requiere que la causa que de amparo a la adopción de esta medida revista cierta entidad, como no conlleva la privación de la patria potestad, parece que no cabe exigir la concurrencia de los presupuestos del art. 170 CC.

V. MOMENTO DE LA ADOPCIÓN Y DURACIÓN.

La posibilidad de encomendar la guarda de un menor a un tercero distinto de los progenitores se recoge únicamente en sede de medidas provisionales¹⁶, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no podrá adoptarse como medida definitiva en la sentencia de nulidad, separación o divorcio¹⁷. Quienes defienden esta postura se basan principalmente en que si el legislador hubiera querido contemplar esta posibilidad en sede de medidas definitivas lo hubiera hecho expresamente, por lo que al no hacerlo estaría excluyendo tácitamente dicha posibilidad.

No obstante, considero más acertada la opinión que sigue el sector mayoritario de nuestra jurisprudencia¹⁸ y doctrina mayoritaria¹⁹, que defiende que es admisible aplicar la guarda del art. 103.I como medida definitiva, quedando justificada esta posibilidad bien por la aplicación analógica del propio art. 103.I CC, o bien haciendo uso de la facultad que el art. 158 CC concede al juez para adoptar cualquier medida que estime oportuna en defensa del interés superior del menor.

14 Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 294.

15 Vid. SAP Lugo 14 marzo 2007 (JUR 2007, 253572).

16 El hecho de que esta posibilidad no haya sido expresamente prevista también como medida definitiva ha sido criticado por parte de la doctrina —vid. a modo de ejemplo: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida”, *Estudios Jurídicos*, 2005, p. 16—.

17 Vid. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: “Atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 77; y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: “La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares”, *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 91.

18 Vid. SAP Zaragoza 9 febrero 1998 (AC 1998, 3232) y SAP Madrid 14 mayo 2002 (JUR 2002, 198890) —entre otras—.

19 Vid. ROCA TRÍAS, E.: “art. 92”, en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERECH), Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 390-391; CLEMENTE MEORO, M.: “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, cit., p. 143; RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “La guarda y custodia”, cit., p. 288; COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, cit., pp. 177-178; TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, pp. 677-678; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 233; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 297.

En cualquier caso, sería conveniente de *lege ferenda* que nuestro Código extendiera la previsión del art. 103.1 CC a la regulación de las medidas definitivas, como ocurre en el caso del Código Civil de Cataluña —única ley autonómica que ha introducido esta posibilidad²⁰—, que además de preverla con carácter provisional²¹, la recoge también expresamente en sede de medidas definitivas²². Así se evitaría cualquier tipo de confusión al respecto.

Esta cuestión tampoco hubiera quedado subsanada con la reforma que se pretendió proyectar en 2013 con ocasión del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que, una vez más, recogía esta posibilidad únicamente en sede de medidas provisionales —art. 1.12—.

Pese a ello, sí encontrábamos en el citado Anteproyecto un supuesto excepcional en el que la posibilidad de atribuir la guarda a un tercero se regulaba fuera de las medidas provisionales. En concreto, estaba previsto que se recogiera en el nuevo art. 92 bis.6 que el art. 1.4 del Anteproyecto pretendía adicionar al Código Civil. En el citado precepto se recogía el supuesto, no contemplado hasta el momento en nuestro Código, de que ambos progenitores estuvieran incurso en alguna de las causas que excluyen la atribución de la guarda y custodia²³. La solución que se adoptaría en estos supuestos sería la atribución de la guarda de los menores a los progenitores, si el juez lo estimaba conveniente, o en su defecto a un tercero distinto de éstos, que podría ser bien un pariente o allegado del menor o bien, en su defecto, la entidad pública que tuviera asignada la función de protección de los menores en el territorio concreto. Esta última regla ha sido prevista también por el art. 11.5 de Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Con independencia de si se adopta como medida provisional o definitiva, la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus padres debe tener carácter temporal²⁴, como también ha defendido buena parte de nuestra

20 En realidad, hay que matizar dicha afirmación, ya que la Ley del País Vasco 7/2015 también ha introducido un supuesto excepcional en el que la guarda puede atribuirse a un tercero distinto de los progenitores, en concreto en aquellos casos en los que ambos progenitores hayan sido condenados penalmente por la comisión de actos relacionados con la violencia doméstica o de género —art. 11.5 Ley del País Vasco 7/2015—.

