

1.2. FAMILIA

El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia

The superior interest of the minor and the attribution of the guard and custody

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La crisis matrimonial o de pareja comporta la necesidad de tomar una serie de medidas entre las que se encuentra la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Aunque la regla general es la atribución de la misma a los padres de forma individual, en exclusiva, o de forma compartida, excepcionalmente se puede encomendar a un tercero, habitualmente los abuelos, pero también es posible hacerlo a otros parientes o incluso a personas sin vínculo de parentesco que lo consintieren, y a falta de los mismos a una institución pública, previa declaración de desamparo. El presente estudio se va a centrar en la atribución de la guarda y custodia a un tercero distinto de los progenitores.

ABSTRACT: *The matrimonial crisis or unmarried couples to take a series of measures between that there is the guard and custody of the children minors. Though the general rule is the attribution of the same one to the parents of individual form, in sole right or of shared form, exceptionally it is possible to entrust to a third party, habitually the grandparents, but also it is possible to do it to other relatives or even to persons without link of kinship that they it will consent and for lack of the same ones to on institutions it publishes, previous declaration of abandonment. The present study is going to centre on the attribution of the guard and custody to a third party different from the progenitors.*

PALABRAS CLAVES: Guarda y custodia. Interés del menor. Patria potestad. Derecho de visitas. Abuelos. Parientes. Medidas provisionales y medidas definitivas

KEY WORDS. *Guard and custody. Interest of minor. Parents. Right of visits. Grandparents. Relatives. Provisional measures and definitiva measures.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO PREVALENTE PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.—III. EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA.—IV. LA EXCEPCIONALIDAD Y PROVISIONALIDAD DE LA MEDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO.—V. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A PERSONAS DISTINTAS DE LOS PROGENITORES.—VI. ALCANCE DE LA GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, procedente de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostentimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Supone un conjunto de derechos y deberes que determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos y donde la actuación de los padres debe estar presidida por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciable, imprescriptible e indisponible y de carácter social (PÉREZ ÁLVAREZ, 2008, pág. 352)¹. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme se establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-familiares», del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171).

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154 párrafo primero CC). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente, si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor (MARTÍN MORÓN, 1989, págs. 130-131; CASTÁN TOBEÑAS, 1982, págs. 109-111)². Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad, deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, ponen en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor; y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres. No cabe duda que, la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo se estructuró sobre la base de tres objetivos: configurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; dar primacía al interés o beneficio del hijo, y el respeto de su personalidad; y, someter el ejercicio de la patria potestad a la intervención y vigilancia judicial, así, como en su caso, de la Administración Pública. Esta intervención y vigilancia determina que, el juez ha de resolver sobre el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores —art. 156 CC—; asimismo, tendrá que decidir al cuidado de qué progenitor quedan los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho, y a falta de acuerdo entre los padres —art. 159 CC—, autorizar determinados actos de disposición de bienes o derechos de los hijos por parte de sus progenitores (art. 166 CC); o cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, adoptar todas las providencias

que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes (art. 167 CC); y, en fin, sobre la base del artículo 158 del Código Civil «de oficio o a instancia de parte, del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal» habrá de dictar «dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria», todas aquellas medidas y disposiciones que tengan por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo. De forma que, ante un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales por parte de los progenitores, bien en proceso civil *ad hoc*, en un proceso matrimonial o en un proceso penal, el juez puede adoptar como medida excepcional de protección de menores, la privación de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad, esto es, de los deberes y facultades inherentes a la misma, sin que ello afecte *per se* al vínculo legal de filiación, ni impida el ejercicio de determinados derechos, como el de visita. La patria potestad como un derecho-deber o como un derecho-función puede, por tanto, en determinados casos y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con daño y perjuicio para sus hijos. Esta vigilancia judicial se ve completada con la intervención de la Administración Pública en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encuentra en situación de desamparo, esto es, cuando se vea privado de la necesaria asistencia moral y material —art. 172 CC—, con la consiguiente suspensión de la patria potestad. Como hemos señalado, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad es conjunta de ambos progenitores, ya lo sea mediante la actuación de ambos, o de uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (CASTILLO MARTÍNEZ, 2010, pág. 83)³; no obstante, esta regla general expuesta, el Código Civil también contempla determinados supuestos contenidos en el artículo 156 del Código Civil, en los que el ejercicio de la patria potestad es individual. En todo caso, cuando se produce la ruptura de la relación matrimonial o de pareja, si existen acuerdos entre los progenitores en el momento de la ruptura de la convivencia, la situación se inicia sin ánimo conflictivo o contencioso, y los beneficios de los acuerdos que se alcancen en el convenio, regulador repercuten en los hijos menores; sin embargo, cuando lo que se produce es una enorme conflictividad en esa crisis matrimonial o de pareja, las decisiones sobre la guarda y custodia, atribución del uso de la vivienda familiar, la pensión compensatoria y la pensión de alimentos, se resuelve por el juez y, se concretan en el pronunciamientos de las medidas definitivas previo informe del Ministerio Fiscal, pensando siempre en el interés del menor o menores, consagrado en nuestro ordenamiento como principio rector que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero).

Ahora bien, en nuestro derecho el concepto de guarda y custodia se vincula con la atención y cuidado del menor que se tiene en su compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo; y, en su determinación se plantea la alternativa de si el ejercicio de la patria potestad debe serle atribuido a uno solo de ellos (o quizás, en situación excepcional, incluso a un tercero como, por ejemplo, a los abuelos), de manera individual y exclusiva; o si, por el contrario, se procede a la llamada guarda y custodia compartida, modalidad esta última establecida legalmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En principio, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el convenio regulador judicialmente homologado debe contener la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el

progenitor que no viva con ellos [art. 90 A) CC]. Por su parte, la sentencia que recaiga en un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio debe, asimismo, contener un pronunciamiento —siempre fundado en beneficio o interés del menor— relativo a que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o que el cuidado de los hijos corresponde a uno u otro (art. 92.4 CC). De cualquier forma, en todos los supuestos descritos conviene precisar que, una modificación en la titularidad o ejercicio de los contenidos normales de la patria potestad puede tener lugar mediante la concentración, redistribución o alteración de las mismas. Así las cosas, en cuanto a los criterios que ha de tomar en consideración el juez para acordar el régimen de guarda y custodia exigirán tener en cuenta la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (art. 92.6), el beneficio de los hijos, el procurar no separar a los hermanos, asimismo, se valorará positivamente la estabilidad laboral del progenitor frente a aquel que carece de trabajo fijo; que los menores no sufran cambios traumáticos en cuanto al colegio, población o ambiente cultural en el que venía desarrollándose; la disponibilidad horaria del progenitor para el cuidado de los hijos; y, la relación entre los hijos y la nueva pareja del progenitor, entre otros. También recabará el informe del Ministerio Fiscal; oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario por el juez, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de los cónyuges, del Equipo Técnico Judicial o del propio menor (salvo que se trate de procesos contenciosos, en cuyo caso habrá de oír necesariamente a los hijos mayores de doce años y a los menores, si tienen juicio suficiente —art. 770.4^a LEC—). En consecuencia, el Juez deberá otorgar la guarda y custodia a aquel que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias familiares, económicas, culturales y ambientales (MARÍN LÓPEZ, 2009, pág. 213)⁴. Por otra parte, es posible que se prive de la titularidad de la patria potestad a uno o a ambos progenitores (art. 170 CC). Si bien, tal medida debe ser adoptada con suma cautela y siempre ante casos claros y graves de incumplimiento de los deberes inherentes a ella. Asimismo, hay que señalar el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones, que alcancen a la patria potestad.

Sobre tales bases, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda: *a*. La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en los que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; *b*. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que, cuando se opta por ello mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso, resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; *c*. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en los que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte de tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares. 3. La guarda compar-

tida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres los que entran y salen del único domicilio. *d*. La guarda atribuida a un tercero (art. 103 CC). Así pueden en tal caso ser titular de la guarda: los abuelos, o algún abuelo, los parientes (tíos, hermanos...); los allegados (personas con especial vinculación a los menores —cónyuges o parejas de los progenitores, padrinos, vecinos, amigos de la familia, etc.—; y una institución idónea, generalmente entidades públicas competentes en la protección de menores —guarda administrativa (art. 172.2 CC)—. Se trata de un supuesto excepcional, previsto como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial, como en cualquier procedimiento o momento procesal (art. 158.4). Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad de que tras la muerte de un progenitor, la autoridad judicial pueda con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere, y, además se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (art. 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y que fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge pueda continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 8 del Código de Derecho Foral Aragonés).

En caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de que la posterior declaración de desamparo que comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial, que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la guarda y custodia atribuida a terceros distintos de los progenitores. Precisamente a esta posibilidad se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 20 de noviembre de 2013⁵ que atribuye la guarda y custodia al progenitor no biológico que impugnó la paternidad en sede de modificación de medidas definitivas de sentencia de divorcio. Si bien, como precisa la sentencia citada, el interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia del Tribunal Supremo 28 septiembre 2009 [RJ 2009/7257]) y no se trata a través de este cauce casacional de cuestionar la valoración de la prueba, ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor,

al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de revisión conceptual en casación (sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2005 (*RJ* 2005/4139), 28 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009/7257)). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este». «(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, esto es cuanto el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados, pudiendo, en consecuencia, esta Sala examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección» (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero, 27 de abril [*RJ* 2012/6105] y 25 de octubre de 2012 [*RJ* 2012/9727])⁶.

II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO PREVALENTE PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

El régimen de la guarda y custodia de los padres en situación de crisis matrimonial o de pareja descansa sobre tres principios fundamentales: el principio del interés del menor; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad o corresponsabilidad. Centrado en el principio del superior interés del menor que, también influye en la determinación distinta de los progenitores, viene reconocido como criterio preferente en todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre menores de edad⁷. Así en nuestro ordenamiento, la Constitución española recoge entre los principios rectores de la política social y económica la protección de los menores que, va dirigida no solo a los poderes públicos que, deberán asegurar la protección integral de los hijos iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2), sino también a los padres, imponiéndoles el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio o durante su minoría de edad (art. 39.3). Asimismo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor señala en su artículo 2 que «en aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley, deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva». También en su artículo 9 reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y del que se deba derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social⁸. Los menores como individuos independientes y titulares de derechos subjetivos merecedores no solo de reconocimiento, sino también de garantía y promoción, tienen legitimidad para participar en aquellas decisiones que les afecten. Por lo que la patria potestad debe ser atemperada con el reconocimiento de un determinado grado de autonomía del menor (TAMAYO HAYA, 2008, 37)⁹; y, en fin, entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos la citada Ley establece en su artículo 11 la supremacía del interés del menor. Por su parte, el artículo 154.1 del Código Civil recoge el principio de titularidad conjunta de la patria potestad señalando que «se ejercerá siempre en beneficio de los hijos»; y el artículo 158 del Código Civil dispone que el juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal,

decretará «en general las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios». En el ámbito internacional, cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa en el que se establece que «los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez». También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14) y el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental (arts. 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23) —en vigor desde el 1 de marzo de 2005—.

