



**Trabajo de Fin de Master**

**EL POSIBLE DESAMPARO DEL  
MENOR BAJO LA GUARDA DE  
HECHO**

*Presentado por:*

**Laura Calpe Ríos**

*Tutor/a:*

Icía Cordero Cutillas

**Master Universitario en Abogacía**

Curso académico 2019/20

Fecha de defensa: Enero o julio 2020

## **Resumen**

Partiendo de un supuesto de hecho concreto, planteamos en este trabajo la posibilidad de declararse por la Entidad Pública la situación de desamparo de una menor sometida a la guarda de hecho. Para ello estudiamos las figuras de la guarda de hecho y la situación de desamparo, siguiendo con un estudio jurisprudencial de la cuestión planteada de inicio, para terminar tratando de abordar posibles soluciones para evitar tanto acudir a la guarda de hecho como que un menor que no puede ser atendido por sus padres o tutores sea declarado en situación de desamparo.

## **Palabras clave**

Guarda de hecho. Desamparo. Menores. Acogimiento. Guarda.

# INDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>I. GUARDA DE HECHO.....</b>	<b>6</b>
I.1. CONCEPTO.....	6
I.2. SUJETOS EN LA GUARDA DE HECHO:.....	9
I.3. REGULACIÓN DE LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO:.....	10
<b>II. DESAMPARO.....</b>	<b>14</b>
II.1. CONCEPTO.....	14
II.2. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: LA TUTELA AUTOMÁTICA O LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	15
II.3. MECANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA GUARDA.....	17
II.4. REVOCACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	19
<b>III. LA POSIBLE DECLARACIÓN DE DESAMPARO A PESAR DE LA GUARDA DE HECHO.....</b>	<b>20</b>
<b>IV. POSIBLES MECANISMOS PARA EVITAR LA GUARDA DE HECHO Y LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO.....</b>	<b>29</b>
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>33</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>35</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>38</b>

## ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil “BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889”
Cit.	Citado
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
Dña.	Doña
Ed.	Editorial/Edición
EE.UU.	Estados Unidos
<i>Et Al.</i>	y otros
Fasc.	Fascículo
Fd.	Fundamento
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
Núm.	Número
P.	Página
Párr.	Párrafo
Pp.	Páginas
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sres.	Señores
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
<i>Vid.</i>	Véase

## INTRODUCCIÓN

Para la elaboración del presente trabajo hemos imaginado un problema que podría darse en la práctica: Una madre, María, que debe ir por un período de tiempo que puede durar varios años a trabajar a Estados Unidos, y no tiene a quién dejar a su hija, considerando que con quien mejor estará será con su amiga Gema, que reside en la misma ciudad que la menor, Lía, por lo que se evitará que esta tenga que cambiar de entorno y adaptarse a unas nuevas circunstancias. Por las condiciones laborales de su nuevo trabajo en EE.UU. y la diferencia horaria, considera que no será posible dar regularmente instrucciones a Gema sobre cómo cuidar y educar a la pequeña, confiando plenamente en ella para hacerlo, pues afirma que “se han criado juntas” y cree que es la persona indicada para educar a la menor en su ausencia. Si bien, su intención es mantener el contacto con ella, hablando por videoconferencia cuando sea posible, así como volver durante 15 días en el mes de agosto y, si es posible, durante la Navidad.

Nos manifiesta su preocupación por que Servicios Sociales se lleve a su niña y nos pide consejo sobre qué podría ocurrir si se marcha dejando a su hija con su amiga “sin hacer papeles ni nada más”.

Así, procederemos al estudio de la figura de la guarda de hecho y la institución de la situación de desamparo, analizando seguidamente la posición de la jurisprudencia en cuanto a la declaración de desamparo en supuestos de menores sometidos a la guarda de hecho, tratando de dar alguna solución a nuestra cliente para que su hija no sea declarada en situación de desamparo y pase a residir en un centro de menores, tutelada por la Administración.

## I. GUARDA DE HECHO

### I.1. Concepto

Para poder resolver el supuesto planteado entendemos que, en primer lugar, se debería hallar la definición de “guarda de hecho”, para lo que hemos acudido a algunos autores, entre ellos:

FABREGA RUIZ, que la define empleando dos perspectivas, una positiva y otra negativa. Entiende como positivo respecto de la guarda de hecho que ésta sea “la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz”, y como negativo “la inexistencia de un específico deber de protección establecido por el ordenamiento jurídico” respecto de quien ejerce la protección<sup>1</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia PÉREZ MARTÍN al referirse a la guarda de hecho como “una institución de derecho civil mediante la cual una persona, con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad, o ante la ausencia de los titulares de ésta, sin intervención administrativa ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes, contrayendo las obligaciones propias del cargo del tutor”<sup>2</sup>.

Deberíamos hacer hincapié en tres características propias de la guarda de hecho:

La primera es que, para que el hecho de ejercer el cuidado y protección sobre un menor sea considerado guarda de hecho, el guardador debe asumir la

---

<sup>1</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F., “Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, de. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, cit. p. 297 cit. en BERROCAL LANZAROT A.I. “La “revitalización” de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia I, RCDI núm. 757, septiembre 2016, pp. 2845 y ss., en p. 2853

<sup>2</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995, p. 60 cit. en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. Sentido y alcance de los arts. 239 y 239 bis del Código Civil” en X. O’Callaghan Muñoz (*et al.*), *La reforma del derecho de la persona y la familia: jurisdicción voluntaria y protección de la infancia y la familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 260 y ss., en p. 278

guarda “voluntariamente”, término empleado por algunos autores como ALFONSO RODRÍGUEZ<sup>3</sup> o JIMÉNEZ MUÑOZ<sup>4</sup>.

Prácticamente en todas las definiciones halladas se hace referencia a la característica de ser ejercida “sin que existan formalidades legales”<sup>5</sup>, y es que el quid de la guarda de hecho es precisamente que, al ser de hecho y no de derecho, no puede ejercerse de forma obligatoria por imposición legal, administrativa o judicial, sino que tiene que ser el guardador de hecho el que voluntariamente, ya sea por petición de los padres o tutores del menor, o por conocer de la existencia de un menor desamparado, decida, al margen del Derecho, asumir el cuidado y protección de un menor, ejerciendo las funciones de guarda sobre él.

En este sentido podemos traer a colación diversas sentencias en las que, a pesar de haberse constituido la guarda mediante acta notarial o poderes notariales, o incluso mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, se sigue considerando por las respectivas Audiencias como guarda de hecho<sup>6</sup>, pues lo habitual en los supuestos de guarda de hecho es que ésta se constituya, sin más, por la petición que los titulares de la patria potestad o la tutela realizan a

---

<sup>3</sup> ALFONSO RODRÍGUEZ, “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, AC, 1995, p.321, cit. en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” p. 279

<sup>4</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F.C., “Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el Derecho común y en los Derechos catalán y aragonés”, en S. De Salas Murillo (coord.), Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, en p. 624, cit. en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” p.279: “*aquella situación en la que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que por sus circunstancias personales puede ser sometida a incapacitación*”.

<sup>5</sup> TEJEDOR MUÑOZ, L., “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, en M<sup>a</sup>. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz (coord), Protección jurídica del menor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, (TOL 6.029.030), p. 26; también en este sentido BERCOVITZ R. (coord.) *Manual de Derecho civil: Derecho de familia*, ed. Bercal S.A., Madrid, 2015, p. 276, que afirma que la guarda de hecho es una guarda continuada que no se ha constituido “en las formas reconocidas por el Código”, o la SAP de Valladolid (Sección 3<sup>a</sup>), núm. 34/2005 de 1 de febrero (AC 2005/550): El término “guarda de hecho” ha de entenderse también en un sentido amplio, pero en contraposición a los institutos tutelares -tutor, curador y defensor judicial-. No hay un curador de hecho ni un defensor judicial de hecho; hay tan solo un guardador de hecho que, sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares”

<sup>6</sup> *Vid.* Respectivamente: SAP de Cádiz (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 183/2004 de 22 de diciembre (JUR/2006/33273), SAP de La Rioja (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 122/2017 de 25 de julio (JUR/2017/231273) Y SAP de Cádiz (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 181/2004 de 22 de diciembre (JUR/2006/33273), que se explican en el apartado III del presente Trabajo.

quien será el guardador de hecho.

