

LA PRESERVACIÓN DEL FAVOR FILII EN SUPUESTOS DE
RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS ACOGEDORES,
TUTORES O GUARDADORES DEL MENOR*

*THE PRESERVATION OF THE FAVOR FILII IN CASES OF
BREAKDOWN OF THE COHABITATION OF THE FOSTER CARERS,
TUTORS OR GUARDIANS OF THE CHILD*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 150-169

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. M^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de marzo de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Cuando la guarda del menor por parte de los progenitores no es posible y esta es atribuida de forma conjunta a dos personas convivientes que posteriormente cesan dicha convivencia, resulta necesario determinar cuál de ellas va a ejercer a partir de ese momento las funciones inherentes a dicha guarda. Las posibles soluciones dependerán de si se trata de un supuesto de acogimiento, de tutela o de siempre guarda.

PALABRAS CLAVE: Separación; divorcio; menores; acogimiento; tutela; guarda.

ABSTRACT: *When care of the child by the parents is not possible and is attributed jointly to two people living together who subsequently stop living together, it is necessary to determine which of them will exercise the functions inherent to the care from that moment on. The possible solutions will depend on whether it is a case of fostering, guardianship or simple care.*

KEY WORDS: *Separation; divorce; children; fostering; guardianship; care.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS ACOGEDORES DEL MENOR. III. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS GUARDADORES DEL MENOR.- IV. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS TUTORES DEL MENOR.

I. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, son los padres, como titulares de la patria potestad, quienes asumen la guarda del menor. No obstante, hay ocasiones en las que el ejercicio de dicha guarda por parte de los progenitores no es posible, bien porque estos hayan fallecido o hayan sido privados de la patria potestad —en cuyo caso la guarda corresponde al tutor—, bien porque exista una guarda de hecho —que será ejercida fácticamente por un tercero—, bien porque ante una situación —actual o futura— de desamparo de un menor se constituya una tutela o guarda administrativa —en cuyo caso la guarda del menor será ejercida por los acogedores—, o bien porque en el seno de un procedimiento de ruptura matrimonial se atribuya la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores en virtud de lo dispuesto en el art. 103.I CC.

En todos estos supuestos, puede plantearse la situación de que la guarda del menor sea ejercida por dos personas convivientes —ya se trate de acogedores, tutores o simples guardadores— y que se ponga fin a dicha situación de convivencia, lo que exigirá determinar quién va a ejercer a partir de ese momento las funciones inherentes a dicha guarda. A ello se va a tratar de dar respuesta en las siguientes líneas, analizando por separado los efectos de la ruptura de la convivencia de los acogedores, de los tutores y de los guardadores del menor.

II. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS ACOGEDORES DEL MENOR

En determinados supuestos, la guarda o cuidado de un menor debe ser asumida por una Entidad Pública, por constituirse alguna de las medidas de protección previstas en el Código Civil —en adelante: CC— para los casos en que la patria potestad o la tutela ordinaria no resultan eficaces para salvaguardar el interés superior del menor. Dichas medidas son la tutela administrativa —art. 172 CC— y la guarda administrativa —art. 172 bis CC—.

• Javier Martínez Calvo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Máster de Especialización e Investigación en Derecho (año 2013) y Máster en profesorado (año 2016). Doctor en Derecho con mención internacional (año 2018). Principales líneas de investigación: derecho comparado, derecho de la persona, derecho de familia, protección de menores y discapacitados, derecho de sucesiones, derecho y nuevas tecnologías y derecho hipotecario.

Tanto en uno como en otro caso, el modo en el que la Entidad Pública ejerce dicha guarda es a través del acogimiento —art. 172 ter CC—. Se trata de una medida de protección en virtud de la cual se atribuye la guarda de un menor a una persona o familia —acogimiento familiar— o bien a una institución dedicada a estas funciones —acogimiento residencial—, que asumen la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral¹. A tenor de lo dispuesto en el art. 172 ter CC, el acogimiento familiar goza de preferencia sobre el residencial, que se reserva para aquellos casos en los que el primero no sea posible o no resulte conveniente para el interés del menor.

Las reglas en materia de protección de menores están previstas en los arts. 172 a 174 de nuestro Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —en adelante: LOPJM—. Además, son numerosas las Comunidades Autónomas que han promulgado sus propias leyes en materia de protección de menores².

El primer aspecto que quiero resaltar es relativo a la excepcionalidad que debe tener la intervención pública de la administración, enmarcándose en el ámbito de la subsidiariedad, como ha sido puesto de manifiesto también por nuestra doctrina³ y jurisprudencia⁴. Y resulta razonable, pues son los propios progenitores quienes se encuentran en mejor posición para cuidar y atender a sus hijos menores, y sólo cuando estos incumplan sus deberes de protección cabe la intervención pública.

1 Sobre el acogimiento, vid. ampliamente: MAYOR DEL HOYO, M.V.: “Comentario a los arts. 173, 173 bis y 174 del Cc, reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 2ª ed., pp. 888-914.