Este principio del interés del menor supone que este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores (TAMAYO HAYA, 2008, págs. 51 y 69)¹⁰, y considerado, en consecuencia, como un bien jurídico en sí mismo (JIMÉNEZ LINARES, 2000, 881)¹¹. Si bien, hay quien considera que este principio de *favor filii* «no tiene que ser «necesariamente» superior al de los padres, en tanto que los intereses de los adultos deben ser igualmente reconocidos y protegidos, sino en la medida en que se vea necesitado de protección; lo que le hace más bien un interés «relativamente superior» (TAMAYO HAYA, 2008, 41; RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, 87)¹². Con este principio se trata de procurar que, los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar, defendiendo sus propios intereses. Es un criterio básico que, ha de inspirar tanto la actuación de los particulares como de los poderes públicos¹³ y en relación con estos últimos y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a petición de parte, ni, por tanto, ajustarse a los principios dispositivos y de rogación¹⁴; en todo caso, de existir petición de parte, no será preciso que, la decisión judicial se ajuste a la misma sin caer por ello en incongruencia. Es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observada por los jueces y tribunales en las decisiones que tomen en relación con los menores¹⁵.

Ahora bien, se introduce como una cláusula general que, comprende un principio general del derecho privado y se expresa normalmente por medio de un concepto jurídico indeterminado, correspondiendo al juez concretar el contenido efectivo del mismo al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, págs. 70-73; DE TORRES PEREA, 2009, pág. 24)¹⁶. Asimismo, el interés del menor ha sido definido como un *standard* jurídico, no ético, de naturaleza objetiva, en cuanto se refiere a situaciones empíricas, constatadas y controlables. Un modelo de conducta o actuación jurídico social que «sea adecuada a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad social» (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, 67-68; DE TORRES PEREA, 2009, 25)¹⁷.

Como se ha precisado, este principio de *favor filii* o superior interés del menor que, inspira la medida relativa al cuidado de los hijos en situaciones de crisis matrimonial o de pareja, ha de ser precisada caso por caso en base a la información y prueba practicada que, deben ser valoradas, dando lugar a una

decisión motivada. A falta de criterios concretos previstos legalmente —aunque lo deseable sería establecer unos criterios mínimos que contribuyan a su objetivización y sirvan de guía al juez para su aplicación— la doctrina y jurisprudencia han optado por fijar diversos factores que, deben ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de concretar el contenido de este superior interés del menor y, por ende de ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso así: la relación afectiva del menor con cada progenitor, el incumplimiento del progenitor custodio del derecho de visitas; el mantenimiento de la situación vital en que se encontraba previamente el menor con el fin de no alterar su vida y entorno, o hacerlo lo menos doloroso para el mismo; la necesidad de proporcionar estabilidad emocional al menor, la capacidad de cada progenitor tanto económica como emocional para hacerse cargo de su custodia; y, en fin, la implicación de cada progenitor en el cuidado de los menores antes de la ruptura (CALLEJO RODRÍGUEZ, 2014, pág. 293)¹⁸.

En consecuencia, ha de ponderarse en cada caso concreto los hechos y realizar una adecuada valoración de lo que mejor convenga al interés del menor, a fin de conseguir determinar *in concreto* y de manera efectiva, cuál es el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver; de forma que, el juez ha de decidir en la disyuntiva interés *in abstracto*-interés *in concreto*, siendo preferible este último, pues, el interés del menor no solo debe ser actual, sino también tomarse en clave de futuro (TAMAYO HAYA, 2008, 55; RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, pág. 79)¹⁹. En todo caso, para evaluar el interés concreto del menor, el juez se puede valer tanto de elementos intrínsecos, referidos al propio menor, como extrínsecos, tomando en consideración a los individuos que le rodean (TAMAYO HAYA, 2008, pág. 52)²⁰.

Por otra parte, el respeto a la personalidad del menor determina en el marco del principio de *favor filii* el reconocimiento de una autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos que, va a implicar una pérdida de ciertas facultades que, tienen los padres sobre los hijos. Por lo que, se dará una relación proporcional inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas que, los padres pueden tomar (TAMAYO HAYA, 2008, pág. 39)²¹. Se reconoce, por tanto, un ámbito decisorio al menor en todo aquello que, le pueda afectar en proporción a su madurez, siendo el derecho a ser oído una manifestación de aquél. En este contexto, se ha de buscar un justo equilibrio entre la libertad del menor y la actuación de los padres para asegurar su protección. Se configura, pues, la patria potestad bajo una concepción ya no paternalista, sino protectora del menor, donde adquiere prioridad el asegurar precisamente su bienestar, y, protección y donde, asimismo, se pretende garantizar el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales (ALONSO PÉREZ, 1997, pág. 24; JIMÉNEZ LINARES, 2000, pág. 877)²².

En la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 la cuestión del interés del menor se plantea desde la disyuntiva de atribuir la guarda y custodia de la menor Águeda, a su madre, o a quien no es su padre biológico, pero que se ha venido comportando como tal, no solo antes de impugnar la paternidad matrimonial respecto de ella, sino también después. Lo cierto es que, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 4 de marzo de 2011, teniendo en cuenta el interés de la menor Águeda, opta por poner fin a la relación con quien creía ser su progenitor y que anteriormente se había comportado como tal argumentando al respecto que, se considera conveniente «poner punto y final a tal situación, por dramática y penosa que sea, antes que perseguir una ficción absoluta, máxime ante la propia impugnación por el recurrente de tal filiación». Sin embargo, el Tribunal Supremo en la valoración, asimismo, del

interés de la menor Águeda advierte que «estamos en un contexto difícil en razón a los conflictos generados sin solución de continuidad por sus progenitores, no permite especular sobre situaciones inciertas de futuro ni menos aun poner en su vista fin a unas relaciones que se han mantenido entre el padre no biológico y la menor Águeda, por muy «dramática y penosa» que estas sean, ya que en ningún caso la protección que resulta de la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la condición de padre a quien no es su progenitor, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valoriza pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares, que existieron entre ambos mediante la negación de cualquier contacto en la confianza que la nueva situación será más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente. Ciertamente ya conoce este extremo, como se dice en la sentencia que determinó un régimen de visitas respecto de su padre biológico, pero con evidentes reticencias y miedos de la misma a conocer a su nueva figura paterna». Y continúa manifestando que «el interés superior real y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (STS de 13 de junio de 2011 (RJ 2011/4526), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica, simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad de la vida familiar, y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva, que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña puesto que protege todos los intereses en juego, incluso los del padre biológico, que no es parte en el procedimiento, si es que finalmente se consolida la existencia de unos vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente adoptados por el padre biológico y su hija para merecer el consiguiente amparo que se le reconoce en derecho, lo que la Sala desconoce en estos momentos». En este contexto, el Alto Tribunal toma en consideración diversos factores a la hora de atribuir la guarda y custodia de la menor, Águeda, a su padre no biológico como son: 1. La necesidad de proteger el interés de la menor; 2. Los impedimentos e incumplimientos llevados a cabo por la madre —doña Encarnación— del régimen de visitas del padre D. Julián respecto de su hija biológica Olga; 3. La inestabilidad emocional de la madre y el hecho de que no se encuentre psicológicamente en condiciones para asumir la guarda; 4. Asimismo, esta ha primado sus propios intereses sobre el de sus hijas —Olga y Águeda—, al extremo que como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, el régimen inicial establecido en la sentencia que es objeto de recurso, ha tenido que ser modificado provisionalmente en trámite de ejecución, para atribuirla al padre, respecto de Olga, con la finalidad de evitarle los perjuicios derivados de la custodia llevada a cabo por la madre que no acepta que la menor se relacione con su padre «priorizando, una vez más, sus intereses particulares sobre el interés y bienestar de su hija»; 5. La conveniencia de no separar a las dos hermanas, que han permanecido siempre unidas tanto bajo la guarda y custodia de la madre como de don Julián; 6. Asimismo, la conveniencia de no alterar su vida y el entorno en que las dos menores que, han permanecido durante un periodo de tiempo largo con don Julián; 7. También se valoran los vínculos afectivos entre don Julián y la menor, Águeda, a pesar de no ser aquél su padre biológico; y, además, el hecho de ser, Águeda, hermana de los dos hijos comunes de don Julián con su madre; 8. La aptitud diligente de aquel

para ocuparse de las dos menores y el entorno familiar estable que, les ofrece la familia formada con su nueva esposa; y, 9. El daño que la madre causa a sus hijas al tratar de eliminar de su vida la figura paterna «dando primacía a su odio».

La ponderación de todos estos factores, permiten que las medidas que se adopten se adecuen en todo momento a las circunstancias concurrentes y al interés superior del menor, por ser el más necesitado de protección, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 752.1 de la LEC cuando establece que la decisión sobre las medidas en relación con los hijos menores se tomará teniendo en cuenta los hechos «que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieran sido alegados e introducidos de otra manera en el procedimiento»; de ahí que, el Tribunal Supremo, a pesar de no ser don Julián, padre biológico de la menor Águeda, le atribuya su guarda y custodia en la forma en que resolvió la sentencia del Juzgado del Primera Instancia, aplicando lo dispuesto en los artículos 103.1 párrafo 2 y 158 del Código Civil y artículo 11.2 de la Ley Orgánica 17/1996, y ello precisamente por el interés público que informa en estos procedimiento con relación a los hijos menores de edad, conforme a la normativa citada, aunque excedan de las relaciones paterno-filiales. Además se señala que, ningún problema plantea con relación a la patria potestad y en la interpretación del artículo 92 del Código Civil, pues, se puede instaurar este régimen intermedio y extraordinario que, permita atender a la protección del interés de la menor Águeda, pero también el de su hermana Olga, que han convivido juntas desde el nacimiento de la primera. Con ello se dota a la menor de un entorno familiar favorable frente a la falta de idoneidad de la madre y del que esta pueda proporcionar. Y, asimismo, se recuerda que esta medida puede ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias, que permitan otra distinta que, conjugue todos los intereses en juego.

En cuanto a los otros principios citados, el principio de igualdad parental supone que, ambos progenitores tienen iguales labores de guarda, custodia y cuidado de los hijos habidos en común. Mientras que, el principio de coparentalidad-corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad significa que, ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que, tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad, por tanto, es un derecho de los hijos, independientemente que, sus padres convivan o no. Se trata de procurar que los hijos conserven una relación fluida con ambos progenitores.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA

Antes de presentar la demanda matrimonial de separación o divorcio, cualquiera de los cónyuges puede optar por presentar una solicitud de medidas provisionales previas en relación con los hijos, la vivienda familiar y el régimen económico matrimonial (art. 104 CC). Asimismo, derivadas de la interposición de la demanda de separación o divorcio (art. 773 LEC) o simultáneas a la misma (art. 770.6 LEC) pueden presentarse las denominadas medidas provisionales que constituyen el elenco de disposiciones destinadas a regular, mientras dure la tramitación del procedimiento, los intereses personales y patrimoniales de los cónyuges (art. 103 CC).