La segunda característica podríamos decir que es la duración o permanencia en el tiempo. Para que se pueda considerar guarda, de hecho o de derecho, es necesario que sea de carácter permanente<sup>7</sup>, o al menos, que se constituya con vocación de permanencia y con dejación de sus funciones, de lo contrario se considera que simplemente por una dificultad transitoria en el ejercicio de la guarda del menor, se ha encargado ésta a un familiar o allegado, pero continúan ejerciendo la patria potestad o la tutela los padres o tutores.<sup>8</sup>

A raíz de estas afirmaciones y estrechamente entrelazada con la vocación de permanencia entraría en juego la tercera característica, que sería la dejación de funciones por parte de quienes legalmente deben atender las necesidades del menor, pues como afirma FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL o la Fiscalía General del Estado, si la guarda se encomienda por los progenitores porque transitoriamente no pueden cuidar de sus hijos, se entiende que en realidad no se han desentendido de los menores, con “dejación y abandono absoluto de sus funciones”,<sup>9</sup> sino que se han preocupado de que, “de un modo u otro y a través de una persona interpuesta, sigan recibiendo la atención necesaria y conveniente conforme a los usos sociales”<sup>10</sup>, incluso se podría deducir que el que ejerce la guarda transitoria de los menores lo haría siguiendo las instrucciones dadas por los padres o tutores<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” cit. p.278

<sup>8</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” cit. p. 280: “hay guarda de hecho cuando los padres o el tutor delegan en favor de determinada persona, con dejación y abandono absoluto de sus funciones. Por el contrario, cuando se trata de una delegación temporal por causas justificadas que obligan a los padres o al tutor a dejar a sus hijos (...) a cargo de un tercero, no puede hablarse de guarda de hecho. (...) el que presta la asistencia no lo hace por iniciativa propia ni adopta las decisiones que implica el ejercicio de la guarda”.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” cit. p. 280

<sup>10</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, p.7 (JUR/2011/395482)

<sup>11</sup>La SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 259/2015 de 15 de junio (AC 2015/1332) en la que los guardadores de hecho son unos amigos de la madre que reciben una suma de dinero por el cuidado de la menor, hace referencia a las llamadas entre la madre y la hija cuando la menor se encontraba con los guardadores de hecho, considerando que “una llamada a la semana y no todas las semanas, resulta notoriamente insuficiente para justificar el cumplimiento del deber de protección”, lo que podríamos hacer extensible no solo a la preocupación por la menor que podría evitar que se considerase sometida a la guarda de hecho, sino también a la posibilidad, o no, de entender que los guardadores seguían las instrucciones de la madre.

Volviendo al carácter de permanencia de la guarda de hecho, puntualizamos que éste debe entenderse en cuanto a la vocación de permanencia de quien la constituye y quien la acepta, no en cuanto a la duración de ésta situación en sí. Así lo entienden algunos autores como DÍAZ ALABART<sup>12</sup> o BERROCAL LANZAROT quien afirma que “la guarda de hecho nace obligatoriamente para su extinción”<sup>13</sup>, pues el art. 303 CC establece que, en cuanto la autoridad conozca de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle con fines de control y la guarda se podrá mantener hasta que se constituya la medida de protección adecuada<sup>14</sup>, por lo que no parece que legalmente se le dé vocación de permanencia a la guarda de hecho, más bien lo contrario.

En este sentido se pronuncia la Fiscalía general del Estado<sup>15</sup> y la jurisprudencia, tanto de las Audiencias Provinciales<sup>16</sup> como el Tribunal Supremo<sup>17</sup>, que abogan por el mantenimiento de la guarda de hecho solamente hasta la constitución de una medida de protección dotada de mayor estabilidad y seguridad jurídica.

## **I.2. Sujetos en la guarda de hecho:**

Será guardador de hecho, de acuerdo con el concepto de guarda de hecho anteriormente expuesto, quien ejerza, con respecto a un menor, las funciones correspondientes a la patria potestad o la tutela, pero careciendo de un título

---

<sup>12</sup> DÍAZ ALABART, S., “El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda”, en S. Díaz Alabart (dir.), la protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad), ed. Ibermutuamur, Madrid, 2004, p.71, cit. en BERROCAL LANZAROT, A.I., La revitalización...I, p. 2855, que hace referencia a la transitoriedad de esta figura que operará solo hasta el nombramiento de un tutor o curador

<sup>13</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., La revitalización de la guarda de hecho...I, cit., p.2855

<sup>14</sup> La misma línea parecen seguir los preceptos 228 y 229 del CC.

<sup>15</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 8/2011, de 16 de noviembre, ..., cit. p. 5: que considera la guarda de hecho como una “situación provisional, tolerada por el ordenamiento jurídico, pero preordenada a su extinción”, y establece como criterio para los Sres. Fiscales que “conocida la situación de guarda de hecho, la línea a seguir sería (...) promover la constitución de una institución de protección más estable”.

<sup>16</sup> SAP Cádiz (Sección 1ª) núm. 183/2004 de 22 de diciembre (JUR/2006/33273), que entiende que la guarda de hecho está “dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia”, y que por ello merece respeto, pero únicamente “durante el tiempo imprescindible para que se establezca y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad

<sup>17</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 582/2014, de 27 de octubre, (RJ 2014/5183) FD 9.

que legalmente le obligue a ello.<sup>18</sup>

Podría, por lo tanto, ser guardador de hecho cualquier persona, con independencia de sus intenciones o de los vínculos familiares o afectivos establecidos con el menor, lo que provoca la desconfianza de la Fiscalía, que, como más adelante veremos, indica a los Fiscales que deberán promover la declaración de desamparo del menor cuando se encuentren bajo la guarda de hecho de personas ajenas “al círculo familiar o de allegados”<sup>19</sup>.

Por lo que respecta a la persona sometida a guarda, tras la lectura del artículo 303 del CC entendemos que es un “menor” o “persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo”, incluyéndose tanto los sometidos a patria potestad o tutela pero cuyos padres o tutores han cesado en el ejercicio de sus funciones, como los que no estén sometidos a estas instituciones<sup>20</sup>.

### **I.3. Regulación de la actuación del guardador de hecho:**

El Código Civil, dentro del Libro Primero, regula brevemente las funciones o la actuación del guardador de hecho en el Capítulo V del Título X, aunque de un modo un poco más exhaustivo tras las reformas operadas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>21</sup>, por lo que podemos deducir de sus preceptos algunas obligaciones o deberes y algún derecho que debemos tener en cuenta.

---

<sup>18</sup> La SAP de Albacete, (Sección 1ª) núm. 294/2014, de 4 de diciembre (JUR/2015/47358) considera como guardadora de hecho a la madre de un menor a la que una sentencia de ejecución de las medidas establecidas en el divorcio de ésta con el padre del menor requería para que cumpliera el régimen de custodia establecido y reintegrara al menor en el domicilio paterno, entendiéndose pues que el menor estaba “bajo custodia de hecho”.

<sup>19</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 8/2011, de 16 de noviembre, ..., cit. p. 7

<sup>20</sup> Lo entendemos así por analogía con respecto a la interpretación de BERCOVITZ, que entiende que pueden estar sometidos a la guarda de hecho tanto los presuntos incapaces no incapacitados como los ya incapacitados sometidos a una tutela “que no se encuentren bajo la custodia del tutor designado por el juez”: BERCOVITZ, R. “Comentario al art. 303 del Código Civil”, en Comentarios a la reforma de nacionalidad y tutela, Madrid 1987, p. 794 cit. en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” p. 282, o NÚÑEZ MUÑOZ, M.C., “La guarda de hecho”, RDP año núm. 83, mes 6, 1999, pp. 428 y ss., en p. 438, cit. en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” p. 282

<sup>21</sup> Modificada recientemente por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

El artículo 303 del CC, el primero del Capítulo en el que se regula la guarda de hecho, faculta a la autoridad judicial para **requerir al guardador de hecho para que éste le informe** de “la situación de la persona y los bienes del menor (...) y de su actuación en relación con los mismos”.

Con respecto a la autoridad judicial, no es clara la redacción acerca de si requerir información al guardador es un deber u obligación o no, aunque algunos autores como LETE DEL RIO<sup>22</sup> o BERROCAL LANZAROT<sup>23</sup> entienden que sí es una obligación de la autoridad judicial. Sin embargo, sí es claro el **deber de información** del guardador de hecho en el caso de que el Juez le requiera para ello.