21 Vid. art. 233-1.1 a) CCCat.

22 Vid. art. 233-10.4 CCCat.

23 En concreto, se recogía esta posibilidad para aquellos supuestos en los que concurriera alguna de las causas previstas en el nuevo art. 92 bis.5, tras la redacción que pretendía darle el art. 1.4 del Anteproyecto, y que en síntesis eran las siguientes: cuando ambos progenitores hubieran sido condenados penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género o por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos; o bien cuando ambos estén incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica o de género.

24 Vid. STS 29 marzo 2001 (RJ 2001, 9852).

doctrina²⁵. Hay algún autor que, para sostener esta postura, ha llegado a plantear incluso que, si se denegara con carácter definitivo la guarda y custodia de los hijos a unos padres, en realidad se les estaría privando tácitamente de la patria potestad²⁶. Personalmente discrepo en parte de esta última opinión, pues aun cuando obviamente comparto que esta medida debe tener carácter temporal, el argumento dado me parece discutible, ya que supone equiparar patria potestad y guarda y custodia, que son figuras diferentes y claramente delimitadas la una de la otra, y en todo caso, aun cuando esta medida tienda a permanecer en el tiempo en mayor o menor medida, los progenitores mantendrán tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad —pese a que, como veremos, en la práctica queda vacía de contenido—.

En cualquier caso, estimo que sería conveniente de *lege ferenda* que la ley previera expresamente dicho carácter temporal y condicionara el mantenimiento de esta medida a la subsistencia del hecho que generó su adopción. Para ello sería interesante que, tras el trascurso de un tiempo prudencial, se revisaran de oficio las circunstancias concurrentes en orden a determinar si todavía subsiste la causa que llevó al juez a adoptar esta medida y, en caso contrario, dejarla sin efecto y reintegrar al menor bajo el cuidado de sus padres —atribuyendo su guarda y custodia a uno o a ambos progenitores, según proceda—.

VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

En cuanto a los sujetos a los que podrá otorgarse la guarda del menor, el Código Civil se refiere en su art. 103.1 a “(...) los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea”²⁷. La primera duda que se plantea es si la expresión “institución idónea” se refiere exclusivamente a una entidad pública o si, por el contrario, incluye también otro tipo de instituciones. Desde mi punto de vista, no habría problema en que el juez atribuyera la guarda

25 Vid. FERRER RIBA, J.: “Sentencia de 29 de marzo de 2001: Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor de edad a sus abuelos maternos: carácter temporal y revisable de la medida. Disociación de la guarda asignada a los abuelos y ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre. Derechos de comunicación y visita de los padres: posibilidad de fijarlos en ejecución de sentencia”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2002, núm. 58, p. 85; ANGOSTO SÁEZ, J.F.: “Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2003, núm. 63, p. 911; CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos*, cit., p. 559; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 298; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor”, cit., p. 3298.

26 Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: “Custodia de menores”, cit., p. 155

27 Muy semejante es la norma catalana, que al igual que el Código Civil se refiere en sus arts. 233-1 y 233-10.4 a “(...) los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea” Por su parte, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia mencionaba también a los hermanos como posibles receptores de la guarda de los menores, disponiendo en su art. 1.12 —que pretendía dar nueva redacción al art. 103.1 CC— que “(...) los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, hermanos, parientes u otras personas allegadas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea (...)”. En realidad, los hermanos quedan abarcados también por la normativa actual bajo el genérico término “parientes”, por lo que en la práctica el cambio no hubiera sido muy significativo.