En cuanto a las medidas provisionales previas o provisionalísimas que, tienen su correlato en el artículo 771 LEC, hay que destacar que: 1. No es preciso para

su solicitud la intervención de abogado y procurador, pero sí será necesario dicha intervención para los actos posteriores de comparecencia y diligencias (art. 771.1 LEC); 2. Por razón de urgencia, en el auto de admisión se pueden adoptar medidas *in auditá parte*; 3. El Secretario Judicial deberá citar a los cónyuges y en caso de existir hijos menores al Ministerio Fiscal a una comparecencia donde después de efectuar las alegaciones oportunas, se practicará la prueba que se proponga por las partes y se consideres oportuna, además de las que el tribunal considere necesarias de oficio; 4. Se citará a una comparecencia a celebrar dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, 5. El Secretario Judicial dará cuenta de la citación a la comparecencia en el mismo día al tribunal. Este podrá acordar de inmediato los efectos del artículo 102 del Código Civil, si la urgencia del caso lo requiere. Además puede acordar lo procedente en relación con la guarda y custodia de los hijos y el uso de la vivienda familiar. Esta resolución no es susceptible de recurso; 6. Si no hay acuerdo entre los cónyuges en el acto de comparecencia, o bien no se aprueba lo acordado por los cónyuges, se puede practicar prueba que no resulte inútil, oído en su caso el Ministerio Fiscal; 7. La falta de asistencia sin causa justificada de uno de los cónyuges, podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial (art. 771.3.2 LEC); y, 8. Finalizada la comparecencia o el acto sin comparecencia de la otra parte, el juez dictará auto irrecusable sobre las medidas a tomar. Ello debe efectuarse en el plazo de tres días (PÉREZ MARTÍN, 2010, 212-213)²³. Ahora bien, teniendo en cuenta la legislación procesal anterior que, exigía el requisito de urgencia para la adopción de medidas previas, se cuestiona si actualmente los cónyuges tienen plena libertad para solicitar las medidas previas, o sigue exigiéndose una causa justificada de urgencia para la adopción de las medidas. El criterio mayoritario en la práctica judicial es que, si ya en el artículo 771 LEC se regula la situación de urgencia, no puede ser otra la conclusión que, la obligatoriedad por parte del tribunal de admitir todas las peticiones de medidas previas que, se presenten, sin que tenga que valorar si existe o no urgencia para su adopción (PÉREZ MARTÍN, 2010, 213; DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, 1090)²⁴. Por otra parte, como hemos señalado, el citado artículo 771 LEC contempla la posibilidad que, si la urgencia del caso, lo aconseja, el órgano judicial acuerde los efectos del artículo 102 del Código Civil, y las medidas relativas a los hijos y el uso de la vivienda y el ajuar familiar *in auditá parte*, lo que confirma que, el tribunal debe conceder estas medidas provisionalísimas, aun cuando no haya quedado debidamente acreditado el carácter urgente de las mismas, procediendo a la citación inmediata de ambas partes a la comparecencia oral como trámite obligado del procedimiento (art. 771.3 y 4 LEC)²⁵. En este contexto, otra cuestión que se puede plantear, es si después de haberse dictado la sentencia de separación, el cónyuge que pretende interponer una demanda de divorcio o nulidad matrimonial puede presentar una solicitud para la adopción de medidas provisionales previas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por la tesis que, cuando hay medidas definitivas vigentes, no cabe la posibilidad de presentar medidas previas (PÉREZ MARTÍN, 2010, pág. 213; LÓPEZ DE LA CRUZ, 2011, pág. 562)²⁶. Una vez dictado el auto de medidas provisionales previas, se exige para la vigencia de las mismas que, se presente demanda de separación o de divorcio o nulidad matrimonial «dentro del plazo de treinta días a contar desde que fueron inicialmente adoptadas». Respecto del cómputo del plazo, surge cierta controversia entre lo dispuesto en el artículo 104 del Código Civil y artículo 133 LEC, relativo a la cuestión de si el plazo de treinta días comienza a transcurrir desde

la fecha del auto de medidas previas o desde la fecha en que estas se notifican a las partes. La posición mayoritaria en la doctrina entiende que ha de ser desde la fecha en que se notifique a las partes, ya que la notificación tardía del auto de medidas provisionales previas en la práctica limita el plazo de que disponen las partes para interponer la demanda (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, págs. 1090-1091)²⁷. En todo caso, la existencia de medidas provisionales previas impide la solicitud posterior de medidas provisionales (art. 773 LEC), pues, si dentro del plazo de treinta días se activa el proceso judicial de separación o divorcio, tales medidas se mantendrán hasta que sean sustituidas por las definitivas²⁸. Por lo que, para su subsistencia no se requiere de conformidad expresa por parte del órgano que conozca del proceso principal. Asimismo, se admite que tales medidas sean pactadas de mutuo acuerdo entre los cónyuges, aunque tal acuerdo quede sometido a posterior aprobación judicial (art. 771.3 LEC). De no presentarse demanda de separación, nulidad o divorcio en el plazo de treinta días, dejan de ser eficaces tales medidas, volviéndose a la situación anterior (art. 104 CC; y art. 771.5 LEC).

Por lo que respecta a las medidas provisionales, el legislador prioriza el acuerdo de los cónyuges sobre la materia, si bien tal acuerdo debe ser aprobado por el órgano judicial a fin de proteger los intereses del cónyuge que se encuentre en situación más vulnerable y, en su caso, los hijos menores de edad. Este acuerdo difiere del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil, cuyo contenido es más amplio, pues, afecta a cuestiones, que en principio quedarían al margen de las medidas provisionales, como la liquidación del régimen económico matrimonial o la pensión compensatoria. A falta de acuerdo entre los cónyuges o cuando no ha sido aprobado judicialmente, será el juez quien, oídas las partes, adopte las medidas oportunas en el marco de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil: guarda y custodia de hijos, derecho de visita, uso de vivienda y de los bienes y objetos de ajuar familiar; contribución a las cargas del matrimonio; administración y distribución de bienes. En todo caso, estamos ante un supuesto de justicia rogada, pues, solo es admisible su tramitación, cuando las medidas hayan sido solicitadas en la demanda o en la contestación a la demanda (art. 750 LEC). Las medidas provisionales deben ser solicitadas por el cónyuge que solicita la nulidad, separación o divorcio, de manera unilateral o de acuerdo con el otro cónyuge (art. 773.1 LEC). También puede solicitarlas el cónyuge demandado en su contestación a la demanda (art. 773.4 LEC), cuando no hubieran sido pedidas en la demanda y siempre que tales medidas no hayan sido adoptadas con carácter previo (art. 771 y 773.4 LEC), pues entonces, se incorporan a los autos o se complementarán o se modificarán al ser admitida la demanda (art. 772 LEC). Lo cierto es que, se pueden pedir medidas provisionales con efecto desde la admisión de la demanda, cuando no se hubieran adoptado las medidas previas (art. 773.1 LEC), sino también cuando aquellas hubieran caducado por el transcurso del plazo de treinta días contado desde su adopción, sin que se hubiera interpuesto demanda por quien las haya instado (art. 104.2 CC y art. 771.5 LEC). En este contexto, también las parejas de hecho que pretendan la adopción de medidas relacionadas con sus hijos menores de edad, fundamentalmente, las relativas a la guarda y custodia y alimentos, se encuentran, asimismo, legitimadas para solicitar tales medidas provisionales (art. 748.4 LEC). Asimismo, se admite la solicitud de medidas provisionales en los procedimientos de eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato no consumado (art. 778 LEC); y al instar la modificación de medidas definitivas de la sentencia, pues, el artículo 775.3 LEC admite que las partes pidan en la demanda o la contestación de la demanda, la modificación

provisional de las medidas definitivas concedidas en pleito anterior, tramitándose conforme a las previsiones del artículo 773 LEC.

Admitida la demanda, el órgano judicial convocará a las partes y si procede al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que se sustanciará siguiendo los trámites previstos para las medidas provisionales previas (art. 773.3 LEC que remite al art. 771 LEC). Oídas las partes y practicadas, si proceden, las pruebas, el juez resolverá mediante auto contra el que no cabe recurso alguno, y fijará en la sentencia de nulidad, separación o divorcio las medidas definitivas²⁹.

Sobre tales bases, nuestro Código Civil prevé la atribución de la guarda y custodia de menores a personas distintas de los progenitores en sede de medidas provisionales en los procesos de nulidad, separación y divorcio, si así lo exige el interés del menor, tal como establece el artículo 103. Pese al tenor literal de la norma citada, la doctrina y jurisprudencia, no obstante, entiende que esta medida se puede adoptar también en la propia sentencia de nulidad, separación o divorcio ya con el carácter de medida definitiva (COLÁS ESCANDÓN, 2005, pág. 177; RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, pág. 930)³⁰. Asimismo, se ha planteado la posibilidad que las partes establezcan en convenio regulador que la guarda y custodia sea desempeñada por un tercero, llegando a la conclusión de que la interpretación conjunta de los artículos 90 y 103.1 del Código Civil permiten afirmar que, los padres disponen precisamente de tal facultad (GARCÍA PASTOR, 1997, pág. 102)³¹.

Por otra parte, no es preciso que esta medida se adopte en un proceso matrimonial con base en el artículo 103.1 párrafo 2 del Código Civil, pues, nada impide que pueda ser dictada en situaciones ajenas a las crisis matrimoniales, dado que su fin es la protección del interés del menor. Su fundamento se halla en las facultades concedidas a los jueces en el artículo 158.1.4 del Código Civil que establece que, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, podrá dictarlas disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Estas medidas que establece el citado precepto en sus números 1 y 3, pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal, o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 177, 178 y 184; LETE ACHIRICA, 2001, pág. 1195)³².

En este contexto, aunque el régimen procesal de las medidas provisionales es aplicable tanto al régimen del Código Civil como al del Derecho civil catalán y al Derecho aragonés, lo cierto es que, el Código Civil de Cataluña en su artículo 233.1.1 que, resulta más explícito que el artículo 103 del Código Civil, señala, a los efectos que, a nuestro estudio interesa que, el cónyuge que pretenda demandar o demanda la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio y el cónyuge demandado al contestar la demanda, puede solicitar a la autoridad judicial que adopte, como medidas provisionales «la determinación de la forma en que los hijos deben convivir con los padres y deben relacionarse con aquel de ambos con quien no están conviviendo. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede encomendar la guarda de los hijos a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas, o en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la patria potestad». En cuanto al Código Civil Foral Aragonés contiene en el artículo 84 una norma de remisión que, permite adoptar como medidas provisionales: la guarda y custodia (art. 79); la atribución de la vivienda (art. 81), los gastos de asistencia de los hijos (art. 82); y la asignación compensatoria al progenitor a quien la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico (art. 83). Asimismo, se establecen unas medidas judiciales que, son aquellas que el juez debe tomar, en defecto de pacto, de oficio o a instancia de los hijos menores, de cualquier pariente o persona

interesada o del Ministerio Fiscal, dirigidas a determinar las reglas que deben regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia (art. 79). Se trata de reglas que afectan a los hijos y son las siguientes: a) Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas; b) Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas; y, c) Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia. Para ello, el juez podrá tomar las medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas; en todo caso, su incumplimiento grave o reiterado podrá dar lugar a su modificación o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial. No obstante, estas medidas pueden ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes.