2 Vid. Ley 6/1995, de 28 de marzo, sobre normas reguladoras de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de Madrid; Ley 3/1997, de 9 de junio, sobre protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia; Ley 1/1998, de 20 de abril, sobre los derechos y la atención al menor de Andalucía; Ley 12/2001, de 2 de julio, sobre la infancia y la adolescencia en Aragón; Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; Ley 3/2005, de 18 de febrero, sobre atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre sobre promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana; y Ley 14/2010, de 27 de mayo, sobre normas reguladoras de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.

3 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., p. 406; y ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011., p. 22.

4 Vid. STS 14 febrero 2005 (RJ 2005, 1670), “(...) cabe señalar que tanto la Constitución -art. 39- como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales -especialmente art. 154 CC - reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en la que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos, cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de su función se lesione o ponga en peligro al menor”.

Además de ser subsidiaria, la intervención de la administración en esta materia tiene vocación de provisionalidad⁵, debiendo ser el fin último la reintegración del menor en su propia familia⁶, en consonancia con la previsión del art. 172.4 CC y del art. 11.2 b) LOPJM. Por tanto, solo cabrá prescindir de este objetivo de reintegrar al menor en su propia familia cuando su interés superior así lo exija⁷, y solamente durante el tiempo estrictamente necesario. Y es que, no debemos olvidar que cualquier medida que se adopte en la que se vean involucrados menores de edad debe estar presidida por el principio del interés superior de estos. Al respecto, los arts. 2 y 11.2 a) LOPJM y el art. 172.4 CC sitúan el interés del menor como el principio informador de todo el sistema de protección pública que estamos examinando.

Las dos figuras básicas en materia de protección de menores son la tutela administrativa (también denominada tutela automática o *ex lege*) y la guarda administrativa⁸. A continuación, expondré sucintamente en qué consisten ambas medidas.

La tutela administrativa supone la atribución automática (*ope legis*) de la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo a una entidad pública —arts. 172.1 y 222.4 CC y arts. 12 y 18 LOPJM—, estén o no sujetos a patria potestad o a tutela ordinaria⁹. A tal efecto interesa exponer brevemente cuándo nos encontramos ante una situación de desamparo de un menor, que como he señalado es el presupuesto habilitante para que puedan constituirse la tutela administrativa¹⁰. Nuestro Código Civil define la situación de desamparo en sus arts. 172.1 y 239 como “(...) la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la

- 5 Vid. FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 45; ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 116; y LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 13ª ed., p. 386.
- 6 Vid. DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: “Derecho de familia: Reglas generales y excepciones”, *Economist & Jurist*, 2009, núm. 135, p. 19; ANGOSTO SÁEZ, J.F.: “Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2003, núm. 63, 2003, p. 911; ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 116; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “El sistema público de protección”, cit., p. 406; y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 295; y DIEZ GARCÍA, Helena, *El acogimiento familiar simple*, cit., p. 450.
- 7 Vid. ANGOSTO SÁEZ, J.F.: “Sentencia de 23 de septiembre de 2002”, cit., p. 911.
- 8 Ambas figuras se crean a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.
- 9 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 2016, Madrid, 5ª ed., p. 376.
- 10 Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil IV*, cit., p. 385; y PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (III). Los oficios tutelares (cont.)”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTES PEÑADES y E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 576.

necesaria asistencia moral o material". Por tanto, son dos los requisitos que deben darse de forma cumulativa para que podamos considerar a un menor en situación de desamparo¹¹: la falta de ejercicio o un ejercicio deficiente de los deberes de protección que incumben a sus padres y tutores; y que dichos incumplimientos tengan como resultado que el menor se vea privado de la necesaria asistencia moral o material. Así, si existe un incumplimiento de sus deberes por los padres o tutores, pero no provoca al menor una desatención moral o material (por ejemplo, porque exista una guarda de hecho¹²), no se dará el presupuesto para poder considerar que el menor se encuentra en situación de desamparo.

El principal efecto del establecimiento de la tutela administrativa será la asunción de la tutela por la administración¹³, lo que conllevará la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria a que estuviera sujeto el menor¹⁴. Lógicamente, la asunción de la tutela del menor por la administración lleva consigo también la guarda del menor desamparado¹⁵.

En lo que a la guarda administrativa¹⁶ se refiere, es semejante a la tutela administrativa, con la salvedad de que en este caso la administración únicamente asumirá la guarda del menor (con la consiguiente privación de la misma a quién la ostentara), manteniendo sus padres o tutores la titularidad de la patria potestad o de la tutela ordinaria¹⁷ (a diferencia de lo que hemos visto para la tutela administrativa, en la que dichas facultades quedan en suspenso). Además, la guarda administrativa no es automática, sino que se establecerá a solicitud de los padres o tutores cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor

11 Vid. MARIN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 2, pp. 22-23; y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: "El sistema público de protección", cit., pp. 408-409.

12 A modo de ejemplo, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja recoge expresamente que "(...) no concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material". Vid. también ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 39; PÉREZ MONGE, M.: "Regulación de la guarda de hecho en la ley de derecho de la persona de Aragón", en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. por S. DE SALAS MURILLO, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 395; FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 46; y DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004, p. 239.