a una institución de carácter privado —ej. a una fundación— si considera que es idónea para ello, pues éste es el único requisito que exige el mencionado precepto. En cualquier caso, en los supuestos en los que la guarda se atribuya a una entidad pública, cabe entender que nos encontraríamos ante la denominada guarda administrativa²⁸, por lo que a mi juicio habría que reconducir el supuesto a las previsiones recogidas en nuestro Código para la referida figura. Esta postura queda ratificada por lo dispuesto en el art. 172 bis.2 CC, que faculta al juez para acordar la guarda administrativa en los casos en los que “(...) legalmente proceda” —y éste es precisamente uno de los supuestos en los que nuestro Código habilita al juez para adoptar esta medida de protección—²⁹.

Por otro lado, el art. 103.I CC no recoge expresamente un orden de prelación entre los abuelos, el resto de parientes u otras personas que lo consintieren —aunque sí prioriza a todos éstos respecto a una institución idónea—. No obstante, en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos —que dio al art. 103.I CC su actual redacción—, se señala expresamente que “(...) el art. 103 del Código Civil, coherentemente con la modificación del art. 90, prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones”³⁰. Ello ha llevado a parte de la doctrina a considerar que existe un carácter preferente de los abuelos respecto al resto de parientes y allegados³¹. Sin embargo, otro sector de la doctrina³² y de la jurisprudencia³³ entiende que la guarda del menor debe atribuirse a aquel pariente del menor que el juez considere más idóneo para desempeñar esta función, o incluso a quién no tenga ningún vínculo de parentesco con el menor y simplemente tenga con él un vínculo afectivo, si estima que es más idóneo³⁴. A mi modo de ver, esta última interpretación resulta más acertada,

28 Vid. en este sentido: BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor”, cit., p. 3288 y *Violencia de género y custodia compartida*, *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 12, p. 1: “En caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar éstos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa(...)”.

29 Sobre la guarda administrativa, vid. ampliamente: MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

30 Aunque el legislador utiliza erróneamente el término tutela en lugar de del de guarda, hay que entender que se está refiriendo a la segunda.

31 Vid. COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, cit., pp. 194-195; y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: “La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia”, cit., p. 90.

32 Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 297.

33 Vid. a modo de ejemplo, la SAP Madrid 14 mayo 2002 (JUR 2002, 198890), la SAP Barcelona 17 marzo 2006 (JUR 2006, 231653) y las SAP Zaragoza 30 marzo 2006 (JUR 2006, 140426) y 22 julio 2008 (JUR 2009, 43141), que atribuyeron la guarda del menor a su tía; y la SAP Barcelona 10 mayo 2005 (JUR 2005, 170296), que se la asignó a la hermana del menor.

34 Vid. a modo de ejemplo, la SAP Murcia 21 marzo 2000 (JUR 2000, 200502), que atribuyó la guarda del menor a sus padrinos; y la STS 20 noviembre 2013 (RJ 2013, 7824), que se la atribuyó al esposo que había impugnado su paternidad y había quedado determinada a favor de un tercero.

puesto que el interés superior del menor —que es el criterio rector al que debe atenderse en cualquier decisión en la que se vea envuelto un menor— se verá satisfecho en mayor medida con la atribución de la guarda a la persona que resulte más idónea para ejercerla. Ahora bien, en caso de que existan varias personas igualmente idóneas, creo que sí cabría dar preferencia a los abuelos —tal y como parece extraerse de la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003—.

VII. CONTENIDO.

Como vengo señalando, la atribución de la guarda de un menor a una persona distinta de los progenitores no conlleva que estos últimos se vean privados de la patria potestad, por lo que la regla general será que mantendrán la titularidad y ejercicio de la citada figura —como también han venido manteniendo nuestra jurisprudencia³⁵ y doctrina³⁶—. Y es que, si los incumplimientos de las obligaciones relativas al cuidado de los hijos menores revistieran tal entidad como para que se decidiera privarles de la patria potestad, saldríamos de los arts. 103.I y 158 CC y habría que reconducir el supuesto al art. 170 CC —y, por ende, habría que constituir la tutela—.

