

CÓMO CONSEGUIR LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR POR UNA PERSONA DISTINTA A SUS PROGENITORES



Olga Ávila. Abogada del departamento de Civil de Medina Cuadros

SUMARIO

1. Demandante solicita guarda y custodia de menor
2. Recurso de Apelación
3. Recurso ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
4. Posibilidad para solicitar guarda y custodia de menor por familiar

EN BREVE

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia número 492/2018, atribuye la guarda y custodia de una menor a su tía paterna, que se hizo cargo de ella antes del fallecimiento de su madre en 2012. Este Auto establece también un régimen de visitas progresivo a favor del padre, para permitir que la niña se adapte a su entorno y poder valorar más adelante si recupera la custodia.

En nuestro derecho existe la posibilidad de pedir la guarda y custodia por un familiar, es decir, se puede solicitar la custodia por un tercero que no sea progenitor de los menores, pero es indispensable acreditar siempre que el interés de los menores está mejor protegido otorgándole la custodia a ese familiar y privándole de ella al padre.

Se otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a personas distintas a los progenitores.

1. En temas de familia siempre prevalece el interés del menor, pero en este caso el Tribunal Supremo nos deja muy claro que está siempre por encima, incluso de la paternidad. Prueba de ello es una Sentencia dictada hace solo unos días por el Tribunal Supremo (TS) en el caso de una niña de Granada cuya madre murió. Su padre es, por tanto, el único progenitor vivo, pero el Alto Tribunal considera que la custodia de la menor debe tenerla la hermana de este, es decir, su tía paterna, al ser ella la persona que se hizo cargo de la pequeña antes incluso del fallecimiento de su madre.

La demandante, tía paterna, solicitó la guarda y custodia de su sobrina de cinco años de edad, hija de su hermano y de la esposa de este que había fallecido, argumentando que, durante la enfermedad de la madre, ella fue la que se hizo cargo de ella y por lo tanto debe encargarse de su guarda y custodia en principio, ya que la menor está acostumbrada a su tía que la ha estado cuidando y educando durante el largo periodo de tiempo de la enfermedad de la madre fallecida.

El padre desde el inicio se opuso a las pretensiones de su hermana, alegando

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Art.; 103

“Se otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a personas distintas a los progenitores”



“En nuestro derecho existe la posibilidad de pedir la guarda y custodia por un familiar, es decir, se puede solicitar la custodia por un tercero que no sea progenitor de los menores, pero es indispensable acreditar siempre que el interés de los menores está mejor protegido otorgándole la custodia a ese familiar y privándole de ella al padre”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de septiembre de 2018, núm. 492/2018, N° Rec. 4860/2017, (Marginal: 70848289)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 13 de octubre de 2017.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Motril de fecha 4 de noviembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de fecha 10 de mayo de 2015, num. 81/2015, N° Rec. 80/2015 (Marginal: 69590619)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 26 de junio de 2013, num. 134/2014, N° Rec. 204/2014 (Marginal: 69316668)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 17 de junio de 2013, num. 579/2011, N° Rec. 4350/2010 (Marginal: 2310802)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013, núm. 257/2013, N° Rec. 2525/2011, (Marginal: 2426532)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2012, núm. 43/2012, N° Rec. 1269/2010, (Marginal: 2377502)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 29 de mayo de 2002, núm. 374/2014, N° Rec. 368/2014, (Marginal: 69273095)

entre otros argumentos que nunca se había desentendido de su hija y que estaba en perfectas condiciones de hacerse cargo de esta niña.

El Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Motril en Sentencia del 4 de noviembre de 2016 estimó la demanda de la tía de la menor concediéndole

la guarda y custodia de la sobrina y acordando que el padre le abonara una pensión alimenticia en favor de la niña de 300€ mensuales. La Sentencia además, establecía un régimen de visitas progresivo en favor del padre para valorar en el futuro una convivencia del progenitor con su hija.

2. Contra la Sentencia dictada en primera instancia, el padre interpuso un Recurso de Apelación, resuelto por la Audiencia Provincial de Granada en Resolución del 13 de octubre de 2017, por la cual se revocó la anterior y otorgó al padre la guarda y custodia de la menor una vez finalizado el curso escolar.

Esta nueva Sentencia **se fundamentaba en que el padre no estaba privado de la patria potestad y descartaba que fuera de aplicación el artículo 103 del Código Civil, que, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio permite, excepcionalmente, que los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas.**

El argumento de la Sentencia **determina que la guarda y custodia la debía ostentar el único progenitor vivo al haber fallecido la madre.** El Tribunal Provincial descartó que existiese riesgo alguno para la niña y consideró que se había constatado que el padre tenía “habilidades y aptitudes” para tenerla consigo, aunque durante el último año se hubiera producido una falta de relación “envuelta en el conflicto que le enfrenta con su hermana”.

3. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cambio no comparte el criterio de la Sentencia recurrida puesto que, por un lado, prescinde de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con el desarrollo integral de la menor y la incidencia que va a suponer la recuperación de la custodia por el padre.