13 El art. 228-3 CCCat. prevé expresamente las consecuencias de la declaración de desamparo, señalando que "1. La declaración de desamparo comporta la asunción inmediata, por la entidad pública competente, de las funciones tutelares sobre el menor(...) 2. La asunción de las funciones tutelares implica la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida(...)". Vid. también ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 111.

14 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: "El sistema público de protección", cit., pp. 409-410; y ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 111.

15 Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV*, cit., p. 294.

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

17 Vid. DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple*, cit., pp. 36 y 490.

(obviamente, si el ejercicio de la patria potestad o de la tutela es compartido, la constitución de la guarda administrativa deberá solicitarse de común acuerdo por ambos titulares¹⁸); o bien será acordada por el juez en los casos en que legalmente proceda¹⁹ —art. 172.2 CC—. Nuevamente, el presupuesto habilitante será la situación de desamparo del menor, caracterizado en este caso por su “reversibilidad”, mientras que el que da lugar a la tutela administrativa es en principio “irreversible”²⁰. He utilizado la expresión “en principio” porque no debe descartarse en ningún caso que la situación revierta, cesando el incumplimiento de los padres o tutores, en cuyo caso se debe procurar la reintegración del menor en su propia familia —art. 172.4 CC y del art. 11.2 b) LOPJM—. La consecuencia de esta distinción en el supuesto de hecho para la adopción de una u otra medida es que obviamente estas serán incompatibles entre sí, de modo que la aplicación de la guarda administrativa excluye la tutela administrativa, y viceversa²¹.

Una vez que hemos expuesto brevemente en qué consisten ambas figuras podemos centrarnos ya en la titularidad y ejercicio de las mismas. La titularidad de estas potestades corresponderá a la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la protección de menores —art. 172.1 CC—, pudiendo delegar la potestad de guarda (como enseguida veremos), pero en ningún caso la tutela²². En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, tradicionalmente se venía circunscribiendo exclusivamente a los menores de edad, no incluyendo a las personas con la capacidad judicialmente modificada²³. No obstante, a partir de la reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad, se ha hecho extensible también a estas últimas —art. 239 CC—.

Respecto al ejercicio de la tutela administrativa, quedará sometida a las reglas previstas para la tutela ordinaria, con la salvedad de que la titularidad de la misma corresponde a una persona jurídica de Derecho público²⁴. Y en cuanto al ejercicio de la potestad de guarda (inherente tanto a la tutela como a la guarda

18 Vid. IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996, p. 109.

19 Procederá en los supuestos de privación de los padres de la potestad de guarda y custodia, en los casos de remoción o excusa del tutor o curador, o bien cuando en virtud del art. 103.1 CC se decida atribuir la guarda y custodia a un tercero distinto de los progenitores y no existan abuelos u otros parientes o allegados del menor idóneos para asumir la guarda de este. (PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (III)”, cit., p. 578).

20 Vid. IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda Asistencial*, cit., p. 207.

21 IBIDEM, p. 121.

22 Vid. ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 31; y MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: “Indemnización del daño moral”, cit., p. 22.

23 Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. (et. al.) (revisada por J. RAMS ALBESA): *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, 4ª ed., p. 453, “La intervención administrativa está limitada a los menores, no cabe para los incapacitados que se hallen en situación de desamparo o para idénticos supuestos graves en que se encuentren sus padres y tutores(...)”.

24 Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (III)”, cit., p. 578.

administrativa), se llevará a cabo a través de la figura del acogimiento —art. 172.3 CC—, que VELA SÁNCHEZ define como “(...) un negocio jurídico de Derecho de familia por el que unas personas, acogedores, con o sin contraprestación, reciben en su casa a un niño, y lo cuidan como si de un hijo se tratara durante el tiempo en que tal negocio se mantiene vigente”²⁵, y que de acuerdo al art. 173.I CC supone “(...) la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”. Por tanto, el contenido básico del ejercicio de la guarda comprenderá el cuidado directo del menor y la adopción de decisiones cotidianas de escasa relevancia que exija dicho cuidado, quedando el resto de facultades relativas al ejercicio de la patria potestad o de la tutela en manos de los progenitores o tutores (en el caso de la guarda administrativa) o de la Entidad Pública correspondiente (en el caso de la tutela administrativa). El acogimiento podrá ser familiar o residencial. El primero consiste en asignar la guarda del menor a una o varias personas integradas en una unidad familiar²⁶ —art. 173 bis.I CC—. Por su parte, el acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor²⁷. En cualquier caso, como regla general se da preferencia al acogimiento familiar frente al acogimiento residencial —art. 21.I LOPJM—.