Aunque hay quién ha considerado que sería conveniente otorgar el ejercicio de la patria potestad al tercero al que se le atribuya la guarda del menor³⁷, a mi juicio esta posibilidad debe descartarse, ya que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sólo puede corresponder a los progenitores —arts. 154 y 156 CC —³⁸.

35 Vid. STS 5 octubre 1987 (RJ 1987, 6716), STS 11 octubre 1991 (RJ 1991, 7447), STS 12 febrero 1992 (RJ 1992, 1271) y STS 29 marzo 2001 (RJ 2001, 9852): “(...) el juez puede atribuir la guarda de un menor que se halle bajo la potestad de sus padres a otra persona, sin privar a aquéllos de dicha potestad y, por consiguiente, sin necesidad de que quede acreditado que se ha producido un incumplimiento de los deberes parentales que tenga entidad suficiente para tal privación (siquiera parcial)”. Vid. también: SAP Toledo 9 enero 2003 (JUR 2003, 121341), SAP Asturias 17 septiembre 2007 (JUR 2008, 50750), SAP Guipúzcoa 14 diciembre 2007 (JUR 2008, 117647) y SAP Barcelona 27 julio 2007 (JUR 2007, 331268).

36 Vid. DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004, p. 197; VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja”, en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por M.C. GARCÍA GARNICA), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 331; CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos*, cit., pp. 96 y 554; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 295; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor”, cit., p. 3288.

37 Vid. TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida”, cit., p. 678.

38 Este argumento no sirve para el caso del Derecho aragonés, pues la autoridad familiar puede extenderse a otras personas distintas de los progenitores. En concreto, pueden ser titulares de la autoridad familiar el padrastro y la madrastra, cuando conviva junto al único titular de la autoridad familiar y tras el fallecimiento de éste —art. 85 CDFA—; los abuelos, cuando hubieran fallecido los padres o cuando éstos no atiendan convenientemente a sus hijos menores —art. 86 CDFA—; y los hermanos mayores de edad, en los mismos supuestos que el caso anterior, a falta de abuelos —art. 87 CDFA—. No obstante, en la práctica la situación no difiere mucho del Derecho común, pues el contenido la autoridad familiar aragonesa es estrictamente personal —art. 65 CDFA—, por lo que sólo incluye los deberes de crianza, y no la representación y administración de los bienes.

Ahora bien, los terceros guardadores sí asumirán funciones tutelares, tal y como prevé el art. 103.I CC³⁹—. Por tanto, aunque los padres mantengan la titularidad y ejercicio de la patria potestad, ésta quedará vacía de contenido durante la vigencia de la guarda por parte de un tercero.

VIII. CONCLUSIONES.

El art. 103.I CC admite que el juez decida atribuir la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores en el seno del proceso de ruptura matrimonial.

Dicha modalidad de guarda no puede englobarse dentro de la figura de la guarda y custodia, ya que ésta forma parte del contenido de la patria potestad, que, por hipótesis, únicamente puede corresponder a los padres. Aunque en ocasiones se ha considerado que podría encuadrarse en la figura del acogimiento o en el de la guarda de hecho, en realidad parece que nos encontramos ante un tipo de guarda *sui generis* con caracteres propios.

Todo apunta a que esta medida únicamente puede ser adoptada por la autoridad judicial, ya que sólo ha sido prevista en sede de medidas judiciales, y, además, el carácter irrenunciable de la patria potestad impide que los progenitores puedan renunciar voluntariamente al ejercicio de algunas de las funciones que integran esta figura.

La atribución de la guarda a un tercero distinto de los padres tiene un carácter excepcional, por lo que su adopción requiere que concurran motivos de trascendencia, como la falta de idoneidad de ambos progenitores para asumir los cuidados del menor o la imposibilidad de hecho para hacerlo.

