

GUARDA Y CUSTODIA PARA FAMILIARES DISTINTOS A LOS PROGENITORES

[spacer]

[spacer]

Con frecuencia me preguntan progenitores no custodios qué sucedería si falleciera el progenitor custodio. Muchas personas dan por supuesto que **cuando fallece el progenitor custodio** la custodia de los hijos pasa «automáticamente» al otro progenitor, sin embargo, la cuestión ni es sencilla ni es «automática», ya que **nos podemos encontrar que la custodia pase a otro familiar que no sea el progenitor superviviente.**

Es más, puede darse que, sin necesidad de que fallezca ninguno de los progenitores, la guarda y custodia de los hijos se otorgue a otros familiares.



Precisamente a estos supuestos se refiere la sentencia que hoy voy a comentar. Esta sentencia llama la atención porque *en este caso se «pelean» por la custodia de una menor dos hermanos*, el padre de la niña y la tía paterna, es decir, la hermana del padre.

El caso es el siguiente: **la tía paterna de una niña de 5 años**

solicitó la guarda y custodia de su sobrina ya que, desde el momento en que diagnosticaron un cáncer a la madre –cáncer del que acabó falleciendo–, se había hecho cargo de la niña. Para ello **demandó a su propio hermano**, demanda a la que el padre de la menor se opuso.

Mediante **Sentencia, de fecha 4 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Motril –Granada–, se acordó otorgar la guarda y custodia de la menor a la tía paterna, es decir, a la demandante, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre y condenándolo a abonar una pensión de alimentos.**

Contra dicha sentencia, el padre formuló Recurso de Apelación que, mediante **Sentencia, de fecha 13 de octubre de 2017, dictada por la Sección 5.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada** fue estimado parcialmente.

La Sección 5.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, acordó:

«Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Francisco, a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Motril, en autos n.º 546/2015, con estimación, también parcial, de la impugnación deducida por Da Susana, a través de su representación procesal, debemos revocar y revocamos la resolución apelada; acordando, en su lugar, la atribución definitiva de la guarda y custodia de la menor Andrea a su progenitor, don Pedro Francisco, con previa observancia de las siguientes medidas y duración que, transitoriamente, se establecen para asegurar la adaptación de la menor al restablecimiento de las relaciones personales propias del ejercicio de la patria potestad en beneficio del apelante:

La menor seguirá bajo la guarda y custodia de su tía paterna,

Da Susana, hasta el comienzo del curso escolar 2018/2019, momento en que se producirá la plena consolidación de la facultad de tenerla en su compañía.



Hasta entonces, se reconoce el siguiente régimen de visitas y estancias a favor del padre:

Todos los fines de semana, desde las 20 horas del viernes, con recogida en el domicilio de la tía paterna, hasta el lunes, con entrega de la menor en el centro escolar.

La tarde de los miércoles, con pernocta, desde la salida del centro escolar, donde la recogerá, hasta la mañana del jueves con entrega de la menor en dicho centro.

La totalidad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, con entrega y recogida en el domicilio de la tía paterna.

La totalidad de las vacaciones de verano, que comprenderá desde el comienzo de las vacaciones escolares, a excepción de la segunda quincena de julio, en que la actora, Da Susana, podrá tenerla en su compañía, desde las 20 horas del día 15 hasta las 20 horas del día 31, con recogida y entrega en el domicilio paterno.

Dicho régimen de estancia, expirará el 31 de julio de 2018, momento a partir del cual la menor pasará a estar en la compañía exclusiva de la menor.»

Contra dicha Sentencia, la tía paterna formuló Recurso de Casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recurso que ha sido estimado mediante Sentencia, de fecha 14 de septiembre de 2018, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

[spacer]

SENTENCIA, DE FECHA 14 DE SEPTIEMBRE DE 2018, DICTADA POR LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha estimado el Recurso de Casación formulado por la tía paterna, otorgando a esta la guarda y custodia de la menor y fijando un régimen de visitas a favor del padre.

Es en el **Fundamento de Derecho Segundo** de la resolución comentada donde encontramos los argumentos en los que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo fundamenta su decisión, los cuales son los siguientes:

«1. Las relaciones de familia, por su especial naturaleza, requieren un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. No se trata de desconocer la ley sino de aplicarla conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad (sentencia TC 141/2000, de 29 de mayo), se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción

dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

Ocurre en este caso que el recurrido, que es padre biológico de la menor, quiere serlo de una forma efectiva, asumiendo su custodia que,



de hecho, no la tiene en este momento, y así se lo reconoce la sentencia, a partir de una interpretación automática del artículo 156. 4 del CC, porque considera que al no estar privado de la patria potestad, le corresponde su atribución, descartando que sea de aplicación el artículo 103 del CC, que, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, permite excepcionalmente que los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez; precepto al que la sentencia que atribuye carácter de provisionalidad. La recurrente, en cambio, se hizo cargo de la niña antes del fallecimiento de su madre y ha mantenido hasta la fecha esta convivencia continuada, que ha sido y sigue siendo muy beneficioso para la menor, en la que la tía aparece como su principal referencia, lo que aconseja su mantenimiento, según los informes emitidos.

2. Una solución como la que propone la sentencia recurrida, prescinde, de un lado, de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con su desarrollo integral y la

incidencia que va a suponer la recuperación de la custodia por el padre, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con su tía paterna, con la que la propia sentencia reconoce que está perfectamente integrada, y dejaría, de otro, expuesta a la niña a una situación de incertidumbre, al menos hasta que la situación se reconduzca, como sería deseable, a partir de una mayor relación del padre con su hija, que se debe propiciar, pero que, en ningún caso se puede referenciar a una fecha determinada, dando por supuesto que transcurrido un periodo transitorio las cosas serán de otra manera.

3. Este proceso de integración que la proteja debe abordarse desde la situación actual de la tía como guardadora de hecho y del interés de la menor, y no desde la condición de padre biológico titular de la patria potestad, al menos hasta que se consolide el cambio, para evitar dañar a la niña. El interés del menor no crea ni extingue por si solo relaciones propias de la patria potestad, pero sirve para configurar determinadas situaciones, como la que aquí se enjuicia, teniendo en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad está pensada y orientada en beneficio de los hijos, y que en estos momentos, quien la ostenta en exclusiva, por el fallecimiento de la madre, no está en condiciones de hacer efectiva una de las medidas que la integran, como es la guarda y custodia de la hija; beneficio de los hijos que, como dice la sentencia 128/92, de 12 de febrero, se propugna igualmente en los artículos 92 y 159 del Código, y aunque esos preceptos presupongan que viven ambos cónyuges, ello no es óbice para ser tenidos en cuenta como un fundamento más en punto a la aplicación de medidas correctoras de la patria potestad, en determinados casos.»

Es decir, por encima de los derechos del padre/madre debe prevalecer el interés superior del menor, que vendrá determinado por la prueba practicada y, en particular, por los informes emitidos.

Todo lo cual viene a evidenciar, estimados lectores, que **el**

hecho de que un progenitor sea titular de la patria potestad no garantiza que la guarda y custodia le sea concedida, ya que se puede otorgar a un tercero siempre y cuando las circunstancias lo aconsejen.

Para terminar, merece señalarse el hecho de que no es la primera vez que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se pronuncia en este sentido, tal como se recoge en la sentencia comentada.

[spacer]

Más información en:

Sentencia, de fecha 14 de septiembre de 2018, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

[spacer]