Siguiendo la lectura del mencionado precepto, el juez podrá imponer a la actuación del guardador “las **medidas de control y vigilancia** que considere oportunas”, además, en este mismo sentido se pronuncia el artículo 216 haciendo referencia a las medidas establecidas en el art. 158 del mismo cuerpo legal, que “podrán ser acordadas por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores” si así lo requiere el interés de éstos.<sup>24</sup>

En este sentido, la Audiencia Provincial de Asturias remarca la adopción de estas medidas por iniciativa de los Jueces o del Ministerio Fiscal, afirmando que no rigen en protección de menores “los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada”<sup>25</sup>.

Seguidamente el art. 303 CC posibilita que, de forma cautelar hasta la constitución de una medida de protección adecuada, el juez otorgue al guardador de hecho **facultades tutelares**, incluso el acogimiento temporal,

---

<sup>22</sup> LETE DEL RIO, J.M., “De la guarda de hecho”, en M. Albaladejo (dir.), Comentario al Código Civil y Compilaciones forales, T.IV, 2ª ed., ed. Edersa, pp.1980 y ss., en p. 490, cit. en BERROCAL LANZAROT, A.I., “La “revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia II”, RCDI noviembre 2016, núm. 758, pp. 3363 a 3387, en p. 3366.

<sup>23</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “La “revitalización ... II, cit. p. 3366.

<sup>24</sup> Así lo entiende también BERROCAL LANZAROT, A.I., “La revitalización... II” cit. p. 3367 y la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto (Sección 18ª) de 8 de julio de 2004 (JUR 2004/218989)

<sup>25</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de marzo de 1992 (AC 1992/516)

este último únicamente en caso de menores de edad.

El artículo referido faculta, *in fine*, al guardador de hecho para “**promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor**” en los casos en que el menor no haya sido declarado en situación de desamparo a pesar de estar bajo la protección del guardador de hecho, de acuerdo con el apartado segundo, en el que se contiene la afirmación citada.

También puede ser considerado el guardador de hecho como “persona interesada” a la que refiere el art. 172.3 CC para instar la revocación de la declaración de desamparo, como ha venido estableciendo la jurisprudencia<sup>26</sup>.

En cuanto a la **validez de los actos del guardador de hecho**, el legislador establece en el art. 304 que “los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor (...) no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Siguiendo la exposición de BERCOVITZ, este precepto contiene dos requisitos para la validez de los actos del guardador en el ejercicio de la guarda de hecho, siendo el primero la realización del acto en interés del menor, “en el sentido objetivo de beneficio del guardado” y no en el sentido subjetivo de la intención con que el guardador lo realiza, y el segundo la utilidad del acto en relación al guardado, es decir, que no carezca de “provecho objetivo”<sup>27</sup>.

Entiende BERROCAL LANZAROT que este artículo comprende todos los actos realizados por el guardador, sean de naturaleza personal o patrimonial, pues ninguno está excluido por la redacción del mismo<sup>28</sup>, y el Tribunal Supremo considera, en su jurisprudencia ya asentada en 1994, que es este “un precepto excepcional por violentar el art. 1259 del CC, que es la norma general para los

---

<sup>26</sup> En la SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 435/2003, de 9 de septiembre, (JUR/2003/242569) se plantea la legitimidad de la actora para impugnar la declaración de desamparo, y se considera legitimada por atribuirle la condición de guardadora de hecho un interés legítimo, de acuerdo con el art. 7.3 de la LOPJ, y diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*Vid.* STC núm. 124/2002, de 20 de mayo, (RTC 2002/124)), así como del art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que establece que en cualquier procedimiento en el que se pretenda separar a un niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.

<sup>27</sup> BERCOVITZ R. Manual de Derecho civil: Derecho de familia, cit. p. 277

<sup>28</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “La revitalización... II” cit. p. 3370

contratos celebrados sin autorización o representación, seguramente justificada por la especial naturaleza de la figura de la guarda de hecho”<sup>29</sup>.

Para finalizar el Capítulo V del CC, el legislador le concede el derecho al guardador, del mismo modo que a cualquier persona que ejerza una función tutelar, a **percibir una indemnización** con cargo a los bienes del tutelado por los daños y perjuicios sufridos a causa de tal ejercicio, siempre que no hayan sido ocasionados por su culpa y que no pueda obtener el resarcimiento por otro medio, como se establece en el art. 220 CC al que refiere el art. 306.

Por último, a pesar de no hacerse mención expresa en el Capítulo que regula la Guarda de hecho, sí se menciona al guardador de hecho en el art. 229 CC, obligándole a “**promover la constitución de la tutela** desde el momento en que conociera el hecho que la motivare”, haciéndole responsable solidario de la indemnización de daños y perjuicios de no hacerlo.

Tras la exposición de la regulación legal de la actuación del guardador de hecho, comprobamos la intromisión del derecho en la figura de la guarda de hecho, siempre en interés del menor y con la clara intención de ponerle fin o, cuanto menos, judicializarla, aunque parece ser que de lo que se trata es de poner fin a una situación de hecho por la inseguridad jurídica que puede aportar<sup>30</sup> y las dificultades prácticas así como la posible desprotección del menor. Para ello se trata de controlar judicialmente la actuación del guardador en el transcurso de tiempo entre el conocimiento por el Juez o Ministerio Fiscal de la existencia de la situación de guarda de hecho y la constitución de una medida de protección adecuada con arreglo a la ley. No obstante, estas funciones por el guardador de hecho se mantendrán siempre que beneficien al menor, teniendo en cuenta que, de estar bien atendido por su guardador, posiblemente le causaría un perjuicio mayor pasar a estar bajo la guarda de otra persona o institución<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> STS Sección 1ª núm. 167/2016 de 17 de marzo (RJ 2016/1132)

<sup>30</sup> En este sentido: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática de menores,” cit. p. 293

<sup>31</sup> Así se aprecia en numerosa jurisprudencia que analizaremos más adelante, en que se establece el acogimiento en la persona del guardador de hecho (como en la SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 435/2003, de 9 de septiembre, JUR/2003/242569), o se mantiene al menos la situación de guarda (como en la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 376/2013 de 15 de

## II. DESAMPARO

### II.1. Concepto

El artículo 172 del CC, al que también se remite el art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contiene en el segundo párrafo del apartado 1º la definición de situación de desamparo: “Se considera situación de desamparo 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 necesaria asistencia moral o material.”

El art. 18 de la LOPJM, tras definir la situación de desamparo en los mismos términos que el CC, añade en su apartado 2º que la pobreza de quien esté al cuidado del menor no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo, y que no se podrá separar al menor de sus progenitores por razón de discapacidad, tanto del menor como de los progenitores; así como que será un indicador de desamparo el tener a un hermano declarado ya en tal situación, “salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente”.

Seguidamente se enumeran en el mismo apartado una serie de circunstancias que, de su existencia, darían lugar a la declaración de desamparo si, por su gravedad y tras la valoración de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor, entre ellas: el abandono del menor, el riesgo para su vida, salud e integridad física particularmente por sufrir malos tratos o abusos sexuales, la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, la ausencia de escolarización,...<sup>32</sup>.

Respecto a la definición legal de desamparo se pronuncia la jurisprudencia, que la desglosa en tres aspectos o requisitos que deben suceder para que

---

octubre (AC 2013/1957)).

<sup>32</sup> Vid. Art. 18.2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

proceda la declaración de desamparo: el incumplimiento de los deberes de protección, tanto en supuestos en los que no existen personas encargadas de la protección del menor como en los que, existiendo guardadores, éstos incumplen sus deberes o los cumplen de forma defectuosa; la privación de la necesaria asistencia material o moral del menor; y la existencia de “un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes (de protección) y la privación de la asistencia al menor”<sup>33</sup>

Tras el breve análisis del concepto de desamparo y de la jurisprudencia, entendemos, junto con FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, que el desamparo se deberá declarar tras la constatación de una situación de forma objetiva, es decir, se deberá declarar si efectivamente el menor se encuentra privado de la asistencia moral o material, siendo irrelevante los motivos por los que se ha dado tal privación en cuanto a la culpabilidad o no de los padres, tutores o guardadores en el incumplimiento de sus deberes de guarda<sup>34</sup>.

Más aún, la declaración de desamparo, de acuerdo con lo establecido por el art. 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y por el Tribunal Constitucional, deberá hacerse de forma restrictiva<sup>35</sup>.

## **II.2. Efectos de la declaración de desamparo: la Tutela Automática o legal de la Administración Pública**

La declaración de la situación de desamparo se realizará mediante resolución administrativa<sup>36</sup>, como se desprende del art. 172 CC, y contendrá, además de la declaración, las medidas de protección adoptadas.