IV. LA EXCEPCIONALIDAD Y PROVISIONALIDAD DE LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO

El «deber de asistencia» de todo orden que el artículo 39.3 de la Constitución española impone a los padres respecto de sus hijos menores de edad, se concreta en una serie de funciones que enumera el artículo 154 del Código Civil al determinar el contenido de la patria potestad: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral. Tras el cese de la convivencia conyugal, todas estas funciones permanecen inalterables, menos una consistente «en tener a los hijos en su compañía» —a pesar de tener los padres la titularidad conjunta— que, se desgaja del contenido de la patria potestad, pudiendo corresponder la guarda y custodia de los hijos menores de edad a uno de los progenitores (art. 159 CC). Ahora bien, si en el proceso de nulidad, separación o divorcio se revela que, concurre causa para privar a uno de los progenitores de la patria potestad y existe petición expresa de parte —en el suplico de la demanda o de la contestación-reconvenCIÓN, o se hace valer por el Ministerio Fiscal que siempre interviene según establece el artículo 749.2 LEC—, la sentencia puede acordar la privación de la patria potestad (arts. 92.3 y 170.1 CC) (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 940; GUILARTE MARTÍN CALERO, 2005, pág. 138)³³. Si son los dos padres los privados de la patria potestad, habrá que nombrar un tutor. En todo caso, la privación de la patria potestad debe ser adoptada con suma cautela y siempre ante supuestos claros y graves de incumplimiento de los deberes inherentes a ella, bien por la intensidad del peligro o ataque que la conducta paterna supone para los intereses de los hijos, bien por su reiteración o duración en el tiempo (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 940)³⁴. Además, en los supuestos en que puede concurrir causa para la privación, la decisión siempre queda condicionada a que sea beneficiosa para el menor. Así, salvo los casos de privación, lo conveniente es el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, esto es, de no ser separado de sus padres, y el cumplimiento por estos del derecho-función que implica la patria potestad representado en «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral» (art. 154 CC)³⁵.

En este contexto, la atribución de la guarda y custodia a una persona distinta de los progenitores, tiene carácter excepcional en cuanto supone una limitación en el ejercicio de la patria potestad y solo puede hallarse su fundamento en la protección superior del interés del menor (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 178 y

184)³⁶. Por lo que no son antecedentes necesarios para la atribución de la custodia de menores a persona distintas de los padres, la privación de la patria potestad, la declaración de desamparo o la constitución de la tutela a favor de los abuelos (LETE ACHIRICA, 2001, 1191)³⁷. En todo caso, es necesario que concurran motivos de trascendencia que, deben ser apreciados por el juez en función de las circunstancias del caso, teniendo presente que esta medida supone una alteración de la situación ordinaria de compañía y cuidado de los hijos por parte de los padres inherentes a la patria potestad (art. 154 CC), y que incide en los propios derechos y facultades de los padres respecto de los hijos, puesto que independientemente que la patria potestad se configure como una función a la que se anudan derechos y facultades, no hay duda que el interés de un padre de tener consigo a su hijo, es un interés digno de tutela y protección como manifestación directa del derecho a fundar una familia universalmente reconocido (art. 16.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; y, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos)³⁸. En cuanto a los posibles criterios para la atribución de la guarda y custodia a un tercero se suele señalar por la doctrina y jurisprudencia la desatención o abandono del menor, la ausencia de los progenitores, los malos tratos, la drogodependencia de los progenitores, el ingreso en prisión³⁹, o el peligro de que el progenitor cometa contra su hijo el mismo delito del que está penalmente acusado (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 186-191; CALLEJO RODRÍGUEZ, 2014, págs. 295-296)⁴⁰. En general, se opera sobre los supuestos de incumplimiento graves y reiterados por los progenitores de los deberes derivados de la patria potestad, o, la falta de condiciones para asumir la guarda y custodia de los menores⁴¹. Ahora bien, además de tales criterios que pueden ayudar, para atendidas las circunstancias que concurren en el caso concreto, atribuir la custodia y cuidado del menor a una tercera persona, hay que añadir, asimismo, la idoneidad del tercero para asumirla y la prestación de su consentimiento (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 1995-1996)⁴².

En cualquier caso, el hecho de que la atribución de la guarda y custodia por un tercero se determine en un proceso de fijación de medidas definitivas o en un proceso de modificación de medidas, no significa que esta medida excepcional tenga carácter definitivo, sino que tiene carácter provisional, temporal y por ello se mantendrá mientras subsistan las circunstancias que determinaron su adopción⁴³.

En todo caso, si hay privación de la patria potestad y se atribuye la guarda y custodia a un tercero, esta puede implicar la asunción de funciones tutelares plenas (GARCÍA PASTOR, 1997, 104-105)⁴⁴.

V. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A PERSONAS DISTINTAS DE LOS PROGENITORES

En la mayoría de los supuestos se opta por atribuir la guarda y custodia de los menores a los abuelos de manera prioritaria frente a otros parientes; y desde luego anteponiendo la atribución a una institución pública (COLÁS ESCANDÓN, 2005, 196; MOLINER NAVARRO, 2011, págs. 1665, 1666 y 1677)⁴⁵. De todas formas, es también posible encomendar la guarda y custodia del menor a otros parientes o incluso a quienes no teniendo vínculo de parentesco representan una situación beneficiosa para el menor⁴⁶. A falta de abuelos, parientes u otras personas a la que se pueda atribuir la guarda y custodia del menor, esta corresponde a la institución pública a la que se encomienda la protección de menores y la posibilidad de su acogimiento⁴⁷. En todo caso, el criterio prioritario para determinar a

quién se atribuye la guarda y custodia es el interés superior del menor⁴⁸; además puede ser factor determinante el propio deseo del menor⁴⁹; y, en fin, al igual que sucede con la atribución de la guarda y custodia a los progenitores, también en este caso se ha de procurar no separar a los hermanos⁵⁰.

Ahora bien, es posible atribuir la tutela del menor o menores a los abuelos, sin perjuicio que, en este caso, como el anterior se opte por mantener un derecho de comunicación con los progenitores, si así lo aconseja el interés del menor⁵¹, o que se prevea un acogimiento por parte de los abuelos, previa declaración de desamparo; o que la guarda y custodia se atribuya a uno o a los dos progenitores de forma compartida y se establezca un derecho de visita a favor de los abuelos de conformidad con lo establecido en el artículo 160 párrafo segundo del Código Civil, salvo que exista justa causa que lo impida⁵². De forma que, al igual que se establece en el convenio regulador un régimen de visitas para el progenitor que no haya de convivir con los hijos, debe establecerse también un régimen de visitas a favor de los abuelos respecto de sus nietos para salvaguardar la relación personal existente. Así en el convenio regulador de separación o divorcio se puede incluir la correspondiente mención al régimen de visitas, estancia y comunicaciones de los menores con sus abuelos, teniendo en cuenta el interés superior de aquellos. En el caso que el convenio contenga esta referencia a las relaciones abuelos-nietos, el juez podrá aprobarlo —y consecuentemente hacerlo exigible por la vía de apremio— previa audiencia de los abuelos, que habrán de prestar su consentimiento (art. 90 antepenúltimo párrafo). Si no llegan a acuerdos en relación con la materia en convenio regulador, a través de un procedimiento iniciado por los abuelos, el juez fijará el régimen de visitas, atendiendo el interés del menor (art. 94.2 CC que permite al juez pronunciarse en relación con un hipotético régimen de visitas de los abuelos con sus nietos, concretando la extensión, forma y modo de llevarlo a cabo, y teniendo siempre presente el interés del menor). Finalmente, además, de la posibilidad de atribuir la guarda y custodia a un tercero, se ha optado en alguna ocasión, sin embargo, por atribuir a ese tercero la guarda de hecho⁵³.

VI. ALCANCE DE LA GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO

El artículo 103 del Código Civil establece que los hijos podrán ser encomendados a terceros diferentes de los padres «confiriéndoles funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez». De forma que, como hemos reiterado a lo largo de este estudio, la atribución de la guarda y custodia a un tercero no supone necesariamente la privación de la patria potestad de los padres, ni que la titularidad de la misma corresponda a aquel, pues, la patria potestad sigue correspondiendo a los progenitores, sin que se puede hablar de una titularidad compartida entre estos y los terceros —por ejemplo, abuelos, tíos—.

En este contexto, la doctrina a la hora de concretar el contenido de la guarda y custodia atribuida a un tercero, distingue entre dos posibilidades: 1. Conservan los padres la titularidad de la patria potestad y se atribuye solo el ejercicio de la custodia ordinaria al tercero, por lo que los menores conviven únicamente en el domicilio de este, ejerciendo tal tercero la responsabilidad de su guarda⁵⁴. Al respecto, los progenitores siguen siendo los representantes legales de sus hijos menores de edad (art. 162 CC), y, asimismo, los administradores de sus bienes (art. 164 CC). Por lo que, solo estos podrán decidir sobre el centro escolar, el especialista que debe atender al menor de una determinada dolencia, el deber

de alimentarlos, si tienen medios económicos, si no disponen de ello, en virtud del artículo 144 del Código Civil, los obligados como alimentistas son los ascendientes de grado más próximo, esto es, los abuelos⁵⁵. También están legitimados para realizar actos de disposición de bienes de sus hijos menores que, excedan de actuaciones ordinarias de escasa trascendencia económica⁵⁶. Por su parte, los terceros quedan facultados para tomar decisiones más secundarias, que afectan a la vida ordinaria de los menores (GARCÍA PASTOR, 1997, págs. 104 y 107; LETE ACHIRICA, 2001, pág. 1193; MOLINER NAVARRO, 2011, pág. 1677)⁵⁷. No obstante, en este supuesto de encontrarse el tercero que tiene atribuida la guarda y custodia del menor ante situaciones de urgencia sobre la base de la aplicación analógica del artículo 156 párrafo primero *in fine* del Código Civil, la decisión podrá ser tomada por el tercero, atendiendo a las circunstancias de gravedad y urgencia que concurren (COLÁS ESCANDÓN, 2005, 201)⁵⁸. Y, 2. Los terceros asumen las funciones tutelares de los menores, desarrollando al respecto funciones propias de la patria potestad —velar por ellos, educarles, formarles, convivir con ellos y, representando y administrando sus bienes— (MOLINER NAVARRO, 2011, págs. 1679-1680)⁵⁹. Tal atribución tendrá en todo caso lugar ante el fallecimiento de los padres, o cuando estos queden privados de la patria potestad (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 952)⁶⁰.

En este contexto, a fin de delimitar frente a terceros, si existen o no limitaciones en la actuación de los padres o terceros y en aras de una labor preventiva de futuros conflictos, sería oportuno que la autoridad judicial determinase con claridad el ámbito de facultades que corresponde a terceros. Si bien, solo en determinados casos y de manera muy excepcional se puede apartar a los padres de toda decisión de trascendencia en la vida del menor, traspasando esa facultad a los abuelos u otros parientes.