Teniendo en cuenta la edad de la menor, 5 años, siendo esta una etapa clave en el desarrollo, madurez y educación de los niños, hay que incidir en su evolución a nivel efectivo y emocional. **El establecimiento de los vínculos afectivos resulta de vital importancia, ya que esta parte fundamental de su desarrollo actúa como motor o estímulo en la integridad del niño, lo que favorece la adquisición de conductas sociales, capacidades cognitivas, normas morales, etc.** En un ambiente basado en la seguridad y el afecto, el niño desarrollará mejor la actividad intelectual, ya que ambas competencias, emocional e intelectual, se encuentran estrechamente relacionadas.

La menor ha tenido durante todo este tiempo, y sigue teniendo, un entorno estable y seguro con su tía, lo que ha posibilitado la creación de unos vínculos afectivos muy distintos de los que existen con su padre, según indica el Tribunal, se constata la falta de capacidad del progenitor supérstite para atender adecuadamente a la niña por varios motivos: su edad, su trabajo y las demás cargas familiares.

La Sala asegura que los derechos del padre están debidamente protegidos con las visitas y comunicaciones, a partir del régimen progresivo fijado y que está dirigido a la plena adaptación de la hija al entorno paterno y a acordar, en su momento el posible reintegro bajo la custodia del padre.

El interés de la menor no crea ni extingue por sí solo relaciones propias de la patria potestad, pero sirve para configurar determinadas situaciones, como la planteada en este caso, “teniendo en cuenta que la regulación de los deberes y las facultades que configuran la patria potestad está pensada y orientada en beneficio de los hijos, y que, en estos momentos, quien la ostenta en exclusiva, por el fallecimiento de la madre, no

está en condiciones de hacer efectiva una de las medidas que la integran, como es la guarda y custodia de la hija”.

El Alto Tribunal resalta que convivir con su tía “sigue siendo muy beneficioso” para la niña, pues esta familiar aparece como su principal referencia, lo que aconseja a continuar con su mantenimiento, pues es la persona que ha sustituido a la madre durante su enfermedad y tras su fallecimiento, aportándole a la menor un entorno estable que en esta edad tanto necesitan los niños y sobre todo en situaciones de gravedad como es el caso que nos ocupa ya que la percepción sensorial de los menores involucrados en procedimientos de este tipo debe ser la más positiva que del entorno se pueda percibir.

Y es que, si se cumpliera con lo dispuesto por la Audiencia, se dejaría a la menor expuesta a incertidumbre, al menos hasta que la situación se reconduzca, como sería deseable, a partir de una mayor relación del padre con la hija, que se debe propiciar. En ningún caso se puede referenciar a una fecha determinada, dando por supuesto que transcurrido un periodo transitorio las cosas serán de otra manera.

Se debe llevar a cabo un régimen de visitas “progresivo” a favor del padre para evaluar si recupera la custodia, poco a poco la menor debe adaptarse a su nuevo entorno y así llegar a tener una vida emocionalmente estable y normalizada. El padre a la vez también deberá adecuar su vida a las circunstancias sobrevenidas e ir formando vínculos afectivos con la menor, ampliando cada vez más las visitas hasta alcanzar un régimen normalizado.

4. **En nuestro derecho existe la posibilidad de pedir la guarda y custodia por un familiar, es decir, se puede solicitar la custodia por un tercero que no sea progenitor de los menores, pero es indispensable acreditar siempre que el interés de los menores está mejor protegido otorgándole la custodia a ese familiar y privándole de ella al padre.**

En el otorgamiento de la custodia de un menor a una persona distinta a sus progenitores, si bien la situación personal y económica de estos es importante, no es determinante. Sí lo es el nivel de relación de los padres con su hijo, el entorno



familiar y la capacidad de cada uno para asumir estos menesteres, siendo estas circunstancias las que van a determinar la solución que se adopte teniendo siempre en cuenta el interés superior y prevalente del menor. De esta manera, se otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a personas distintas a los progenitores.

Los abuelos, parientes y allegados podrán solicitar guarda y custodia de los menores, las cuales se fijarán siempre en interés del menor y, por tanto, en función de lo que se acredite a ese respecto, es importante que los motivos estén cargados de suma importancia afectando al menor. Solo en situaciones extremas los familiares tomarán la decisión de iniciar procesos de esta envergadura pues no se puede tomar a la ligera esta actuación. Ante todo, lo que se quiere es que los niños crezcan en un entorno lo más beneficioso posible.

En este artículo estamos analizando una custodia 'excepcional' de un menor, y debe quedar claro que no cabe solicitar la guarda y custodia por persona distinta

a los progenitores por capricho o desacuerdo, los menores tienen que vivir en un entorno estable y positivo y esa situación normalmente se va a encontrar en su núcleo familiar más cercano, que le proporcionará las capacidades y lazos emocionales indispensables para desarrollar su madurez y personalidad en plenitud de condiciones.

Siempre hay que actuar con cautela cuando hablamos de niños pues una decisión equivocada puede llevar a actuaciones desproporcionadas y problemas emocionales y afectivos en el futuro, haciendo un daño irreparable que dará lugar a adultos con pensamientos equívocos sujetos a patrones de conducta difíciles de eliminar.