---

<sup>33</sup> SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 14/2014 de 29 de enero (JUR 2014/95936): También en este sentido STS (Sala de lo Civil) núm. 582/2014 de 27 de octubre (RJ 2014/5183)

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., “La protección pública de los menores”, en X. O’Callaghan Muñoz (*et al.*), La reforma del derecho de la persona y la familia: jurisdicción voluntaria y protección de la infancia y la familia, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp.225 y ss., p.235

<sup>35</sup> *Vid.* STC núm. 298/1993 de 18 de octubre (RTC 1993/298)

<sup>36</sup> Al adoptarse esta decisión por vía administrativa, parece dejarse al margen la garantía que podría aportar la vía judicial, es por ello que entiende oportuno LLEDÓ YAGÜE que “dicha resolución administrativa se encuentre sometida a la vigilancia del Ministerio Fiscal y en su caso del Juez que acordó la tutela ordinaria”, como efectivamente se establece en el art. 174.1º del CC): LLEDÓ YAGÜE, F., (*et al.*), *Cuadernos teóricos Bolonia: Derecho de familia. Cuaderno III: Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, de. Dykinson, Madrid, 2017, p. 118

Esta resolución, por imperativo del ya mencionado precepto, se tendrá que notificar a los progenitores, tutores o guardadores, y al menor afectado si fuese mayor de 12 años o si, a pesar de no serlo, tuviese suficiente madurez. La información será clara, comprensible y en formato accesible, e incluirá las causas por las que intervino la Administración así como los efectos de la decisión adoptada.

El principal y primer efecto que origina la declaración de la situación de desamparo del menor, según el art. 172 del CC, es la asunción, automática y por ministerio de la ley, de la tutela del menor declarado en situación de desamparo por la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de los menores en el territorio en que se encuentre.<sup>37</sup>

Al asumir la Entidad Pública correspondiente la tutela del menor en situación de desamparo, quedará en suspenso la patria potestad o la tutela ordinaria, siendo igualmente válidos “los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste”, como afirma el artículo 172 del CC.

Durante el período de tiempo en el que se mantenga la patria potestad, aún suspendida, mantendrán los padres el derecho de relacionarse con sus hijos menores, de acuerdo con lo establecido en el art. 160 CC, y podrán verse obligados, los progenitores y los tutores, por la Entidad Pública que ejerza la guarda de los menores, a abonar una cantidad en concepto de alimentos.

Este derecho de visitas de los padres podría ser un mecanismo útil para reforzar los vínculos familiares y priorizar, como pretende el art. 172 ter. 2º, la reintegración del menor en la propia familia, tratando así de evitar situaciones como la que se conoce en la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>38</sup>, en la que las menores no pudieron volver con su madre porque, aunque ya no existían las causas que motivaron el desamparo, era más beneficioso para ellas

---

<sup>37</sup> No obstante, parece ser que el art. 239 CC prefiera el nombramiento de un tutor siguiendo las reglas de la tutela ordinaria “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela de éste”; aunque entendemos que la tutela automática del art. 172 CC operará con anterioridad en el tiempo a la tutela ordinaria y en el transcurso de tiempo en que se constituya esta última.

<sup>38</sup> SAP de Sevilla (Sección 6ª) núm. 931/2002 de 26 de diciembre (JUR 2003/147679)

mantenerse en la familia que las había acogido, por los vínculos y la estabilidad logrados, aunque esta situación parece estar prevista en el art. 19 bis.3 de la LOPJM.

Con el fin de priorizar la reintegración con la familia de origen, el apartado 3º del art. 172 CC solo legitima la propuesta de adopción como medida de protección cuando “exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen”.

En cuanto al posible mantenimiento de la tutela o la patria potestad, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal estarán facultados por el art. 172.1 CC, para promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela, que, a diferencia de la declaración de la situación de desamparo, sí tendrá que ser acordada judicialmente, por lo que deduce MÚRTULA LAFUENTE que “la declaración de desamparo por sí sola no extingue la patria potestad”, también en orden a priorizar la reintegración del menor en la familia de origen cuando cese la situación de desprotección que provocó el desamparo.<sup>39</sup>

La tutela legal asumida por la Entidad Pública finalizará cuando se constate la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por lo que, y en relación con el art. 170 CC, los progenitores recuperaran la patria potestad de la que fueron privados. También finalizará cuando el menor se traslade voluntariamente a otro país, se encuentre en el territorio de otra Comunidad Autónoma o hubiese abandonado el centro de protección de forma voluntaria sin tenerse conocimiento de su paradero durante seis meses, como establece el apartado 5º del art. 172 CC.

### **II.3. Mecanismos de la Administración para el ejercicio de la guarda**

La Administración, tras asumir la guarda de los menores por la declaración de desamparo o la solicitud de los padres o tutores, realizará la guarda mediante el acogimiento residencial o familiar<sup>40</sup>. Así se desprende del artículo

---

<sup>39</sup>MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2016, p.242

<sup>40</sup>Seguando a LINACERO DE LA FUENTE podemos definir acogimiento como “institución de protección de menores que implica la separación del menor de su familia originaria con el fin de integrarlo -con carácter temporal- en un ámbito familiar idóneo o, subsidiariamente, en una

172 ter del CC, que, en realidad, no deja optar entre un tipo u otro de acogimiento, sino que establece una clara preferencia por el familiar, indicando que “no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor” se realizará la guarda mediante el acogimiento residencial. También el art. 12 de la LOPJM establece la preferencia de las medidas familiares, estables y consensuadas frente a las residenciales, las temporales y las impuestas, respectivamente.

Siguiendo el Código Civil y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, podemos clasificar, atendiendo a quien lo ejerza, dos tipos de acogimiento:

a. Acogimiento residencial: cuando la guarda se ejerza por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor<sup>41</sup>. Se regula esta figura en el art. 21 LOPJM, que establece la obligación de la Entidad Pública de crear en los centros condiciones similares a las familiares, y se reitera en la preferencia del acogimiento familiar, indicando además que los menores de tres años solo podrán ser acogidos en un centro cuando sea imposible el acogimiento familiar, y que para los menores de seis años, el acogimiento residencial, que también se desaconseja, no será de duración superior a tres meses.<sup>42</sup>

b. Acogimiento familiar: según el CC, “produce 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 en un entorno afectivo”<sup>43</sup>

Podrá realizarse en la familia extensa del menor o por familia ajena, siendo

---

institución. LINACERO DE LA FUENTE, M., “Instituciones de protección de la infancia y de la adolescencia. Acogimiento”, en M. Linacero de la Fuente (coord.). Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (TOL 5.918.757)

<sup>41</sup>Art. 172 ter.1 CC

<sup>42</sup>*Vid.* SAP Granada (Sección 3ª) núm. 142/2002, de 9 febrero (AC/ 2002/625) en la que se desestima la solicitud de revocación de la declaración de desamparo que pretende la madre con respecto a sus hijos, que se encuentran acogidos por los abuelos paternos, ya que su intención no era integrarlos en su familia sino ingresarlos en una Escuela-Hogar, y entiende el Tribunal que “el acogimiento residencial es residual, de segundo grado y concebido solo para situaciones graves y urgentes”.

<sup>43</sup> El citado art. 173 CC establece las mismas obligaciones para el acogedor que las establecidas en el 154.1º CC en relación con la patria potestad.

el primero priorizado por el art. 20.2 LOPJM, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa<sup>44</sup> o que las personas que pertenezcan a la familia extensa no reúnan las condiciones adecuadas<sup>45</sup>.

En cuanto al acogimiento por familia ajena, regulado también en el art. 20 LOPJM, podrá ser especializado, por disponer algún miembro de la familia de cualificación, experiencia o formación específicas para el desarrollo de las funciones de guarda, y siendo especializado podrá ser profesionalizado si, reuniendo los requisitos anteriores el acogedor tiene una relación laboral con la Entidad Pública.

El acogimiento familiar puede ser clasificado, según el art. 173 bis CC, por su duración, pudiendo ser de urgencia, temporal o permanente.