Por otra parte, de ser atribuida la custodia a varios parientes —por ejemplo, abuelos maternos y paternos— las decisiones referentes a su nieto, se deberían regir por las reglas de los artículos 237 y 237 bis del Código Civil relativas al régimen de funcionamiento de la tutela colectiva (COLÁS ESCANDÓN, 2005, pág. 195)⁶¹. Asimismo, en caso de conflicto entre quienes tienen la titularidad de la patria potestad y los terceros —abuelos u otros parientes— a los que se otorga la guarda y custodia del menor, se podrá acudir al juez para resolver el conflicto. Igualmente, los terceros están legitimados para pedir la ejecución de la sentencia de separación o divorcio que les atribuye la guarda y custodia de la menor, aun cuando no fueran parte en el proceso matrimonial, siempre que los progenitores se negasen a entregar al menor a aquellos (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 952)⁶².

Finalmente, las funciones que se atribuyen a terceros, deberán llevarse a cabo «bajo la autoridad del juez». Por lo tanto, corresponde al Juez controlar la actuación de los terceros y su responsabilidad en la guarda y custodia del menor. Ahora bien, dicha facultad de control podrá incluir una rendición periódica de cuentas en el aspecto económico o de la gestión y administración de su patrimonio, si eventualmente esta hubiera tenido lugar (MOLINER NAVARRO, 2011, pág. 1680)⁶³.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014): «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo, págs. 290-302.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2005): *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)*, Navarra: Thomson Aranzadi.

- DE TORRES PEREA, J. M. (2009): *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013): «Comentario a los artículos 93, 103 y 104 del Código Civil», En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 936-954 y 1088-1102.
- GARCÍA PASTOR, M. (1997): *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill.
- JIMÉNEZ LINARES, M.^a J. (2000): «El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, págs. 869-897.
- LETE ACHIRICA, J. (2001): «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuges separados o divorciados (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 (AC 764/2001))», *Actualidad Civil*, vol. I, págs. 1187-1197.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2011): «Comentarios a los artículos 103 y 104 del Código Civil». En: A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (directores), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, págs. 555-562.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009): «Comentarios a los artículos 92 y 103-104 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, págs. 211-214 y 230-233.
- MOLINER NAVARRO, R. (2011): «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente». En: Fco. de P. BLASCO GASCÓ; M. E. CLEMENTE MEORO; Fco. J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTODA, y, R. VERDERA SERVER (coordinadores), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1661-1681.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010): «Comentarios a los artículos 103 y 104 del Código Civil». En: A. DOMÍNGUEZ LUELMO (director), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, págs. 209-213.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2007): *El interés del menor*, 2^a ed., Madrid: Dykinson.
- TAMAYO HAYA, S. (2008): «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, octubre-diciembre, págs. 35-79.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de junio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, sección 1.^a, 13 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de octubre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, sección 1.^a, 20 de noviembre de 2013.
- SAP, Vizcaya, secc. 1.^a, 30 de abril de 1997.
- SAP, Navarra, secc. 1.^a, 22 de septiembre de 1998.
- SAP, Zamora, secc. única, 2 de diciembre de 1999.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 21 de marzo de 2000.
- SAP, Islas Baleares, secc. 4.^a, 30 de junio de 2000.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 4 de enero de 2001.
- SAP, Asturias, secc. 1.^a, 11 de abril de 2001.

- SAP, Salamanca, 18 de marzo de 2001.
- SAP, Madrid, secc. 22.^a, 14 de mayo de 2002.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, 13 de enero de 2002.
- SAP Guadalajara, secc. Única, 19 de febrero de 2003.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 27 de enero de 2005.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 28 de febrero de 2006.
- SAP, Lugo, secc. 1.^a, 14 de marzo de 2007.
- SAP, Asturias, secc. 6.^a, 17 de septiembre de 2007.
- SAP, Zaragoza, secc. 2.^a, 22 de julio de 2008.
- SAP, Albacete, secc. 1.^a, 13 de noviembre de 2009.
- SAP, Madrid, secc. 24.^a, 3 de marzo de 2010.
- SAP, Murcia, secc. 4.^a, 16 de septiembre de 2010.
- AAP, Madrid, secc. 24.^a, 28 de septiembre de 2011.
- SAP, A Coruña, secc. 6.^a, 25 de junio de 2013.
- SAP, Valencia, secc. 10.^a, 2 de octubre de 2013.

NOTAS:

¹ PÉREZ ÁLVAREZ M. Á. (2008). «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 2^a ed., Madrid: Colex, pág. 352 quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (La Ley 44425-JF/0000); de 25 de junio de 1994 (La Ley 13968/1994); y, de 31 de diciembre de 1996 (La Ley 508/1997); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232) que, la conceptúa como «el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de los deberes que les alcanzan en orden al sostenimiento y educación de estos. Solo los padres pueden ser titulares de la patria potestad, siendo intransferible e imprescriptible»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 16 de octubre de 2007 (La Ley 219823/2007); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5^a, de 1 de septiembre de 2008 (La Ley 196431/2008).

² MARTÍN MORÓN M.^a T. (1989). voz «Patria potestad», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIX, Barcelona, 1989, págs. 130-131; CASTÁN TOBEÑAS J. M.^a (1982). «Comentario al artículo 154 del Código Civil». En: M. ALBALADEJO GARCÍA (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.^o, 2.^a ed., Madrid: Edersa, págs. 109-111; ALONSO PÉREZ M. (1997). «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, núm. 2, semana del 6 al 12 de enero, págs. 22-24. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (La Ley 12499-JF/0000).

³ CASTILLO MARTÍNEZ C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2^a ed., Madrid: La Ley, pág. 83 manifiesta que, la titularidad de la patria potestad puede definirse «con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función que, en relación con los hijos menores no emancipados —o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada—, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinada la filiación, salvo cuando esta “haya sido judicialmente determinada contra su oposición” (art. 111.2.^o CC), o aquel «haya sido condenado a causa de relaciones que obedezcan a la generación, según sentencia penal firme (art. 111.1.^o CC)»; diversamente considera que el ejercicio de la patria potestad «implica en esencia la atribución de la guarda y custodia del menor, lo que se traduce en la práctica realización de los deberes inherentes a la potestad paterna. Por ello, es regulable y posee, por propia definición, un

carácter dinámico». Por su parte, GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill, págs. 162-163, señala que, en términos generales, el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad, lo que supondría «que el progenitor al que le es otorgado el ejercicio de la patria potestad puede desarrollar todas las facultades que integran la misma y hasta entonces corresponde a ambos progenitores», y que el «no ejerciente solo conserva de forma latente estos mismos poderes, aparte de aquellas facultades o derechos mínimos que expresamente le concede la Ley (por regla general el derecho de visita y a veces también un derecho de vigilancia)»; si bien, añade que «en España para el legislador de 1981 (que fue el que introdujo la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad) no absorbe toda la vertiente activa de la misma, pues, en todos los artículos que a él se refieren, se distingue, directa o indirectamente, del cuidado de los hijos, figura que sin duda es una parte, y muy importante, de la vertiente activa de la patria potestad».

⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009). «Comentario al artículo 92 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pág. 213.

⁵ RJ 2013/7824. Se plantea la determinación de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Olga, adoptada por los litigantes en el año 2001, así como de la menor Águeda, nacida en 2002, cuya filiación paterna, fue impugnada por quien ahora recurre, don Julián, en el año 2005 y determinada a favor de don Cirilo en el año 2006, existiendo entre las partes otro hijo común, mayor de edad, puesto que aun no siendo D. Julián padre biológico, si lo es para la menor, considerándose ambas hermanas de doble vínculo. Lo cierto es que, ambas menores Olga y Águeda permanecen largo tiempo con D. Julián, debido especialmente a la resolución dictada en el proceso penal contra la madre, en la que se acuerda asignar provisionalmente la guarda y custodia de los menores al Sr. Julián, con la medida cautelar de prohibir a su madre, aproximarse o comunicarse con sus dos hijas. Además también en el auto de 30 de enero de 2008 dictada en trámite de medidas provisionales dimanantes de este litigio, se atribuyó la guarda y custodia de las menores a don Julián, disponiendo de las facultades tutelares plenas sobre la menor Águeda, cuyos intereses se autoriza a defender en todo tipo de procesos. La sentencia de divorcio de mutuo acuerdo se dictó en el Juzgado de Las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 14 de marzo de 2003, parcialmente modificada por la sentencia de 24 de noviembre de 2005 dictada en el procedimiento de modificación de medidas núm. 903/2004. Don Julián interpone demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio contra doña Encarnación solicitando: 1. Que la menor, hija del matrimonio, Olga, quede bajo la guarda y custodia del padre don Julián; 2. Que la menor Águeda quede bajo la guarda de don Julián, confiriéndole las funciones tutelares de la misma, que ejercería bajo la autoridad judicial; 3. Que el régimen de visitas de doña Encarnación para con sus hijas menores quede en suspenso hasta tanto en cuanto no concluya el procedimiento penal iniciado por las Diligencias Previas número 3508/2006, del Juzgado de Instrucción número 7 de esta Ciudad. Y una vez concluido el mismo en ejecución de sentencia, previo informe psicológico a emitir por los Servicios Psicosociales adscritos al Juzgado, se acordara el régimen de visitas que proceda, 4. Que en concepto de alimentos de sus hijas menores, Olga y Águeda, Doña Encarnación abone a don Julián la cantidad de seiscientos euros (600 euros), a razón de trescientos euros por cada una de las menores dentro de los siete primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que se determinará. Dicha cantidad se actualizará anualmente, de conformidad con el IPC que facilite el Instituto Nacional de Estadística u organismo público que lo sustituya para la provincia de Las Palmas; 5. Que, en consecuencia, quede sin efecto la obligación a cargo del actor de la prestación de alimentos para las menores, al tener las mismas bajo su custodia desde el pasado mes de junio de 2007.