Esta medida está prevista únicamente en sede de medidas provisionales, pero cabe entender que también puede adoptarse como medida definitiva, bien por la aplicación analógica del propio art. 103.I CC, o bien haciendo uso de la facultad que el art. 158 CC concede al juez para adoptar cualquier medida que estime oportuna en defensa del interés superior del menor.

En cualquier caso, la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus padres debe tener carácter temporal, por lo que resultaría conveniente de *lege ferenda* que, tras el transcurso de un tiempo prudencial, se revisaran de oficio las circunstancias concurrentes en orden a determinar si todavía subsiste la causa que llevó al juez a adoptar esta medida y, en caso contrario, dejarla sin efecto y reintegrar al menor bajo el cuidado de sus padres.

39 La posibilidad de atribuir funciones tutelares a los terceros guardadores también ha sido admitida por el Derecho catalán —art. 233-10.4 CCCat.—.

Los sujetos a los que podrá otorgarse la guarda del menor son: los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, una institución idónea, que cabe entender que podrá tener carácter público (en cuyo caso nos encontraríamos ante la denominada guarda administrativa) o privado. Respecto al orden de prelación, la guarda debe atribuirse a aquel pariente o allegado del menor que el juez considere más idóneo para desempeñar esta función, pero, en caso de que existan varias personas igualmente idóneas, cabe interpretar que gozarán de preferencia los abuelos.

En estos supuestos, los terceros guardadores asumen funciones tutelares. Por tanto, aunque los progenitores mantienen tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, en la práctica queda vacía de contenido.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 71-79.

BARCIA LEHMANN, R.: "Custodia compartida de los hijos", *Revista Ius et Praxis*, 2012, núm. 2, pp. 441-474

ANGOSTO SÁEZ, J.F.: "Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2003, núm. 63, pp. 901-914.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, pp. 3284-3314.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2015, núm. 4, pp. 583-629.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, pp. 1-39.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Violencia de género y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm 12, pp. 1-20.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad civil*, 2014, núm 3, pp. 290-302.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.

CLEMENTE MEORO, M.E.: "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 137-177.

COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2018.

DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, 2009, núm. 135, pp. 16-35.

ESCALONA LARA, J.M.: "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 1, pp. 59-65.

FERRER RIBA, J.: "Sentencia de 29 de marzo de 2001: Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor de edad a sus abuelos maternos: carácter temporal y revisable de la medida. Disociación de la guarda asignada a los abuelos y ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre. Derechos de comunicación y visita de los padres: posibilidad de fijarlos en ejecución de sentencia", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2002, núm. 58, pp. 71-90.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: "Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (coord. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA y J. SOLÉ RESINA), Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 23-90.

HERNANDO RAMOS, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-21.

JIMÉNEZ LINARES, M.J.: "El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por R. HERRERA CAMPOS), vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, pp. 869-897.

LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: "Custodia de menores: conflicto entre el padre y los abuelos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992", *Poder Judicial*, 1993, núm. 30, pp. 145-158.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: "El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. MAYOR DEL HOYO), Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 219-248.

MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos: (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 87-93.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, pp. 281-330.

ROCA TRÍAS, E.: "art. 92", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERECHE), Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 389-391.

ROGEL VIDE, C.: "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados —Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, núm. 1, pp. 73-93.

ROMERO NAVARRO, F.: "Coparentalidad y género", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, 2009, núm. 2, pp. 11-28.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: "Maltrato y separación: repercusiones en los hijos", en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (coord. por J.J. TAPIA PARREÑO), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 117-173.

TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, pp. 667-712.

TEJEDOR HUERTA, A.: "El Interés de los Menores en los Procesos Contenciosos de Separación o Divorcio", *Anuario de Psicología Jurídica*, 2012, vol. 22, pp. 67-75.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*

(dir. por M.C. GARCÍA GARNICA), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 321-340.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades”, en A.A.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. PICONTO NOVALES), Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 77-99.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida”, *Estudios Jurídicos*, 2005, pp. 1-41.