En el supuesto de que se adopte el acogimiento familiar, y en lo que aquí nos interesa, puede ocurrir que su titularidad recaiga sobre dos personas convivientes y que, una vez constituido, se produzca la ruptura de dicha situación de convivencia. Ello exigirá determinar cómo se va a ejercer a partir de ese momento la potestad de guarda que les ha sido asignada. A tal efecto, y ante la ausencia de previsión legal, ha sido la jurisprudencia la que ha abordado esta cuestión. Al respecto, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 2786), pues es la primera vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca del modo en el que se va a ejercer la guarda tras el cese de la convivencia de los guardadores. Se trata de un supuesto en el que la Comunidad de Madrid había asumido la tutela administrativa de una menor, concediendo el acogimiento familiar permanente a sus abuelos maternos, con los que había convivido desde que tenía cinco meses. Siendo todavía menor, sus abuelos decidieron poner fin a su matrimonio y, en el proceso de disolución del mismo, solicitaron el establecimiento de medidas para reorganizar el modo en el que iban a ejercer la guarda sobre la menor tras la ruptura. En concreto, pidieron que se establecieran medidas relativas al régimen

25 Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja”, en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por M.C. GARCÍA GARNICA), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, 1ª ed., p. 337.

26 Vid. DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple*, cit., p. 90.

27 El acogimiento residencial se llevará a cabo a través de establecimientos públicos o privados habilitados por la Comunidad Autónoma correspondiente, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores (Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (III)”, cit., p. 578).

de guarda y custodia, al régimen de visitas y a la contribución a su manutención. Se plantea entonces el interrogante de si la sentencia que declara el divorcio puede adoptar las mencionadas medidas respecto de la menor.

El Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid dictó Sentencia el 10 de enero de 2013, por la que atribuía a la abuela la guarda y custodia de la nieta menor de edad, fijaba un régimen de visitas en favor del abuelo y establecía, a cargo de este, una pensión de alimentos de 200 € mensuales. El abuelo recurrió en apelación la mencionada Sentencia y la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 14 de mayo de 2014 (PROV 2014, 239625) por la que estimó el recurso y revocó la Sentencia de instancia, señalando que no procedía la adopción de ninguna medida relacionada con la nieta menor de edad, dado que estaba sujeta a acogimiento familiar y tutelada por una entidad pública, que sería la encargada de decidir las medidas que resultaran oportunas. Ante ello, la abuela interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que dio lugar a la Sentencia de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 2786).

En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo considera que las medidas relativas al acogimiento y al modo en el que este ha de ejercerse tras la ruptura de la convivencia por parte de los acogedores es una cuestión que compete en exclusiva a la autoridad pública que ostenta la tutela o la guarda administrativa de la menor. Entiende que las reglas previstas en los arts. 90 y ss. del Código Civil no pueden aplicarse al presente caso, pues dichas reglas están previstas exclusivamente para la adopción de medidas relativas a los menores en supuestos de cese de la convivencia de sus progenitores.

Con base en lo anterior, establece como doctrina que, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio de cónyuges acogedores, no cabe adoptar en la sentencia que recaiga, declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de menores acogidos. Y continúa diciendo que cuando existe un acogimiento familiar permanente convencional, no puede dejarse sin efecto, ni modificarse o regularse a través de un proceso matrimonial, sino que su cese o modificación debe solicitarse de la Entidad Pública que autorizó el acogimiento, ya que no existe laguna legal por la que se deba acudir a aquellos procesos para resolver las incidencias derivadas del acogimiento.

Por tanto, en caso de separación o divorcio de los acogedores, corresponde a la Entidad Pública autorizante del acogimiento adoptar las medidas que resulten más beneficiosas para el menor a la vista de las nuevas circunstancias.

Ahora bien, entiende el Tribunal Supremo que, en tanto en cuanto se pronuncie la autoridad administrativa competente, resulta necesario establecer medidas provisionales para determinar cómo van a cumplir los acogedores con

su obligación común de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral. Por ello, opta por mantener las medidas establecidas respecto a la menor por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia al acordar el divorcio de los acogedores, pero aclarando que no se adoptan como efectos del divorcio sino como medidas de protección cautelar en favor de la menor hasta que la Entidad Pública decida sobre el cese o modificación del acogimiento.

III. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS GUARDADORES DEL MENOR

En este apartado voy a abordar dos supuestos: aquellos en los que existe una guarda de hecho sobre el menor y aquellos en los que la guarda es atribuida a un tercero distintos de los progenitores en el proceso de separación o divorcio.

En cuanto a la guarda de hecho, fue reconocida por vez primera en nuestro derecho con la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, pasando a estar recogida en los arts. 303, 304 y 306 CC. Sin embargo, es una regulación insuficiente, que como señala LASARTE ÁLVAREZ se limita a “(...) tomar nota de la existencia de la figura (art. 303), declarar la validez de los actos realizados por el guardador de hecho (art. 304) y declararle aplicable el art. 220 previsto inicialmente para el tutor”²⁸. Esta escasa regulación de la guarda de hecho, que en cierto modo parece lógica si atendemos al carácter fáctico de la citada figura²⁹, puede provocar sin embargo inseguridad jurídica³⁰, pues no señala quién puede actuar como guardador de hecho, ni recoge de forma precisa las funciones de este, ni tampoco los mecanismos de control y de vigilancia que puede adoptar la autoridad judicial cuando detecte la existencia de una guarda de hecho.

Nuestro Código Civil no define la guarda de hecho, pero sí recoge un concepto de guardador de hecho el art. 225-I del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat.), que lo define como “(...) la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen”.