Doña Encarnación contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que, considera de aplicación y termina suplicando al Juzgado que dicte en su día sentencia declarando no haber lugar a los pedimentos de la demanda con la adopción de las siguientes medidas: 1. Que se conceda a la madre la guarda y custodia de su hija biológica Águeda, no fijándose régimen de visitas alguno a favor de don Julián al no existir relación filial entre ambos; 2. Que se conceda a la madre la guarda y custodia de su hija

Olga, dejando en suspenso el régimen de visitas a favor del padre hasta que termine el procedimiento penal dirigido contra él, y en todo caso, hasta que se acredite, en ejecución de sentencia, su capacidad para asumir las obligaciones que ello conlleva; 3. Que se fije la cantidad de 1167 euros mensuales que el demandante debe abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija a abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente en que viene realizando los pagos. Dicha cantidad será revisada anualmente de conformidad a las variaciones que experimenta el IPC.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de enero de 2010, al amparo de los artículos 92, 103.º II y 158 del Código Civil, así como de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor acordó: 1. Atribuir la guarda y custodia de la menor, Olga, a su padre don Julián, quien ejercerá de manera exclusiva la patria potestad sobre la misma; 2. Atribuir la guarda y custodia de la menor Águeda a don Julián, por las especiales relaciones que ha tenido con este con su madre, quien dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma. Podrá actuar en toda clase de procedimientos de defensa de sus derechos e intereses y deberá contar con autorización judicial para los demás supuestos contemplados en el artículo 271 del Código Civil; 3. El régimen de visitas de doña Encarnación con sus dos hijas menores, Águeda y Olga, será el señalado en el Fundamento de Derecho décimo. Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de doña Encarnación, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 3.º, de 4 de marzo de 2011 revoca la del Juzgado y en su lugar acuerda: 1. La guarda y custodia de la menor cuya filiación se impugnó por el actor, Don Julián, así como la correspondiente patria potestad, se atribuye exclusivamente a la recurrente, doña Encarnación, sin que proceda señalar régimen de visitas respecto del actor; 2. La guarda y custodia de la hija común se atribuye a la recurrente, siendo la patria potestad compartida, estableciéndose el régimen de visitas a favor del padre en los términos señalados en el Fundamento Sexto de la presente resolución, teniéndose en cuenta que el juzgador *a quo*, en la propia ejecución de sentencia y a la vista de los informes que la recurrente habrá de aportar bimestralmente, y que luego se dirán, podrá adoptar las decisiones que en interés del menor procedan, sin perjuicio que las partes acudan al procedimiento de modificación de medidas; 3. Se establece una pensión alimenticia a cargo del padre, Sr. Julián, en cantidad de setecientos euros mensuales (700 euros) y en la que se incluyen los gastos de principio de curso (matrícula, uniforme, material escolar) que el mismo ingresará en concepto de pensión alimenticia a favor de la indicada hija, cantidad que se ingresará mensualmente dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la recurrente y que se actualizará anualmente el uno de marzo de cada año conforme al índice de precios al consumo que establezca el INE u organismo que le sustituya. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, don Julián interpone recurso de casación. Admitido el recurso y evacuado el traslado al Ministerio Fiscal, presenta escrito interesando a la Sala, respecto de Águeda, la guarda y custodia se atribuya al padre biológico o a la familia extensa, o a una institución artículo 103.1 del Código Civil, y que la hija Olga quede con el padre, sin fijación del régimen de visitas para la madre hasta que no se demuestre que han cambiado las circunstancias. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señala para votación y fallo el día 22 de octubre de 2013, en que tiene lugar.

⁶ *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 21 de julio de 2011 (*RJ* 2011/5438); de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011/5676); de 29 de junio de 2012 (*RJ* 2012/8190); y, de 7 de junio de 2013 (La Ley 65217/2013).

⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6716); de 9 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2030); de 13 de junio de 2011 (*RJ* 2011/4526); y, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6843); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 27 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/119398); de la misma Audiencia y sección, de 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/160852); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, de 11 de abril de 2001 (*JUR* 2001/210117); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44596); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/83899); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 2 de octubre de 2013 (*JUR* 2013/351296) señala, por su parte que:

«A la hora de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-familiares y este criterio protecciónista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos, cuando sus padres se separan, pues, como ya dijo la STS 9 de marzo de 1989 «es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad», pronunciándose en el mismo sentido las SSTS de 5 de octubre de 1978, de 11 de octubre de 1991 y de 12 de febrero de 1992 que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativa a los hijos en caso de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante favor filii (arts. 92, 103, 154 y 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y demás cuestiones que les afecten, habrán de ser tomadas «siempre en beneficio de los hijos» como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados». Y añade que, «este principio es igualmente reconocido en las decisiones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia (...) y que, no debe ser medido bajo parámetros de confort material, pues, a nivel de derecho compañero, se valora dándose preferencia al aspecto psíquico —derecho francés, «son besoin de paix, de stabilité, de tranquilité... c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre aupremier rang— o al amplio concepto de bienestar aplicando el «welfare principle» anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno y otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos, y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor».

⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, 31 de enero de 2008 (La Ley 1122/2008).

⁹ TAMAYO HAYA, S. (2008). «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, octubre-diciembre, pág. 37.

¹⁰ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, págs. 51 y 69, como precisa se impone, incluso, al principio de igualdad parental. *Vid.*, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232); las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.^a, 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/8522), donde se precisa que, «es un principio elevado a rango constitucional (art. 39 CE) del *favor filii* procurando ante todo, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores», y, añade que, «este principio de protección integral de los hijos constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los artículos 90, párrafo segundo, 92, 96 y 103, entre otros del Código Civil, que debe presidir la aplicación de la Ley en esta materia»; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 20 de julio de 2000 (AC 2000/1726); de la Audiencia Provincial de Salamanca, 18 de marzo de 2002 (JUR 2002/129317); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 14 de enero de 2003 (JUR 2003/92950); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección única, 19 de febrero de 2003 (JUR 2003/85189); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 26 de octubre de 2006 (JUR 2007/113950).

¹¹ JIMÉNEZ LINARES, M.ª J. (2000). «El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, pág. 881.

¹² TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 41; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2007). *El interés del menor*, 2.^a ed., Madrid: Dykinson, pág. 87 señala que, «tanto el principio constitucional de protección integral como el principio (civil) del interés del menor, no son absolutos, sino que, son limitados como todo principio y valor jurídico, y pueden y deben ceder ante intereses jurídicamente (mas) relevantes, siempre que la restricción o recorte del interés del menor se revele necesario para lograr el fin legítimo previsto y proporcionado para alcanzarlo, todo ello con una

ponderación adecuada de los valores en juego, es decir, que haya una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido».

¹³ *Vid.*, las sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo (*RTC* 2002/124); y, 221/2002, 25 noviembre (*RTC* 2002/221).

¹⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.^a, de 22 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/8522); de la Audiencia Provincial de Salamanca, 18 marzo de 2002 (*JUR* 2002/129317); y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750);

¹⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (*RTC* 2000/141), lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio), y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo, las sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 (*RTC* 1990/143), 298/1993 (*RTC* 1993/298) y 114/1997 (*RTC* 1997/114), así como el Auto del Tribunal Constitucional 28/2011, de 1 de febrero (*RTC* 2001/28).

¹⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El interés del menor*, *op. cit.*, págs. 70-73; DE TORRES PEREA J. M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, pág. 24. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 23 de mayo de 2005 (*RJ* 2005/4139); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.^a, 6 de junio de 2007 (La Ley 172317/2007).

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El interés del menor*, *op. cit.*, págs. 67-68; DE TORRES PEREA, J. M., *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁸ *Vid.*, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *Actualidad Civil*, número 3, marzo, pág. 293; SEIJAS QUINTANA, J. A. (1997). «Consecuencias de la separación y el divorcio. el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas», *Actualidad Civil*, número 29, pág. 642. Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508) que: «Tales criterios pueden ayudar a definir el criterio-guía de búsqueda del superior o preponderante interés del menor, que atendidas las circunstancias que concurren en el caso concreto, debe llevar a atribuir la custodia y cuidado de un menor a una tercera persona solo si su atribución a los padres, conjuntamente o por separado, es perjudicial para el menor o no le permite disponer del entorno personal y material imprescindible para su bienestar, contemplado en el más amplio sentido, que en cambio sí podría hallar bajo el cuidado de esta tercera persona».

¹⁹ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 55; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El interés del menor*, *op. cit.*, pág. 79.

²⁰ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 52, precisa que, las dos apreciaciones en abstracto y *in concreto* son complementarias porque cuando ha de tomar su decisión el juez pone en paralelo la situación concreta del niño con la representación abstracta de lo que debería ser su situación.

²¹ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 39.

²² ALONSO PÉREZ, M. (1997). «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, núm. 2, pág. 24. Asimismo, en esta línea, JIMÉNEZ LINARES, M.^a J., «El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, pág. 877, señala que «el beneficio o interés del menor presupone la satisfacción de las necesidades física y psíquicas del menor en cada momento de su vida, y en un ambiente decididamente orientado al adecuado desarrollo de su personalidad y de los derechos que le corresponden. Sin olvidar que en toda decisión siempre existe cierta dosis de subjetivismo, el juez, a la hora de ponderar el interés del menor no se debe regir por su convicciones personales, sino por

los criterios de valoración generales asentados en la sociedad en el lugar y en el momento que ha de adoptar su decisión, que en ningún caso debe ser arbitraria».

²³ PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). «Comentario al artículo 104 del Código Civil». En: A. DOMÍNGUEZ LUELMO (director), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, págs. 212-213; ROCA TRÍAS, E. (2012). «Medidas provisionales», *Memento Experto Francis Lefebvre Crisis matrimoniales*, Madrid: Ediciones, Francis Lefebvre, págs. 56-57.

²⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 213; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). «Comentario a los artículos 103-104 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 1090; LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2011). «Comentario al artículo 104 del Código Civil». En: A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (directores), *Código Civil Comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pág. 561.

²⁵ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, 10 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/290970).

²⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 213; LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 562. *Vid.*, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, 26 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/251742).

²⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario a los artículos 103-104 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1090-1091; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2009, pág. 233, LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 562. Asimismo, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 25 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/145300).

²⁸ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4^a, 27 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/76241).

²⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6^a, de 28 de junio de 2004 (*JUR* 2004/262997).

³⁰ COLAS ESCANDÓN, A. M.^a (2005). *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)*, Navarra: Thomson, Aranzadi, pág. 177; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., «Comentario a los artículos 92 a 94 del Código Civil». En: J. RAMS ALBESA (director), R. M.^a MORENO FLÓREZ (coord.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 1.^o*, Barcelona: Bosch, pág. 930; LETE ACHIRICA, J. (2001). «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos separados o divorciados (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001)», *Actualidad Civil*, vol. 3, pág. 1195.

Recordemos que, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 en un juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio presentada por don Julián contra doña Encarnación, se señala que esta medida de guarda y custodia a un tercero —en este caso a Don Julián padre no biológico de la menor Águeda— «no está contemplada entre las medidas que puedan adoptarse en el artículo 92 del Código Civil con el carácter de definitivo en los procesos matrimoniales. Sin embargo, ningún problema plantea el que, con relación a la patria potestad y en la interpretación del artículo 92, a la que se refiere este artículo, se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés de la menor Águeda y de su hermana Olga». En esta línea, también en sede de modificación de medidas de divorcio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 14 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/198890), cuando dispone que, «aunque el artículo 103 del Código Civil se ubica sistemáticamente dentro de la regulación de las medidas provisionales, no existe mayor inconveniente para su aplicación en la sentencia que ponga fin a la *litis* principal, dado que el artículo 92 párrafo segundo, determina que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, lo que permite al órgano judicial un amplio margen de maniobra, no encorsetado por las peticiones de las partes, y que puede abocar, si bien, en supuestos excepcionales, a la asignación de la función referida a persona distinta de uno y otro progenitor, cuando se entienda que los mismos no cumplen adecuadamente las obligaciones recogidas en el artículo 154 de citado cuerpo legal, o hacen dejación de las mismas».

³¹ GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Madrid: McGraw Hill, pág. 102.

Al respecto, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508), que aunque la base normativa para atribuir la guarda y custodia a un tercero tiene lugar en el artículo 103.1 párrafo segundo del Código Civil en sede de medidas provisionales «no hay motivo para estimar que la norma excluya en fases posteriores del proceso (art. 90 CC prevé que el convenio regulador determine «la persona» que ejercerá la custodia, si exigir que sea un progenitor; no establece previsión contraria en la decisión judicial definitiva del art. 91 CC respecto de la eventual atribución de la custodia a terceros que se haya podido acordar en las medidas adoptadas con anterioridad, ni es extraíble un criterio prohibitivo en el art. 92 CC)». Por lo que entiende que «en todo caso, la actuación de oficio en interés del menor y la evitación de dilaciones por razones procesales, amparan también este entendimiento, sin perjuicio que, además de esta conveniencia para el interés del menor se reúne una situación de abandono o desamparo —que no hay indicios que concorra en el caso presente— pudieran actuar las instituciones de protección y tutelares previstas para tales supuestos» (*Fundamento de Derecho 1.º*).