#### **II.4. Revocación de la situación de desamparo**

Podrá ser instada por los progenitores o tutores que tengan suspendida la patria potestad o la tutela, respectivamente, durante los dos años siguientes a la notificación de la declaración de desamparo si, “por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela”<sup>46</sup>. Finalizado el plazo, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal acerca del cambio de circunstancias, con el fin de que el Ministerio Fiscal se oponga a la resolución de la Entidad Pública o declare ésta, de oficio, o a instancia de

---

<sup>44</sup> DÍAZ MARTINEZ hace referencia a la existencia de diversos estudios científicos que efectivamente avalan la conveniencia de que el menor que tenga que ser separado de sus padres pueda permanecer en la propia familia en lugar de en una familia ajena o en un centro residencial: DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La familia extensa del menor ante la falta de progenitores, el incumplimiento o la imposibilidad de observancia de los deberes inherentes a la patria potestad”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm.10/2016 parte Jurisprudencia. Comentarios, (BIB 2016/80484) p.7

<sup>45</sup>VER SAP A Coruña (Sección 4ª), núm. 189/2002, de 16 de mayo (AC 2002/1162): en la que se desestima el acogimiento del menor por sus abuelos por convivir éstos con “otros miembros familiares drogadictos, con SIDA, y actividades marginales”, lo que supondría un riesgo para el menor. También se valora que los abuelos no fueron capaces de evitar que sus hijos cayesen en la droga o la marginación, así como que su situación laboral dificulta el cuidado del menor. SAP Asturias (Sección 1ª) núm. 332/2015, de 18 de diciembre (AC 2016/142), en la que se deniega el acogimiento temporal a los abuelos por sus “limitaciones socioculturales” que han impedido ver la precaria situación familiar de su hija y sus nietos con anterioridad y colaborar en ponerle fin.

<sup>46</sup>Art. 172.2 CC

persona o entidad interesada, la revocación de la situación de desamparo.<sup>47</sup>

No obstante, el Tribunal Supremo no siempre es favorable a la reintegración del menor en su familia de origen pese a que este principio se establece en diversos artículos de la LOPJM y el CC, pues entiende que no impone una solución determinada y debe verse subordinado al principio del interés superior del menor, ponderándose ambos pero debiendo prevalecer éste último<sup>48</sup>. Deberá tenerse en cuenta pues, siguiendo la jurisprudencia, no solo el cambio de circunstancias con una evolución positiva, ni el propósito de los padres de hacerse cargo adecuadamente del menor, sino que habrá de constatarse que la mejora de las circunstancias sea “suficiente para restablecer la unidad familiar”, sin riesgo de desamparo para el menor, y deberá también atenderse al tiempo en que el menor ha estado en acogida y los lazos afectivos creados con la familia de acogida, valorando si será favorable para el interés del menor el retorno con sus padres biológicos o la permanencia en la familia de acogida, primando siempre el interés superior del menor sobre el principio de reintegración familiar y sobre el interés de los padres.<sup>49</sup>

### **III. LA POSIBLE DECLARACIÓN DE DESAMPARO A PESAR DE LA GUARDA DE HECHO**

Tras aproximarnos al estudio de la figura de la guarda de hecho y de la institución y las consecuencias de la declaración de desamparo de un menor, debemos responder a la cuestión de si se declararía el desamparo de la menor de nuestro caso por no estar atendida por sus padres sino por un guardador de hecho. Siempre que los progenitores o tutores cesan en el cuidado de sus hijos menores ¿se encuentran éstos en desamparo? ¿Puede evitarse la declaración de desamparo con los cuidados de un guardador de hecho? ¿Y si el guardador

---

<sup>47</sup>Art. 172.3 CC

<sup>48</sup>Vid. STS (Sección 1ª) núm. 565/2009 de 31 de julio (RJ 2009/4581)

<sup>49</sup> STS (Sección 1ª) núm. 565/2009 de 31 de julio (RJ 2009/4581); Vid. STS (Sección 1ª) núm. 315/2014 de 6 de junio (RJ 2019/2844) y SAP de Sevilla (Sección 6ª) núm. 931/2002 de 26 de diciembre (JUR 2003/147679), en la que efectivamente se declara que no existe situación legal de desamparo y se acuerda el retorno de los menores con su madre biológica, estableciendo seguidamente la imposibilidad de ejecutar dicha resolución y por tanto se acuerda indemnizar a la madre biológica.

de hecho es un tercero ajeno a la familia, como en el supuesto que nos incumbe?

Si acudimos a la definición de desamparo que ofrece el artículo 172 CC se nos podrían plantear diversas alternativas.

Por un lado, podríamos entender que se deberá declarar la situación de desamparo siempre que se dé un “incumplimiento o un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección” que establecen las leyes para la guarda de los menores por parte del sujeto legalmente obligado, sin tener en cuenta la efectiva privación que sufren los menores de la necesaria asistencia moral y material que podrían recibir de un guardador de hecho.

Tal vez podríamos considerar estos supuestos como un desamparo “jurídico” o “de derecho” pero no “de hecho”, pues efectivamente, el menor no se encontraría en una situación fáctica de necesidad por verse privado de los cuidados que precise.

Sin embargo, la adopción de esta postura, bajo mi punto de vista, tendría más bien un carácter punitivo contra los padres o tutores legales, o incluso contra los guardadores, castigando su actuación con respecto a los menores a su cargo; al igual que la Audiencia Provincial de Navarra, no entendemos que la declaración de desamparo y la posible privación de la patria potestad con respecto a los padres deba realizarse como castigo, sino como mecanismo para procurar el interés superior del menor.<sup>50</sup>

Por otro lado, teniendo en cuenta el tenor literal de la definición, ésta refiere a una situación “de hecho”, estableciendo *in fine* establece lo que podría entenderse como una consecuencia condicionante de la situación de desamparo, siendo la consecuencia que queden privados de la necesaria asistencia moral y material. Así, parece que se refiera el legislador a que el desamparo solo existirá cuando efectivamente el menor quede privado de la

---

<sup>50</sup> SAP Navarra, (Sección 2ª), núm. 294/2011, de 2 de diciembre (JUR 2012/216297): “en cuanto a que la patria potestad y la posible privación o no de la misma, ha de verse desde la perspectiva de que sea la medida que mejor favorece y protege al menor, y no tanto como un castigo que se impone a los progenitores que han incumplido, después veremos en qué grado, los deberes propios de la patria potestad.”

necesaria asistencia moral o material, con independencia de si la recibe de quienes están legalmente obligados a ello o de un tercero guardador de hecho, pues no se exige ni en el art. 172 CC ni en el art. 18 LOPJM que aquellos que tengan que atender al menor sean los que estén jurídicamente obligados a ello, aunque desde el punto de vista meramente humano o de sentido común, o incluso de protección del interés del menor, parece que debiera ser relevante la identidad del guardador de hecho, en cuanto a si es familiar o no, o el interés que persigue.

En la jurisprudencia, especialmente en jurisprudencia menor, los supuestos de declaraciones de desamparo de menores sometidos a la guarda de hecho se han venido resolviendo de formas dispares debido a las diversas interpretaciones de desamparo, a saber:

Argumentando lo que podríamos entender como “desamparo jurídico o de derecho” se pronunció la Audiencia Provincial de Burgos, ratificando la declaración de desamparo de un menor que no había sufrido ningún “desamparo material” en el tiempo que duró la guarda de hecho, pues había sido atendido y escolarizado por su guardador e integrado en su familia. Sí entendió el Tribunal que, a pesar de esto, sufrió un “desamparo jurídico” por no haber “existido persona que ejerciera su tutela legal”.<sup>51</sup> Considera esta Audiencia que es más beneficioso para el menor que se le declare en desamparo, y así puede asumir su tutela legal la Administración y establecerse un marco jurídico más estable, con independencia de otorgar la guarda al ya guardador de hecho, logrando evitar que la situación de hecho dependa únicamente de la voluntad de los padres, en el sentido de que éstos pueden

---

<sup>51</sup>SAP de Burgos (Sección 2ª) núm. 491/2012 de 28 de diciembre (JUR/2013/52968): Si bien es cierto que el guardador de hecho en este supuesto es un tercero ajeno al ámbito familiar, no parece ser este el motivo que determina la decisión del Tribunal, sino más bien la argumentación expuesta. Siguen la línea del “desamparo jurídico” aunque sin detallar la situación del menor: AAP de Almería (Sección 3ª) núm.37/2008 de 9 de abril (JUR/2008/216450), AAP de Zaragoza (Sección 4ª) núm. 57/2002 de 30 de enero (JUR/2002/74968); AAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 194/2005 de 29 de septiembre (JUR 2005/274584). También en este sentido: DE PALMA DEL TESO, “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de menores”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 15, 2011, p. 201, cit. en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” p. 284

requerir al guardador para que les restituya a los menores sin que éste pueda oponerse, aún sabiendo que el retorno con los padres va a ser perjudicial para el interés del menor<sup>52</sup>.