En nuestra doctrina, ARCE FERNÁNDEZ ha definido la guarda de hecho como “(...) un mecanismo protector que se produce cuando un menor vive con una familia distinta a la de origen, y se hace cargo de él sin intervención administrativa ni judicial”³¹. Por su parte, FÁBREGA RUIZ la conceptualiza como una situación en

28 Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil IV*, cit., p. 388.

29 Vid. FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 29.

30 Vid. PÉREZ MONGE, M.: “Regulación de la guarda de hecho”, cit., p. 341.

31 Vid. ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 39.

la que “(...) las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, de forma completamente voluntaria y sin ningún régimen legal, y de forma superpuesta con la guarda legal”³². Semejante es el concepto ofrecido por PRATS ALBENTOSA, que define la guarda de hecho como aquella situación en la que “(...) existiendo menores o incapaces no sujetos ni a la patria potestad ni a ninguno de los cargos tutelares, una persona ejerce de hecho funciones de protección y cuidado propias de tales cargos sin que exista nombramiento alguno”³³. Aunque cabe hacer una breve puntualización en relación a este último concepto, y es que el ámbito subjetivo de aplicación de la guarda de hecho no se circunscribe exclusivamente a los menores y personas con discapacidad no sujetos a patria potestad o tutela, al menos a mi modo de ver; pues creo que es perfectamente posible que la guarda de hecho recaiga sobre menores o personas con discapacidad sujetos a las referidas instituciones, obviamente siempre que se ejerza por un tercero distinto de los padres o tutores. Esta es la postura que mantiene también el Código Civil de Cataluña³⁴ (que hemos visto que es el único texto legal que ofrece una definición de esta figura).

De acuerdo a ello, considero que la guarda de hecho puede definirse como la guarda de un menor o de una persona con discapacidad (sujeto o no a patria potestad o tutela) que es asumida voluntariamente, y de facto, por un tercero distinto de aquél que ostenta la titularidad de alguna de las citadas figuras³⁵, sin nombramiento alguno y sin ningún título que fundamente la función que ejerce³⁶. Así, son dos los elementos característicos de la guarda de hecho³⁷: uno de carácter positivo, que consiste en la asunción por un tercero distinto de los progenitores o tutores de la guarda de un menor de edad o de una persona con discapacidad; y otro de carácter negativo, que radica en la inexistencia de una obligación legal de asumir dicha guarda.

Respecto a la titularidad de la figura que nos ocupa, el Código Civil no precisa quién puede actuar como guardador de hecho, por lo que considero que puede recaer sobre cualquier persona (pertenezca o no a la propia familia), o incluso sobre instituciones públicas o privadas³⁸.

32 Vid. FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 7.

33 Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (I). Nociones generales”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTES PENADÉS y E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., pp. 509-510.

34 El art. 225-I del Código Civil de Cataluña incluye en el ámbito subjetivo de aplicación de esta figura al menor o incapaz “(...) si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen”.

35 Vid. FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 7.

36 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., p. 400.

37 Vid. FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., pp. 7-8.

38 Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (III)”, cit., p. 571.

En cuanto a las funciones que asume el guardador de hecho, una vez más no están previstas en nuestro Código, que únicamente recoge la obligación del guardador de informar, cuando sea requerido por el juez, “(...) de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos” —art. 303 CC—³⁹. Por tanto, es preciso llevar a cabo una labor interpretativa, que siguiendo a PRATS ALBENTOSA⁴⁰, nos conduce a la aplicación analógica del régimen jurídico previsto en sede de instituciones tutelares. A tal efecto, resulta bastante sorprendente que el art. 306 CC, que realiza una remisión al art. 220 CC, no aprovechara la oportunidad para llevar a cabo una remisión global a las reglas previstas en materia instituciones tutelares con objeto de dotar a esta figura de cierta seguridad jurídica. Esta tarea sí ha sido llevada a cabo en parte por la normativa catalana, que además de recoger el deber de información del guardador de hecho —art. 225-2 CCCat.—⁴¹, en el art. 225-3 CCCat. se refiere expresamente a las funciones de este, aunque de modo insuficiente, limitándose a señalar que “el guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta(...)”, lo que desde luego parece bastante obvio. Por otro lado, tampoco especifica nuestro Código las medidas concretas de control y vigilancia que debe adoptar la autoridad judicial cuando detecte la existencia de una guarda de hecho⁴², por lo que cabe entender que serán semejantes a las obligaciones impuestas al tutor en los arts. 262 y ss. CC⁴³.

En cuanto a los efectos de la guarda de hecho, lo primero que hay que decir es que si el juez detecta la existencia de una guarda de hecho tendrá dos opciones: permanecer inactivo (obviamente es improbable que mantenga esta postura)⁴⁴, o solicitar al guardador que informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado —art. 303 CC—. Tras ello, al juez se le abren dos nuevas opciones⁴⁵: mantener la guarda de hecho, estableciendo las medidas de control y vigilancia que estime oportunas⁴⁶; o bien extinguir dicha situación, sustituyéndola por otra medida que garantice la protección del interés superior del menor.