³² COLAS ESCANDÓN, A. M.^a, *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), *op. cit.*, págs. 177, 178 y 184; LETE ACHIRICA, J., «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos separados o divorciados (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001)», *op. cit.*, pág. 1195; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *op. cit.*, pág. 298. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1271); y, de 29 de marzo de 2001 (La Ley 3255/2001); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 21 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/200502); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750).

³³ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). «Comentario al artículo 92 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 940; por su parte, GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2005). «Comentario al nuevo artículo 92 del Código Civil». En: V. GUILARTE GUTIÉRREZ (director), *Comentario a la reforma de separación y divorcio*, director Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid: Lex Nova, pág. 138 señala que, el juez no podrá adoptar la decisión de privación de la patria potestad en ejecución de sentencia dictada en proceso matrimonial.

Ni tampoco, como señala MARÍN LÓPEZ M. J. (2009). «Comentario al artículo 92 del Código Civil». En: R. Bercovitz RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil, 3.^a ed.*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pág. 212, cabe la privación de la patria potestad por pacto o convenio regulador, pues es irrenunciable e indisponible. En cambio, cabe solicitarla en reconvenión, cuando uno de los progenitores ejercita demanda para la fijación de un régimen de visitas con el hijo, con el que hace tiempo no se relaciona.

³⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 940.

³⁵ El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 28 de septiembre de 2011 (La Ley 247994/2011), dispone al respecto que «el principio de *favor minoris* conseguido en el artículo 39 de la Constitución española y sancionado en los Convenios internacionales suscritos por España, constituye la piedra angular sobre la que se asienta no solo las medidas que legalmente pueden adoptarse en relación con los menores, que se encuentran en situación de desamparo, sino que además, conforme al principio fundamental que ha de presidir las resoluciones que proceden de los tribunales de justicia; de ahí que, se tenga que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para los menores, procurando la concordia e integración de las normas jurídicas con los principios informadores de las últimas reformas legales tanto en el Código Civil como en la legislación autonómica, entre las que destaca el principio de prioridad de la propia familia, lo que comporta que el interés del niño pase, en primer término, por el derecho a ser educado por sus padres naturales, lo que exige a las autoridades judiciales, la previa comprobación de si se ha producido o intentado la integración de aquel en su propia familia, siempre que redunde en su interés.

Por tanto, solo en aquellos casos en los que el retorno al ámbito familiar supone o representa un riesgo o peligro para el superior interés del menor, deberán procurarse cualesquiera otras medidas que permitan y posibiliten, con las suficientes garantías, el ambiente apropiado para ofrecer una formación y desarrollo adecuado a su edad y así alcanzar un desarrollo armónico, sin traumas, tanto en el orden físico, como en el psicológico y el moral».

³⁶ COLÁS ESCANDÓN A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., págs. 178 y 184. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 14 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/253572); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750), precisa que «(...) no ha de olvidarse que la patria potestad, guarda y custodia y demás instituciones de protección de la infancia, son instituciones cuya finalidad es cumplir adecuadamente la función social inherente a la patria potestad cual es la de asegurar una formación integral y una integración en un entorno familiar y social lo más normalizado posible que la posibilite, de ahí que cuando la misma no es ejercida adecuadamente por los padres, se faculta a los jueces a adoptar al inicio, en el curso o al finalizar cualquier procedimiento, las medidas más adecuadas para lograr esos derechos»; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 la excepcionalidad de la medida de atribución de la guarda y custodia de la menor Águeda se justifica «en las circunstancias especialmente graves concurrentes» que se aceptan en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, esto es, a través de los artículos 103.1 párrafo 2 y 158 del Código Civil y artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, y ello precisamente por el interés público que, informa en estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad conforme a la normativa citada, aunque excedan de las relaciones paterno filiales.

³⁷ LETE ACHIRICA, J., «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuge separados o divorciados», op. cit., pág. 1191; COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., pág. 192. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2001 (La Ley 3255/2001); y, la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508).

³⁸ Vid., la sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 14 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/254572), y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508).

³⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 13 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/26981), atribución a la madre y a la abuela materna para el supuesto de que la madre ingrese en prisión.

⁴⁰ COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., págs. 186-191; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», op. cit., págs. 295-296. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 27 de enero de 2005 (*JUR* 2005/270013) «(...) el texto del artículo 170 del Código Civil no distingue entre si el incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad, y que puede motivar su privación total o parcial, es o no voluntario, bastando que se produzca el mismo con una extensión tal que conlleve objetivamente el abandono psíquico y material o de ayuda al menor, ya que en definitiva lo que importa es el bien de los hijos, cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de dicho derecho-deber o derecho-función en que la patria potestad viene configurada según los artículos 154 y siguientes del Código Civil»; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750). En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2013, como recordamos, dentro de las circunstancias que se valoran, se consideran especialmente los incumplimientos e impedimentos llevados a cabo por la madre de las resoluciones anteriores en materia litigiosa, además en el hecho de no encontrarse a aquella psicológicamente en condiciones de asumir la guarda, y custodia de menores dada su inestabilidad emocional y, en fin, en las especiales circunstancias que han rodeado la relación entre las partes, fuera de lo normal, se ha proyectado y se seguirá proyectando sobre unas menores en un constante

conflicto familiar agravado por una situación prolongada de litigios civiles y penales con grave y evidente riesgo de desprotección infantil, si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan, especialmente por lo que respecta a la madre que ha tratado de eliminar de la vida de sus hijas la figura paterna «dando primacía a su odio», como señala la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

⁴¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 27 de enero de 2005 (*JUR* 2005/270013).

⁴² Como precisa, COLÁS ESCANDÓN A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia, op. cit.*, págs. 195-196, cabe plantear dos soluciones respecto al carácter que, debe darse al consentimiento del tercero: 1. Entender que la atribución a tercero de la guarda y custodia del menor, se asimila a la sumisión a su tutela y, que por ello, les es de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 217 del Código Civil por lo que el juez deberá solicitar el consentimiento del tercero, a fin de informarles de la adopción de la medida y para que asienten sobre aspectos como la duración de la situación, pero el ejercicio del cargo es obligatorio para ellos; 2. Considerar que el consentimiento es presupuesto ineludible para otorgar al tercero la guarda y custodia del menor sobre la base: a) Así se desprende del propio tenor literal del artículo 103.1 párrafo 2 del Código Civil; b) Se trata de una medida mucho más drástica y de mayor repercusión y responsabilidad para los abuelos, que deberán ejercer funciones tutelares por los que su consentimiento es imperativo; c) La aplicación analógica de la exigencia de prestación de consentimiento previsto en el artículo 173.2 del Código Civil en los casos de acogimiento familiar, que requiere el consentimiento de las personas que reciben al menor para poder adoptar esta medida. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.^a, de 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/8522), no se atribuye a los abuelos maternos, pues, no se puede involucrar en el procedimiento de modificación de medidas a personas que no son parte y por tanto, no han podido ser oídos en el proceso; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750).

⁴³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de marzo de 2001 (*La Ley* 3255/2001); y, de 2 de octubre de 2003 (*La Ley* 10396/2004), y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 2.^a, de 30 de abril de 1997 (AC 1997/1644); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 4 de enero de 2001 (*JUR* 2001/219187); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.^a, de 22 de junio de 2012 (*JUR* 2013/14943). En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2013, se señala precisamente que «sin perjuicio de que la medida que se acuerde, puede ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan otra distinta que, conjugue todos los intereses en juego».

⁴⁴ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales, op. cit.*, págs. 104-105.

⁴⁵ COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia, op. cit.*, pág. 196; MOLINER NAVARRO, R. (2011). «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1665, 1666 y 1677. La Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre señala que el artículo 103 coherentemente con la modificación del artículo 90 prevé la decisión jurisdiccional, cuando falta 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 esta cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/7447); 12 de febrero de 1992 / *RJ* 1992/1271); y, de 2 de octubre de 2003 (*La Ley* 10396/2004), en todas resoluciones la atribución de la guarda y custodia es a los abuelos maternos; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, 13 enero 1992 (AC 1992/95), el informe pericial implica una alternativa cuyos polos son: la especial necesidad, teniendo en cuenta la edad del hijo, del cuidado materno o, por el contrario, una mayor proyección de estabilidad y seguridad por parte del padre y los abuelos paternos, con quienes conviven ambos, se prefiere en el presente caso, a estos últimos, y, en conse-

cuencia, al binomio bienestar-seguridad no exenta desde luego de cariño y afectividad que, bienestar-afectividad materna que, además es problemática; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 24 de noviembre de 1992 (AC 1992/1575), la atribución del cuidado de los hijos a los abuelos maternos como la opción más conveniente para el interés y bienestar del menor, sin perjuicio de un régimen de comunicación de los menores con sus padres; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, 30 de junio de 2000 (JUR 2000/270685), la atribución de la guarda y custodia a los abuelos maternos del menor como medida más adecuada e idónea y la que mejor protege el interés del menor; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 15 de julio 2002 (JUR 2003/6122), acreditación de los menores se encuentra perfectamente atendidos por los abuelos maternos quienes le facilitan todo tipo de ayudas económico personal y moral; de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 29 de junio de 2007 (JUR 2007/336956); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008/50750), atribución a los abuelos paternos, si bien para garantizar que la guarda sea ejercida efectivamente por ellos, y no por el padre, se estima necesario condicionarlo en lo sucesivo a la necesidad de salida de este último de su domicilio para evitar la interferencia negativa y riesgo de alienación de la figura de la madre que propicia esa convivencia; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 3 de marzo de 2010 (JUR 2010/166006), atribución de la guarda y custodia de la menor a los abuelos paternos por deseo de la menor; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 16 de septiembre de 2010 (JUR 2010/343065), atribución a la abuela paterna, convivencia con la menor de manera habitual; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24^a, de 30 de marzo de 2011 (JUR 2011/327859), atribución a los abuelos maternos.

⁴⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 21 de marzo de 2000 (JUR 2000/200502), atribuye la guarda y custodia del menor a los padres; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 14 de mayo de 2002 (JUR 2002/198890), se atribuye a la tía materna Elvira que, asumió desde su nacimiento la custodia y formación de la menor —Marta—, además de los fuertes vínculos afectivos entre la menor y los miembros de la familia de su tía, de modo que, la niña se siente plenamente integrada en este círculo, que le ha ofrecido más estabilidad, protección y seguridad dentro del entramado de conflictividad que existe entre sus progenitores; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/160915), atribución a la tía materna por resultar la persona más idónea para los intereses de los hijos; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 22 de julio de 2008 (JUR 2009/4314), atribución, asimismo, a la tía materna de la guarda y custodia. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 se atribuye al padre no biológico la guarda y custodia de la menor Águeda.