Se siguen en la citada sentencia algunos de los criterios establecidos por la Circular 8/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, que afirma, entre otros puntos, que “la situación de desamparo derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no se la presta quienes por Ley tienen obligación de hacerlo”, por lo que, de recibir la atención, lo estaría haciendo en “condiciones de precariedad”, siendo más beneficioso para el menor la declaración de desamparo y la constitución de tutela administrativa.

No obstante, parece ser que la mayor parte de los Tribunales, así como de la doctrina<sup>53</sup>, optan por interpretar que solo habrá lugar a la declaración de desamparo del menor cuando éste esté efectivamente privado de sus necesidades materiales o morales, no debiéndose declarar dicha situación de no ser así; siendo algunos ejemplos los siguientes:

- En la Audiencia Provincial de Valencia se siguió un procedimiento en el que la tía materna y guardadora de hecho del menor pretendía que se revocase la declaración de desamparo del mismo, adoptada por la Dirección Territorial de Bienestar Social. Efectivamente se revoca por entender probado la Audiencia, siguiendo el informe psicosocial, que el menor “no evidencia en su conjunto una vivencia negativa de la experiencia de convivencia con sus tíos maternos”, que ha establecido vínculos afectivos con la demandante y “se ha sentido querido y atendido por ella”. Por ello, a pesar de no estar atendido por sus padres sino por los guardadores de hecho, no se considera que el menor esté desamparado, pues sus necesidades morales están cubiertas y respecto a

---

<sup>52</sup>En este sentido, SAP de Cádiz (Sección 5ª) núm. 548/2007 de 9 de noviembre (AC/2008/149), en la que es la abuela de la menor y guardadora de hecho (junto con algunas de sus hijas y tías de la menor) la que solicita la declaración de desamparo para evitar que su hija y madre de la menor se la llevase consigo, pues entendía que no se encontraba en condiciones adecuadas para hacerse cargo de una menor, como así se declara por el Tribunal, que opta por declarar la situación de desamparo constituyendo un acogimiento familiar permanente con una de sus tías.

<sup>53</sup>Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática...” p. 284

las materiales sólo se aprecian “deficiencias menores”, por lo que no cabe la afirmación de que la guardadora “haya incumplido sus obligaciones” suficientemente como para dejar al menor en situación de desamparo. No obstante, se termina constituyendo acogimiento en favor de la abuela materna por declarar la tía no poder hacerse cargo del menor.<sup>54</sup>

- Otro supuesto digno de mención es el procedimiento mediante el cual la tía paterna, que afirma ser guardadora del menor, pretende que se le constituya tutora de su sobrino, habiendo mostrado su conformidad la madre biológica de éste en un expediente de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, el Juzgador de instancia, así como el Ministerio Fiscal, consideran que no ha lugar a constitución de la tutela a favor de la tía por no darse la “circunstancia principal” del desamparo, según el art. 222.4 CC, y ello no solo porque el menor esté efectivamente bien atendido por sus tíos paternos, sino porque además, la madre biológica reside en el mismo domicilio que el menor y los guardadores, por lo que además de estar atendido material y moralmente por su tía, también lo está, al menos moralmente, por su madre, al existir convivencia.<sup>55</sup>

- La Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Sentencia de 15 de octubre de 2013, de contenido altamente didáctico, revoca también la declaración de desamparo de la menor por entender que los abuelos de ésta, que se hacen cargo de su cuidado por petición expresa de sus padres tras reconocer su imposibilidad, reúnen las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor y además expresan su deseo de seguir haciéndolo, y que la menor se encuentra con todas las necesidades cubiertas. Afirma esta Audiencia que “no se trata (...) de quien la ampara sino sencillamente de si tiene amparo, lo cual comprende ya de por si la valoración (...) de si quien desarrolla esta función es/son las personas idóneas para ello”.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup>SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 435/2003, de 9 de septiembre (JUR/2003/242569)

<sup>55</sup>SAP de Granada (Sección 3ª) núm. 199/2004 de 17 de marzo (JUR/2004/129314)

<sup>56</sup>SAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 376/2013 de 15 de octubre (AC/2013/1957). Incluye VOTO PARTICULAR: considera mejor opción la declaración de desamparo, pues efectivamente entiende desamparada a la menor “por imposibilidad o incapacidad de sus padres para asumir las funciones inherentes a la patria potestad”, suspendiéndose así el ejercicio de la misma y asumiendo la tutela la Admón., que podría permitir la continuidad de la

Empleando los mismos argumentos expuestos, encontramos supuestos en los que sí procede la declaración de desamparo, no solo por no estar atendido el menor por sus padres o tutores, sino por no estarlo tampoco por sus guardadores de hecho.<sup>57</sup>

En todos los casos analizados hasta el momento, los guardadores de hecho son familiares del menor, por lo que podríamos entender mayor justificación en la revocación de la declaración de desamparo, siempre que se favorezca así el interés del menor. Lo podemos entender así porque el legislador favorece de igual modo, para supuestos muy similares, el acogimiento en familia extensa<sup>58</sup> y la preferencia de los familiares del menor a la hora de la constitución de la tutela sobre éste<sup>59</sup>, y además, en cualquier caso, para el supuesto de que los padres del menor no pudiesen prestarle alimentos, estarían obligado a ello los abuelos<sup>60</sup>.

De forma natural puede surgir la pregunta de ¿qué sucedería si los guardadores de hecho fuesen terceros ajenos a la familia?

La Fiscalía General del Estado indica a los Fiscales que deberán promover la declaración de desamparo del menor cuando se encuentren bajo la guarda de hecho de personas ajenas “al círculo familiar o de allegados”<sup>61</sup>, aunque los guardadores podrían ser designados como acogedores siempre que hayan ejercido sus funciones adecuadamente, hayan establecido vínculos afectivos

---

guarda por los abuelos siempre que sea más beneficiosa para la menor pero con mayor seguridad jurídica, ya que de lo contrario se “configuraría una situación esencialmente reversible a voluntad de los padres”.

<sup>57</sup>SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 244/2004 de 29 de octubre (AC/2005/142): en la que la menor vivía con sus abuelos, entre los que no había una buena relación, la abuela padecía una enfermedad mental, eran una familia desestructurada, y “a pesar del gran cariño que le profesaban a su nieta”, no se encontraban “en condiciones de asumir los deberes inherentes a la guarda”, por lo que procede a declararse el desamparo de la menor; SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 38/2013 de 17 de enero (JUR/2013/60586): en la que se considera que la abuela y guardadora de hecho de los menores “ha incumplido sus obligaciones como guardadora, consintiendo la situación de maltrato físico y abandono moral y material” del padre biológico de los menores e hijo de la guardadora, con el que sigue manteniendo la relación, lo que se considera perjudicial para los menores.

<sup>58</sup> Vid. Art. 20.2 LOPJM

<sup>59</sup> Como se desprende de los artículos 234 y 235 del Código Civil

<sup>60</sup> Como se desprende de los artículos 143 y 144 del CC. También hace referencia a ello la SAP de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 376/2013 de 15 de octubre (AC 2013/1957) en su F.D. 3ª

<sup>61</sup> Fiscalía General del Estado: Circular 8/2011, de 16 de noviembre,...., cit. p. 7

con el menor, o, en fin, cuando sea positivo para el interés del menor.

La Fiscalía considera la referida actuación como la más adecuada para impedir que se vulnere la legalidad a través de situaciones de hecho y para permitir que la Administración Pública ostente un “título que le permita controlar que el menor está siendo adecuadamente atendido”<sup>62</sup>, ya que, de lo contrario, podrían incluso existir situaciones penalmente reprochables como la entrega del menor a cambio de una retribución económica<sup>63</sup>.

No obstante, encontramos en la jurisprudencia casos que podrían resultar sorprendentes, como los dos que resolvió la Audiencia Provincial de Cádiz<sup>64</sup>. En ambas resoluciones el Tribunal remarca las “patologías” o “actuaciones totalmente reprochables” que, sin respetar los mecanismos de protección legalmente previstos, han permitido mantener la guarda de hecho en el tiempo, lo que ha *obligado* al Tribunal a revocar la declaración de la situación de desamparo tras constatar que los guardadores de hecho, ajenos al círculo familiar y de allegados, habían atendido satisfactoriamente a los menores, cubriendo sus necesidades básicas y estableciendo vínculos afectivos con ellos.