En cuanto a las circunstancias que han de darse para proceder a otorgar la custodia de un menor a persona distinta a sus progenitores, afirma una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (29.05.2002) que, si bien la situación personal y económica de éstos es importante, no es determinante; sí lo es el nivel de relación de los padres con su hijo, el entorno familiar y la capacidad de cada uno para asumir estos menesteres, siendo

estas circunstancias las que van a determinar la solución que se adopte teniendo siempre en cuenta el interés superior y prevalente del menor. De esta manera, otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a los abuelos, fijando, eso sí, un amplio régimen de visitas para fomentar la relación paterno-filial.

La jurisprudencia de nuestros tribunales contempla la posibilidad de privación desde la perspectiva del interés del menor. Hacemos referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2012: Se trataba del caso de una menor cuya guarda y custodia fue atribuida a la madre al poco de nacer. El padre tan solo se comunicó con su hija al nacer y no volvió a verla pese al fallecimiento de su madre cuando contaba con cinco años. Los abuelos se hicieron cargo de ella y fue su tío materno quien pidió la constitución de tutela, a la que el padre se opuso. Es en este momento cuando el padre de la menor interpuso demanda para regular las relaciones paterno-filiales, oponiéndose a ello los abuelos y tíos maternos quienes solicitaron del juzgado la privación de la patria potestad

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO. *Persona y Familia. Estudios de Derecho Civil y Catalán*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, MANUEL. *Los menores en protección* Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- URBÓN LLACA, ÁNGELA. *Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos*. Octubre 2016. *Economist&Jurist* N° 204 (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *De las relaciones con los hijos cuando los progenitores no conviven*. Mayo 2011. *Economist&Jurist* N° 150 (www.economistjurist.es)

y subsidiariamente la suspensión por falta de atención a la menor.

El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda presentada por los abuelos y tíos acordando la privación de la patria potestad, la tutela de la menor y un régimen de comunicación con el padre muy restrictivo y con un periodo progresivo de adaptación. El juzgador fundó la decisión en la falta de relación con la niña, la falta de colaboración en su manutención y en no haberla asistido “ni siquiera en un momento tan delicado como es la muerte de su madre”. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid entiende que en consonancia con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo la patria potestad está concebida en beneficio de los hijos y que las limitaciones al ejercicio deben ser acordes al principio de protección del interés del menor. Dispone la Audiencia que la privación ha de reputarse excepcional por su gravedad y “aplicarse únicamente en casos extremos”, de modo que “venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor”. Y hace referencia a la **interpretación restrictiva que nuestro Tribunal Supremo hace del artículo 170 del código civil, que la concibe como una norma sancionadora, que en su aplicación al caso concreto exige que “aparezca plenamente probado que el progenitor, al**

“Los abuelos, parientes y allegados podrán solicitar guarda y custodia de los menores, las cuales se fijarán siempre en interés del menor y, por tanto, en función de lo que se acredite a ese respecto, es importante que los motivos estén cargados de suma importancia afectando al menor”

que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma”.

En cuanto al régimen de guarda y custodia, nuestro alto tribunal ha venido a decir que el interés de la menor prima sobre el de los progenitores. En efecto, en la sentencia de 29 de abril de 2013, afirma que los criterios seguidos para determinar la oportunidad de acordar la guarda y custodia compartida deben atender al interés del menor, y en consecuencia así debe ser interpretado el art. 92 de nuestro Código Civil. La Audiencia Provincial de Segovia, en su Sentencia de 26 de junio de 2013 sostiene que la interpretación de los art. 92.5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores afectados, aunque en la práctica este sistema de custodia pueda ser más complejo que cuando los progenitores conviven. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de

17 de junio de 2013 señala que la modificación del régimen de custodia requiere de un cambio en las circunstancias que lo haga conveniente y siempre en interés del menor. La Audiencia Provincial de Zamora por su parte en la Sentencia de 26 de abril de 2011 hace hincapié en el “interés superior del niño”.

Los parientes de los menores que quieran solicitar por vía judicial la guarda y custodia de los menores se regulara por el Código Civil expresamente en el punto dos del número uno del artículo 103 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 42/2003, del 21 de noviembre, donde se indica que “excepcionalmente, los hijos podrían ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que la consintieren y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. ■

CONCLUSIONES

- En asuntos de familia, siempre prevalece el interés del menor por encima de todo. Los abuelos o parientes más allegados pueden solicitar su guarda y custodia cuando quede probado que la relación paterno filial presenta déficits importantes para el desarrollo emocional e intelectual del menor
- Es este el caso que nos ocupa, una menor de 5 años para quién su tía, hermana de su padre solicitó la guarda y custodia después de fallecer su madre, el Tribunal Supremo se la concedió tras haber probado que la menor había establecido unos vínculos afectivos y emocionales beneficiosos que no tenía con su padre, al cual y por medio de esta Sentencia se le reconocen sus derechos como padre y se establecen un régimen de visitas para recuperar la relación y conseguir en un futuro que la menor pueda convivir con su padre supérstite