⁴⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011/4526), abuelos paternos y tía incapaces por sus circunstancias personales de hacerse cargo de la menor en condiciones que eviten un nuevo desamparo; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 4 de enero de 2001 (JUR 2001/219187), la adicción del padre a opiáceos y el ingreso en prisión de la madre que, les imposibilita para afrontar adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad, cuales son en esencia, velar por ello, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 CC), correspondiendo entonces, por ministerio de la ley, a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores.

⁴⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 29 de junio de 2012 (RJ 2012/8190); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 20 de julio de 2000 (AC 2000/1726); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 27 de octubre de 2000 (JUR 2001/119395); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.^a, de 28 de noviembre de 2002 (JUR 2003/120880); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003/73321); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (JUR 2013/254508), que señalan que, el fin último que se persigue es la elección del régimen de custodia que resulte más favorable para el menor, en su propio interés.

⁴⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 13 de enero de 1992 (AC 1992/95) donde precisa que, en los artículos 92 y 103 del Código Civil el principio informador

de las medidas es el beneficio o interés de los hijos que, deben fijarse y más desde luego, cuando por su edad, aún no son capaces de manifestar su voluntad; de forma que, cuanto mayores sean, más influyente debe reputarse su propia preferencia; de la Audiencia Provincial de Salamanca, 18 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/129317); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44596); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003/121388); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 3 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/166006). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/121388), señala que, la simple voluntad de los menores no vincula, ni puede vincular al juzgador; pues, no se tiene que acordar el cambio de la guarda y custodia en base a sus meros deseos, y sin que concurran otras circunstancias objetivas que, prueben desde la perspectiva del «favor filii» la solución más ventajosa, beneficiosa y acomodada al interés del menor legalmente tutelado.

⁵⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona sección 1^a, de 7 de noviembre de 2001 (*JUR* 2001/19436) señala que, el interés del menor aconseja no separar a los hermanos; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 18 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/129317) señala que el criterio de no separación de los hermanos «viene siendo aplicado en la mayoría de los casos, y debe ceder en supuestos concretos en que concurran circunstancias especiales que impongan dar prioridad al supremo interés del menor (...); en este último sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 2 de diciembre de 1999 (AC 1999/8229), mantiene la custodia de la menor a favor de los abuelos paternos y la tutela de la mayor en la Junta de Castilla y León que velará por su bienestar determinando en cada momento su situación. Se fija en ejecución de sentencia un régimen que permite una adecuada relación entre las dos hermanas cuyo deseo es vivir juntas; la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, de 30 de junio de 2000 (La Ley 135268/2000), se atribuye la custodia de dos de los hijos al padre y, la de la menor a la abuela; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1^a, de 28 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/160915), atribuye la guarda y custodia de uno de los menores, de 17 años a su tía materna y del otro menor de 7 años a su abuela; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 16 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/343065), se atribuye a la madre la guarda y custodia de la menor de las hijas (Selena), mientras que, se designa como tutora y encargada de la custodia de Lorena (de 15 años y embarazada) a la abuela paterna. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 la regla general de no separar a los hermanos se entiende que representa implícitamente uno de los motivos para atribuir a don Julián la guarda y custodia de su hija biológica Olga y de Águeda, hasta entonces también su hija.

⁵¹ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 24 de noviembre de 1992 (AC 1992/1575), se atribuye la custodia de los hijos a la abuela materna como la opción más conveniente para el interés y bienestar del menor, sin perjuicio de un régimen de comunicación con sus padres.

⁵² La Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, reconoce el papel que desempeñan los abuelos «de cohesión y transmisión de valores en la familia», y, asimismo, declara que «el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-familiares». En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321) señala que, los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determina que, aquella pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio, no cabe reducir la «relación personal» a un mero contacto durante un breve tiempo y nada impide que pueda comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos». Asimismo, la sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6843), reconoce el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, pues, el interés a proteger es el de los menores. También en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de noviembre de 2013 (La Ley 179526/2013), dispone que, los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular, sin que nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias en cada caso. La pernocta no puede acordarse con carácter general, pero tampoco puede impedirse indiscriminada-

mente. Y, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, 19 de diciembre de 2011 (*JUR* 2001/112099); derecho de visitas a favor de los abuelos paternos de cuatro horas los domingos por la mañana; de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 2.^a, de 20 de junio de 2006 (*JUR* 2006/287657), derecho de visitas a favor de los abuelos paternos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 26 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/113950); y, de la misma Audiencia y sección, de 14 de junio de 2013 (*JUR* 2013/267617), derecho de visita a favor de los abuelos paternos, pues, debe mantener y propiciar la relación abuelo-nieto. Se puede fijar en el seno del proceso matrimonial, siendo simplemente absurdo remitir a las partes a un nuevo proceso para su eventual fijación.

Por su parte, el artículo 160.2 permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurre justa causa y puede ser justa causa la hostilidad entre los padres y abuelos, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/8462) considera que no constituye justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 19 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/112099), la enemistad y tensión existente entre la familia paterna y la materna del menor desaconsejan la atribución de la guarda y custodia del niño a la familia paterna, en concreto a la abuela paterna, al igual que un derecho de visitas.

⁵³ Así ha sucedido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.^a, de 5 de febrero de 2007 (La Ley 24295/2007), que ante la falta de idoneidad de la madre, se atribuye la custodia de la menor Soledad a su progenitor el Sr. Armando, al ser él quien, de hecho está dedicándose al cuidado de dicha menor. Respecto al menor Sebastián nos encontramos con el inconveniente que no es hijo biológico del Sr. Armando, aunque los informes periciales que obran en autos, conste que el menor ve al Sr. Armando como a su verdadero padre, y que lleva conviviendo con él desde los cuatro años, manteniendo ambos una buena relación en todos los niveles. No consta la filiación paterna y la madre ha desatendido las necesidades de sus hijos. Por lo que la protección de los menores y el respeto de sus derechos e intereses, se puede llevar a cabo mediante una serie de medidas dirigidas a erradicar y prevenir las situaciones de riesgo y desamparo, y para ello adopta la guarda de hecho (art. 303 CC), figura especial, independiente y distinta de las otras instituciones de protección de menores con un contenido propio y autónomo.

⁵⁴ En el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 9 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3232), los abuelos maternos de la menor desempeñan la guarda y custodia que, no puede confundirse con la titularidad de dicha potestad que, solo corresponde a los padres. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 22 de julio de 2008 (*JUR* 2009/43141), se atribuye la guarda y custodia a su tía materna, permaneciendo la autoridad familiar del padre biológico que puede tomar decisiones que, a la poste pueda tener trascendencia económica en orden a la prestación alimenticia. Se deja libertad a la menor para que se vea y se relaciona con su padre.

⁵⁵ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Gijón, número 11, de 27 de mayo de 2014 (La Ley 81764/2014) estima parcialmente la demanda formulada por la madre de una menor y declara el derecho de esta a percibir alimentos de sus abuelos, paternos y maternos, condenándoles al pago de una pensión de alimentos por importe de 250 euros mensuales. En primer lugar, la sentencia rechaza la posible falta de legitimación pasiva de los abuelos para la prestación de tales alimentos porque, aunque es cierto que el artículo 144 del Código Civil establece un orden en la prelación de alimentos, y de tal orden de prelación se deriva que la obligación de prestar alimentos recae de modo preferente sobre el padre de la menor, la cumplida acreditación de la carencia de medios económicos, no solo del padre, sino también de la madre demandante, opera como presupuesto para conferir legitimación pasiva a los abuelos. En segundo lugar, una vez determinada la existencia de una causa de necesidad en la solicitud de alimentos para la menor, la sentencia centra en la determinación de la cuantía de la pensión, que la madre cifra en la cantidad de 400 euros mensuales teniendo en cuenta el incremento de las necesidades de la menor. En este sentido, la sentencia destaca la diferente naturaleza jurídica de la obligación de alimentos que incumbe a los padres respecto de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonio-

nial, *ex artículo 93 del Código Civil*, respecto de la obligación de alimentos entre parientes a que aluden los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Así, mientras la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad dimana de la patria potestad, generadora tanto de derechos como de obligaciones paterno-filiales (arts. 110 y 154.1 CC), la institución de los alimentos entre parientes tiene su fundamento en la solidaridad familiar: prescinde para su regulación de toda noción de limitación de edad, se sustenta en presupuestos tales como la relación conyugal o de parentesco, y atiende a la necesidad del alimentista y a la disponibilidad pecuniaria del alimentante. Por tanto, concluye la sentencia, el deber de alimentar a los hijos menores constituye una prestación más amplia que la contenida en el artículo 143 del Código Civil y ello se manifiesta precisamente al tiempo de la fijación de la cuantía alimenticia, sin que pueda pretenderse, con el presente procedimiento, que se procesa a la mera sustitución de la obligación del padre, de manera automática y sin mayores elementos de valoración, por la prestación que se deba imponer a los abuelos, sino que, por el contrario, ha de atenderse a los criterios legales establecidos en materia de alimentos entre parientes, y ello desde la doble perspectiva: la de los conceptos que hayan de integrar tales alimentos, reflejados en el artículo 142 del Código Civil, y la relativa a los criterios de proporcionalidad para la fijación de su cuantía, recogidos en el artículo 146 del Código Civil. En relación con la primera perspectiva, la sentencia señala que la menor tiene cubiertas sus necesidades en materia de educación —pues asiste al Colegio «Alfonso Camín» de carácter público y, por tanto gratuito—, y sanidad —al no constar gasto médico alguno adicional, debiendo estimarse su asistencia en este punto por los Servicios Públicos de Salud—; de modo que son exclusivamente las referentes a alimentación y vestido las que deben ser objeto de atendimiento, estimando acorde a tales necesidades la cuantía de 250 euros fijada en el convenio regulador. Desde la segunda perspectiva, teniendo en cuenta los medios económicos de cada uno de los demandados, la sentencia establece que, aunque inicialmente pudiera predicarse el mantenimiento de una posición económica más desahogada por parte de los abuelos paternos al percibir mayores ingresos mensuales, y disponer de varios depósitos bancarios, sin embargo, la asunción por su parte de una ayuda directa a sus hijos determina que, tal posición se aproxime a la de los abuelos maternos, por lo que se distribuye la pensión de 115 euros a abonar por los abuelos maternos y 135 euros a satisfacer por los paternos.

⁵⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de mayo de 2001 (La Ley 3255/2001), en que la menor se confía a la guarda y custodia de los abuelos maternos, dejando a salvo y a cargo de la madre, el derecho de representación de la menor, la administración de los bienes y las decisiones que no sean cotidianas de la vida ordinaria como las que haya de tomarse en el caso de enfermedad grave de la menor, o en el supuesto de elección de estudios.

⁵⁷ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, *op. cit.*, págs. 104 y 107; LETE ACHIRICA, J., «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuge separados o divorciados», *op. cit.*, pág. 1193; MOLINER NAVARRO, R., «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 1677.

⁵⁸ COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, pág. 201.

⁵⁹ MOLINER NAVARRO, R., «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *op. cit.*, págs. 1679-1680.

⁶⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 952.

⁶¹ COLÁS ESCANDÓN A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, pág. 195.

⁶² DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 952.

⁶³ MOLINER NAVARRO, R., «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *op. cit.*, pág. 1680.