Por esto, se resuelve la *litis* atendiendo el interés superior del menor y

---

<sup>62</sup>Fiscalía General del Estado: Circular 8/2011, de 16 de noviembre,..., cit., p. 6; SAP de Burgos (Sección 2ª) núm. 491/2012 de 28 de diciembre (JUR/2013/52968)

<sup>63</sup> *Vid.* Art. 221 CP. También sería reprochable atender a un menor como guardador de hecho en el ámbito por ejemplo de una mafia, para poder luego abusar de él o inducirle a la mendicidad, si bien, el nuevo art. 18 LOPJM ya haría que esto se considerase desamparo, por ser estos supuestos causas enumeradas por el mencionado precepto, además de no favorecer el interés del menor ni probablemente sus necesidades morales.

<sup>64</sup> SAP de Cádiz (Sección 1ª) núm. 181/2004 de 22 de diciembre (JUR/2006/33273): la menor llega a España en patera, con un mes de vida, con quien dice ser su padre, y son acogidos en un albergue dependiente de una parroquia. El párroco, ante la imposibilidad del padre de hacerse cargo de su hija, la entrega, previo consentimiento del padre, a un matrimonio. Un año después, mediante expediente de jurisdicción voluntaria se declara y reconoce la condición de guardadores de hecho del matrimonio en cuestión, lo que considera la AP como una “omisión en el ámbito de la Admón. de Justicia”, pues “la autoridad judicial y fiscal están obligados a promover las instituciones tutelares y de protección del menor, pero nunca a mantener la situación fáctica existente”.

<sup>65</sup> SAP de Cádiz (Sección 1ª) núm. 183/2004 de 22 de diciembre (JUR/2006/33272): los menores nacen en España de padres inmigrantes irregulares residentes en un Albergue en el que prestaba ayuda humanitaria Sara, quien, ante la imposibilidad de los padres biológicos para cuidar de los menores, por razones laborales y económicas, contacta con el médico de la localidad y deciden cada uno hacerse cargo de uno de los menores. Al tiempo comparecen ante Notario Sara, el doctor y la madre de los menores, y ésta última cede la custodia de sus hijos a éstos.

protegiendo jurídicamente la situación de hecho, obligando a “un resultado final bien distinto”, pues, además de revocarse el desamparo se acuerda la continuidad de la guarda, aunque de modo provisional, si bien previamente se hace referencia a las condiciones adecuadas de los guardadores y a que sus actuaciones, lejos de ser fraudulentas, delictivas o ilícitas, fue adecuada, incluso buscaron activamente el modo de regularizar la situación fáctica.

Dada la contradicción entre las Audiencias Provinciales y, por supuesto, entre los Juzgados de Primera Instancia, se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de octubre de 2014<sup>66</sup> con el objeto de unificar la doctrina, pareciendo decantarse por la línea seguida por la mayoría de la jurisprudencia menor recientemente citada, viniendo a decir que la sola existencia de un guardador de hecho por el incumplimiento por los progenitores de sus deberes de protección con el menor no será bastante para justificar la declaración de desamparo del mismo, debiéndose estudiar en el caso concreto la actuación llevada a cabo por los guardadores de hecho, interpretándose siempre al amparo del interés superior del menor, que deberá prevalecer sobre el resto de intereses en juego.

Con posterioridad a esta Sentencia, en julio de 2015<sup>67</sup>, se reforman la LOPJM y el CC, por lo que el art. 303.2 del CC viene a resolver, en parte, esta cuestión jurídica, siguiendo lo establecido por el Alto Tribunal pero de forma más explícita<sup>68</sup>, por lo que entendemos que deberá estarse igualmente al caso concreto para considerar si se respeta el principio del interés superior del menor y si verdaderamente el guardador de hecho atiende las necesidades materiales y morales del menor.

---

<sup>66</sup>STS (Sala de lo Civil) núm. 582/2014, de 27 de octubre (RJ 2014/5183): es la resolución del recurso de casación interpuesto contra la ya explicada Sentencia de la AP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 376/2013 de 15 de octubre, y resuelve el TS desestimando el recurso de casación, es decir, revocando la declaración de desamparo de la menor, por entender que “se encuentra con todas las necesidades cubiertas en el plano material y afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor”.

<sup>67</sup>Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

<sup>68</sup>Art. 303.2CC: “Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores (...) en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el art. 172 CC(...)”, siendo este art. 172 CC el que establece la estudiada definición de desamparo.

Muy recientemente se han pronunciado algunas Audiencias Provinciales defendiendo la improcedencia de la declaración de desamparo por considerar que, a pesar de haberse desentendido los progenitores del cuidado de sus hijos, los guardadores de hecho reúnen las condiciones necesarias para atender a los menores y lo han venido haciendo satisfactoriamente<sup>69</sup>, incluso en una de ellas el guardador era un tercero ajeno al ámbito familiar<sup>70</sup>.

Por esto podríamos afirmar que la jurisprudencia actual mantiene que, solamente se podrá declarar el desamparo de un menor bajo la guarda de hecho si efectivamente, a pesar de los cuidados del guardador, no se encuentran cubiertas satisfactoriamente sus necesidades morales y materiales, a no ser que sea más beneficioso para el menor la declaración de desamparo, procediendo además en la gran mayoría de los supuestos a nombrar acogedores a los guardadores de hecho, tratando de regular así la situación de guarda.

Por ello, en nuestro supuesto concreto y teniendo en cuenta el comportamiento de la jurisprudencia frente a los guardadores ajenos al ámbito familiar, podríamos suponer, aunque nunca asegurar, que si dejásemos a la menor de nuestro caso con la persona que, sin ser de la familia, la madre

---

<sup>69</sup> SAP de Alicante (Sección 6ª) núm. 159/2016 de 29 de junio (AC/2016/1564): Se revoca la declaración de desamparo de una menor que se encuentra, al igual que su hermano y su prima, bajo la guarda de hecho de su abuela, lo que entiende el Tribunal que es beneficioso para la menor por reforzar las relaciones con su hermano, además de no considerarla desamparada, pues la abuela “tiene habilidades y capacidades suficientes” para asumir la guarda de su nieta, y ésta está bien atendida con su abuela, por lo que se mantiene también el acogimiento familiar. SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 122/2017 de 25 de julio (JUR/2017/231273): La madre de la menor otorga un poder notarial a la tía de su hija para que se haga cargo de ésta mientras ella está en un Centro Penitenciario, pues el padre de la menor tampoco era capaz de atenderla. La niña presentaba un rendimiento escolar satisfactorio y estaba plenamente integrada en la familia de sus tíos, a quienes consideraba sus padres, y éstos se implicaban en la educación de la menor, considerando el Equipo Técnico que la guarda de la menor “se está llevando a cabo de forma satisfactoria”, por lo que se acuerda, respetando el principio de superior interés del menor, no declararse la situación de desamparo, aunque la Admón. deberá adoptar las medidas necesarias para poner fin a la delicada situación jurídica de la menor, que se encuentra en una “situación de atención de hecho (...) limitada frente a la legítima intención de la madre de recuperarla”.

<sup>70</sup> SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 259/2015 de 15 de junio (AC 2015/1332): en la que los guardadores de hecho son unos amigos de la madre que reciben una suma de dinero por el cuidado de la menor; a pesar de ello la Audiencia entiende que los guardadores han actuado altruistamente y que “han atendido de forma muy satisfactoria las atenciones y necesidades del menor”, por lo que, al haber prestado la asistencia necesaria “no procede la declaración de desamparo”.

afirma que es como su hermana, y ésta la atendiese como una madre a su hijo, cubriendo todas sus necesidades tanto materiales como afectivas o morales, la jurisprudencia mantendría esta situación no declarando al menor en situación de desamparo. No obstante, esta suposición no significa que optar por la guarda de hecho en el supuesto planteado de inicio sea la mejor opción, como seguidamente analizaremos de forma breve.

#### **IV. POSIBLES MECANISMOS PARA EVITAR LA GUARDA DE HECHO Y LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO**

Como ya hemos avanzado, a pesar de que la mera existencia de la guarda de hecho no es bastante para la declaración de desamparo, esto no significa que la guarda de hecho sea un buen mecanismo de protección de los menores; de hecho, como ya hemos visto en la jurisprudencia, se trata siempre de ponerle fin, pues en realidad es una fuente de inseguridad jurídica e inestabilidad<sup>71</sup> tanto para los guardadores, que no ostentan ningún tipo de “poder” sobre el menor, como para los menores, que aun estando en un ambiente adecuado, están a expensas de que sus progenitores o tutores decidan terminar con la guarda de hecho, pudiendo llegar a estar realmente desatendidos de suceder aquello.