39 No obstante, no recoge las medidas concretas que puede llevar a cabo el juez para obtener información puntual de la situación del menor o de la persona con discapacidad y de sus bienes y de la previa actuación del guardador en cuanto a los mismos (Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. (et. al.) (revisada por J. RAMS ALBESA): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448).

40 Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (III)”, cit., p. 572.

41 En el caso de la normativa catalana, se establece además un plazo para que el guardador de hecho informe a la entidad competente, que será de setenta y dos horas desde el momento en que se asuma la guarda del menor —art. 225-2 CCCat.—.

42 Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. (et. al.) (revisada por J. RAMS ALBESA): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448.

43 Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: «Las instituciones tutelares (III)”, cit., p. 572.

44 IBÍDEM, p. 572.

45 Vid. FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 37.

46 En todo caso, y aun cuando el juez decida mantener la guarda de hecho existente, esta situación tendrá carácter transitorio (Vid. PÉREZ MONGE, M.: “Regulación de la guarda de hecho”, cit., p. 364; y FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 30), por lo que tarde o temprano está destinada a desaparecer (DÍEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple*, cit., p. 202; y LACRUZ BERDEJO, J.L. (et. al.) (revisada por J. RAMS

Una vez extinguida la guarda de hecho, el juez podrá adoptar en su lugar alguna de las dos siguientes medidas: otorgar la guarda legal al guardador de hecho por vía de los arts. 103 o 158 CC⁴⁷, o adoptar la tutela ordinaria⁴⁸, pudiendo recaer o no sobre la persona que viniera ejerciendo la guarda de hecho⁴⁹ (aunque hay quien considera que debe darse carácter preferente al guardador de hecho⁵⁰). Lo que no cabrá, en principio, es establecer la tutela o la guarda administrativa, ya que como hemos visto en el subapartado anterior, el hecho de que exista una guarda de hecho excluye la situación de desamparo⁵¹, salvo que esta se ejerza inadecuadamente⁵².

En cuanto a la guarda ejercida por un tercero distinto de los progenitores —ex. art. 103.I CC—, se refiere a supuestos en los que, en el curso de un proceso de ruptura matrimonial, el juez decide que no es conveniente para el interés del menor que ninguno de los progenitores asuma su guarda y custodia, pudiendo encomendar excepcionalmente la guarda a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren o, de no haberlos, a una institución idónea⁵³. En caso de que se atribuya a una institución idónea, cabe entender que nos encontraríamos ante la denominada guarda administrativa⁵⁴, por lo que a mi juicio habría que reconducir el supuesto a lo que he señalado en el apartado anterior. Esta postura queda ratificada por lo dispuesto en el art. 172 bis.2 CC, que faculta al juez para acordar la guarda administrativa en los casos en los que “(...) legalmente proceda” —y este es precisamente uno de los supuestos en los que nuestro Código habilita al juez para adoptar esta medida de protección—.

La posibilidad de atribuir la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores se recoge únicamente en sede de medidas provisionales, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no podrá adoptarse como medida definitiva en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, por considerar que si el legislador hubiera querido contemplar esta posibilidad en sede de medidas definitivas lo

ALBESA): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448). Esta postura queda reforzada por el dispositivo del art. 229 CC, que impone al guardador del menor o de la persona con discapacidad la obligación de promover la constitución de la tutela, haciéndole en caso contrario responsable solidario de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

47 Vid. DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple*, cit., p. 243.

48 IBIDEM, p. 202 y 204.

49 Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. (et. al.) (revisada por J. RAMS ALBESA): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448.

50 Vid. FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 46.

51 Vid. ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 39; PÉREZ MONGE, M.: “Regulación de la guarda de hecho”, cit., p. 395; FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 46; y DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple*, cit., p. 239.

52 Vid. PÉREZ MONGE, M.: “Regulación de la guarda de hecho”, cit., p. 395.

53 Sobre la atribución de la guarda a un tercero distinto de los progenitores en virtud del art. 103 CC, vid. ampliamente: MARTÍNEZ CALVO, J.: “Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 20, pp. 176-193.

54 Vid. en este sentido: BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746., p. 3288.

hubiera hecho expresamente, por lo que al no hacerlo la estaría excluyendo tácitamente⁵⁵. No obstante, considero que es admisible aplicar la guarda del art. 103.I como medida definitiva, quedando justificada esta posibilidad bien por la aplicación analógica del propio art. 103.I CC, o bien haciendo uso de la facultad que el art. 158 CC concede al juez para adoptar cualquier medida que estime oportuna en defensa del interés superior del menor; tal y como ha defendido también el sector mayoritario de nuestra jurisprudencia⁵⁶ y doctrina⁵⁷.

Tanto en el supuesto de la guarda de hecho como en el de la guarda prevista en el art. 103.I CC, puede suceder que recaiga sobre dos convivientes que pongan fin a su situación de convivencia. Nuevamente, nuestra normativa no ha previsto nada, y, en este caso, tampoco he encontrado pronunciamiento alguno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A mi modo de ver, al igual que ocurre con el caso del acogimiento, la determinación del modo en el que se va a ejercer la guarda a partir del momento de la ruptura no es una cuestión que haya de dirimirse en la sentencia de separación o divorcio de los guardadores, pues las medidas previstas en los arts. 90 y ss. del Código Civil están pensadas exclusivamente para determinar el modo en el que los progenitores van a seguir cumpliendo con las obligaciones inherentes a la patria potestad tras su ruptura. Por ello, creo que los supuestos de guarda de hecho y de guarda atribuida a un tercero han de resolverse en un proceso al margen de la separación o el divorcio:

En el caso de la guarda de hecho, ya hemos visto que el juez, una vez que tiene conocimiento de la misma, puede mantenerla, estableciendo las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, o bien extinguirla. Pues bien, en el caso de que opte por mantenerla, entiendo que dentro de esas medidas de control podrá especificar el modo en el que se va a continuar ejerciendo la guarda tras la ruptura de la convivencia de los guardadores.

Respecto a los supuestos de guarda atribuida a un tercero en virtud del art. 103.I CC, considero que lo que procederá es instar ante el juez la modificación de la resolución que hubiera establecido dicho sistema de guarda, resolución que se habrá dictado en el seno del proceso de separación o divorcio de los progenitores, pues es para este proceso para el que está previsto el art. 103.I CC.

55 Vid. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 77; y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 91.

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

57 Vid. ROCA I TRIAS, E.: "art. 92", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERECH), Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 390-391; RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, p. 288; COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, cit., pp. 177-178; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad civil*, 2014, núm 3, p. 297.

Obviamente, todo lo anterior sin perjuicio de que la sentencia de separación o divorcio de los guardadores pueda adoptar provisionalmente medidas para evitar una situación de desprotección en el menor. Pero al igual que ocurría en el supuesto analizado en el apartado anterior, dichas medidas no constituirán efectos de la separación o el divorcio de los guardadores, sino medidas de protección cautelar en favor del menor hasta que el juez se pronuncie sobre la extinción o modificación de la situación de guarda a la que este estaba sujeto.

IV. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS TUTORES DEL MENOR

Siguiendo a PÉREZ ÁLVAREZ podemos definir la tutela como “(...) una institución estable que suple la falta de la patria potestad y por la que se atiende a los menores no emancipados (...) cuando la sentencia así lo determine (Cfr. art. 222 CC)”⁵⁸.

El presupuesto del establecimiento de la tutela sobre los menores es que estos no estén sujetos a patria potestad. Esta situación puede deberse a la privación —art. 170 CC—⁵⁹ o suspensión —art. 66 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres—⁶⁰ de la patria potestad a los progenitores, o bien a la extinción de la misma por el fallecimiento de los padres del menor —art. 169 CC—⁶¹.

El fundamento constitucional de la tutela se encuentra en el art. 39.2 de nuestra Carta Magna, que dispone que “los poderes públicos aseguran(...) la protección integral de los hijos(...)”, y su régimen jurídico está previsto en los arts. 215 a 285 de nuestro Código Civil.

En cuanto al contenido de la tutela, como señala LASARTE ÁLVAREZ⁶², es muy semejante al de la patria potestad. No obstante, existen a mi juicio dos importantes diferencias entre ambas instituciones. Por un lado, mientras que la patria potestad engloba tanto el ámbito personal como patrimonial, en el caso de la tutela puede referirse sólo a la persona del menor, sólo a la administración de los bienes, o a ambos supuestos⁶³. Por otro lado, las obligaciones del tutor, previstas en el art. 269 CC⁶⁴, son a priori más laxas que las inherentes a la patria potestad. Así, no se dice nada acerca de la obligación de tener a los menores en su compañía, y sobre

58 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “La tutela” cit., p. 381.

59 Vid. también art. 90 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante: CDFA) y art. 236-6 CCCat.

60 Vid. también art. 91 CDFA.

61 Vid. también art. 93 CDFA y art. 235-6 a) CCCat.

62 Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil IV*, cit., p. 377.

63 Vid. ELÓSEGUI SOTOS, A.: “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal”, en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. por S. DE SALAS MURILLO, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 254.

64 Entre las obligaciones previstas en el art. 269 CC encontramos: velar por el sujeto a tutela, procurarle alimentos, administrar sus bienes, y ejercer la representación de su persona.

todo, la obligación de alimentos a cargo del tutor exige una serie de requisitos que no se recogen en el caso de la patria potestad, de tal manera que en la tutela sólo nacerá dicha obligación cuando el tutelado se encuentre en situación de necesidad —art. 148 CC— (que en el caso de los sujetos a patria potestad se presume⁶⁵) y no exista alguna de las personas obligadas a prestar alimentos de acuerdo al art. 143 CC, o que existiendo, no estén obligados por concurrir alguna de las circunstancias previstas en los arts. 152.2 y 152.4 CC.

En cuanto a la obligación de velar por los menores y mantenerlos en su compañía, que ya hemos visto que es un contenido propio del acogimiento, por medio del cual se ejerce la tutela y guarda administrativa —de hecho, el art. 173.I CC recoge expresamente la obligación de los acogedores de velar por el menor; tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral— y también de la guarda de hecho y de la guarda ex. art. 103.I CC; en el caso de la tutela ordinaria plantea serias dudas que también exista dicho deber del tutor de mantener al pupilo en su compañía. A este respecto, encontramos en nuestra doctrina posiciones encontradas. Existe una primera postura que niega que el tutor esté obligado a tener al menor en su compañía, por considerar que entre los deberes del tutor que recoge el art. 269 CC no figura el de tener al tutelado en su compañía⁶⁶. Sin embargo, otros autores, consideran que la obligación de mantener al menor en su compañía forma parte del contenido de dicha institución⁶⁷. El principal argumento esgrimido por estos últimos es que, si bien es cierto que el art. 269 CC —que recoge el contenido de la tutela— no menciona expresamente la obligación de los tutores de tener al tutelado en su compañía, dicho deber estaría implícito en las obligaciones de alimentar, educar y proporcionar una formación integral al menor

En los casos en los que el menor está sujeto a tutela, la guarda será ejercida normalmente por el tutor de este (aun cuando es discutible que ello implique la obligación de tener al menor en su compañía, como he señalado). Y es que, la regla general es que el menor cuente con un solo tutor —art. 236 CC—, en cuyo caso no se plantean problemas, ya que será este quién ejerza todas las funciones relativas a la tutela, incluido el ejercicio de la guarda. No obstante, el propio art. 236 CC prevé algunas excepciones en las que cabe el ejercicio de la tutela por más de un tutor; ejercicio que podrá ser solidario (cualquiera de los tutores podrá

65 Vid. CABEZUELO ARENAS, A.L.: “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, núm. 5, p. 112.

66 Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “La guarda y custodia”, cit., p. 295; TENA PIAZUELO, I.: “Comentario al art. 269 Cc”, en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por P. DE PABLO CONTRERAS y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 1231; y MAYOR DEL HOYO, M.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013, 1ª ed., p. 121.

67 Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: “Las instituciones tutelares (II). Los oficios tutelares. La tutela”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTES PENADÉS y E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 548-549.

actuar de forma individual) o conjunto (todos los tutores nombrados habrán de participar en las diferentes decisiones correspondientes al ejercicio de la tutela)⁶⁸. Y entre dichas excepciones, en su punto 3° prevé que cabrá el ejercicio conjunto “si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela”.

Pues bien, en dicho supuesto, de romperse la situación de convivencia entre los tutores, cabría plantearse cuál de ellos ha de continuar ejerciendo la guarda sobre el menor. Al respecto, una vez más, considero que es una cuestión que no ha de dirimirse en el seno del proceso de ruptura de los tutores, y lo procedente será instar ante el juez la modificación de la resolución por la que se estableció la tutela, en cuyo caso cabe entender que el juez habría de extinguir la situación de tutela conjunta (pues su presupuesto, que es precisamente la situación de convivencia entre ambos tutores, ha desaparecido) y atribuírsela en exclusiva al hermano del progenitor de los menores, apartando de la misma al que hasta ese momento había sido su conviviente.

Nuevamente, sin perjuicio de que la sentencia de separación o divorcio de los tutores pueda adoptar provisionalmente medidas para evitar una situación de desprotección en el menor, pero no como efectos de la separación o el divorcio de los tutores, sino como medidas de protección cautelar en favor del menor hasta que el juez se pronuncie definitivamente sobre la cuestión.

68 Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil IV*, cit., p. 373.

BIBLIOGRAFÍA

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

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

ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011.

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

CABEZUELO ARENAS, A.L.: "Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, núm. 5, pp. 109-130.

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

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

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

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.

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

ELÓSEGUI SOTOS, A.: "Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal", en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados*

de protección en materia de discapacidad (coord. por S. DE SALAS MURILLO, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 245-256.

FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (et. al.) (revisada por J. RAMS ALBESA): *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, 4ª ed.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 13ª ed.

MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 2.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 20, pp. 176-193.

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

MAYOR DEL HOYO, M.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013, 1ª ed.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: "Comentario a los arts. 173, 173 bis y 174 del Cc, reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 2ª ed., pp. 888-914.

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

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: "El sistema público de protección de menores e incapaces", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., pp. 435-454.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: "La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., pp. 407-434.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 2016, Madrid, 5ª ed., pp. 377-406.

PÉREZ MONGE, M.: "Regulación de la guarda de hecho en la ley de derecho de la persona de Aragón", en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. por S. DE SALAS MURILLO, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 337-396.

PRATS ALBENTOSA, L.: "Las instituciones tutelares (I). Nociones generales", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., pp. 509-510

PRATS ALBENTOSA, L.: "Las instituciones tutelares (II). Los oficios tutelares. La tutela", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 548-549.

PRATS ALBENTOSA, L.: "Las instituciones tutelares (III). Los oficios tutelares (cont.)", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 576.

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

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

TENA PIAZUELO, I.: "Comentario al art. 269 Cc", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por P. DE PABLO CONTRERAS y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 1230-1235.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por M.C. GARCÍA GARNICA), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, 1ª ed., pp. 321-340.