Por lo expuesto, consideramos que, tanto para el caso planteado al inicio de este trabajo, como para cualquier caso que pudiésemos encontrar en la práctica, podríamos ofrecer tres posibles vías para tratar de evitar la guarda de hecho y una posible declaración de desamparo:

Una opción sería acudir a la guarda voluntaria del art. 172 bis del CC, que posibilita a los padres o tutores que, en caso de no poder asumir el cuidado de los menores a su cargo, por encontrarse con circunstancias graves y transitorias que deberán acreditar, soliciten de la Entidad Pública que asuma la guarda de estos.

---

<sup>71</sup>*Vid.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática de menores,” cit. p. 293

Sin embargo, el plazo legalmente establecido para esta guarda es de dos años, con posible prórroga para situaciones excepcionales<sup>72</sup>, y transcurrido el plazo fijado, si los padres o tutores siguen sin poder hacerse cargo del menor, éste será declarado en situación de desamparo, por lo que no parece ser aconsejable esta figura si se prevé que las causas por las que no pueden hacerse cargo de sus hijos o pupilos vaya a superar el plazo temporal de dos años.

A pesar de la constitución de la guarda, que se hará por escrito, a los padres no se les suspende ni retira la patria potestad, ni a los tutores la tutela ordinaria<sup>73</sup>, y seguirán manteniendo responsabilidades con respecto del menor<sup>74</sup>.

Consideramos que este puede ser un mecanismo adecuado para evitar tanto la declaración de desamparo del menor<sup>75</sup> como la guarda de hecho, siempre que las circunstancias que impidan a los padres hacerse cargo del menor duren menos de dos años, y además, este mecanismo posibilitaría la elección por parte de los padres de la persona que será acogedora,<sup>76</sup> pues el art. 12 LOPJM establece que en las actuaciones de protección deberán primar las medidas consensuadas frente a las impuestas<sup>77</sup>. Además, ante la posible declaración de desamparo del menor si tras el transcurso de los dos años, sus

---

<sup>72</sup>La fijación de este plazo tiene la finalidad de “evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas «sine die», privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia.”, como afirma el preámbulo de la Ley 26/2015 de 28 de julio.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ, M.Á., “La tutela legal automática de menores, ...”, cit. p. 265

<sup>74</sup>*Vid.* Art. 172 ter.4 CC, por el que “podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades (...)”

<sup>75</sup> MORENO, R., *Acogimiento Familiar*, ed. *Dykinson*, Madrid, 2012, p.118 cit. en NORIEGA RODRÍGUEZ, L., “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *ADC* t. LXXI, 2018, fasc. I, pp. 111 y ss., en p. 139: entiende que acudir a esta figura es como “ponerse la venda antes de recibir la pedrada”, ya que al solicitarla, los padres podrán evitar la declaración de desamparo del menor en tanto solucionan las dificultades que encuentran para cumplir sus deberes derivados de la patria potestad, por lo que, “acudir con carácter previo a la guarda administrativa evitará que la entidad pública pueda dar al menor en régimen de acogimiento preadoptivo o incluso en adopción”.

<sup>76</sup>Recordemos que los acogimientos son los mecanismos de la Administración para ejercer la guarda o tutela que le es encomendada.

<sup>77</sup>Será determinante, claro está, que la persona propuesta por los padres o tutores para el acogimiento del menor reúna las condiciones adecuadas para hacerse cargo del mismo.

padres o tutores no pudiesen hacerse cargo de éste de nuevo, podría haber, a través del art. 239.2 del CC, el nombramiento del acogedor como tutor<sup>78</sup>.

Por otro lado, la segunda opción posible sería solicitar judicialmente la constitución de la tutela ordinaria, nombrando tutor a la persona en la que hubiésemos pensado para ser guardador de hecho.

Así, entienden algunas Audiencias Provinciales<sup>79</sup> que podría constituirse la tutela ordinaria sobre un menor que se halle en la situación de “desamparo jurídico” explicada en el apartado anterior de este trabajo, por aplicación del art. 222.4º del CC, sin necesidad de que esta situación de desamparo haya sido declarada previamente por la Administración, sino que puede “ser apreciada por un Tribunal”<sup>80</sup> tras la comprobación de que efectivamente los obligados legalmente a atender al menor no están haciéndolo, por lo que, en relación del citado precepto con el art. 239 CC, podría nombrarse a un tutor conforme a las reglas ordinarias, en lugar de corresponder la tutela a la Entidad Pública, siempre que existan personas que puedan asumir la tutela del menor, en interés del mismo, por las relaciones mantenidas con dicho menor o “por otras circunstancias”.

Este mecanismo se podría aceptar a pesar de la incompatibilidad en la existencia de patria potestad y tutela, pues seguidamente el art. 239.2 CC establece que en estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor, se acordará la suspensión o privación de la patria potestad o la remoción del tutor en su caso<sup>81</sup>. No obstante, se plantearía la duda, en el supuesto que

---

<sup>78</sup>El art. 239.2 del CC establece que, “se procederá al nombramiento de tutor [de los menores en situación de desamparo] conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste”.

<sup>79</sup>*Vid.* AAP de Almería (Sección 3ª) núm.37/2008 de 9 de abril (JUR/2008/216450), AAP de Zaragoza (Sección 4ª) núm. 57/2002 de 30 de enero (JUR/2002/74968); AAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 194/2005 de 29 de septiembre (JUR 2005/274584).

<sup>80</sup>AAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 194/2005 de 29 de septiembre (JUR 2005/274584).

<sup>81</sup>AAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 194/2005 de 29 de septiembre (JUR 2005/274584): “Que la regla ordinaria sea la declaración del desamparo administrativo y el nacimiento de la tutela legal que prevé el art. 239 párr. 1º del CC., no empece que esa situación de desamparo, como verdadera situación de hecho que acabamos de describir, no pueda ser apreciada por un Tribunal a los efectos precisamente del supuesto excepcional que prevé el párr. 2º del indicado artículo 239 a fin de verificar la posibilidad del nombramiento de tutor conforme las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras

nos incumbe, de si se podría declarar esta suerte de desamparo cuando todavía la madre no ha dejado de atender las necesidades de su hija, pues no parecería haber motivo para la privación de la patria potestad, y debemos recordar que ésta es irrenunciable.

Una tercera opción que parece abrirse tras la STS 492/2018<sup>82</sup> sería la de otorgar o delegar judicialmente la guarda y custodia del menor a un tercero para que se haga cargo del menor durante la ausencia de los padres o tutores<sup>83</sup>, en el caso planteado, durante la ausencia de la madre. Es una posibilidad ya introducida por el art. 103.1º,2 del CC como medida provisional en supuestos de separación, nulidad o divorcio de los progenitores. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la mencionada Sentencia, otorga la guarda y custodia de una menor a su tía paterna en base a los vínculos ya creados entre ambas por ser la tía guardadora de hecho de la menor, basándose en el interés superior del menor, por lo que no sabemos si un Juez acordaría el otorgamiento de la guarda y custodia de una menor a una tercera persona que no haya sido guardadora de hecho anteriormente, aunque, por ejemplo, en el supuesto planteado al inicio del presente trabajo sí podría argumentarse los vínculos establecidos entre la menor y la amiga de la madre.

---

circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para éste. Si de la declaración administrativa de desamparo nace la tutela automática de carácter legal a favor de las entidades a las que alude el art. 239, puede colegirse que existe la posibilidad de apreciar otro desamparo que, no siendo el administrativo que otorgaría automáticamente aquella tutela, conceda la posibilidad de decidir la tutela a aquellas de las personas relacionadas con el menor a las que alude al párrafo 2º del art. 239.”

<sup>82</sup>STS (Sala de lo Civil) núm. 492/2018 de 14 de septiembre (RJ 2018/5140), en la que se otorga la guarda y custodia de la menor a su tía, quien fue su guardadora de hecho en el período en que la madre de la menor enfermó, a pesar de que tras el fallecimiento de ésta el padre solicita recuperar la guarda de la menor (pues conservaba la patria potestad). Se decide por la Sala otorgar la guarda y custodia a la tía amparándose en el art. 103.1.2º CC y basándose en el interés superior de la menor, aunque se establece un régimen de visitas en favor del padre con la intención de que pueda éste al fin recuperar la guarda y custodia de la menor.

<sup>83</sup>*Vid.* CABEZUELO ARENAS, A.L., “Continuación de la tía paterna como guardadora de su sobrina pese al deseo del padre biológico de ejercer su papel por ostentar la patria potestad sobre su hija. Prevalencia del interés de la menor.”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2018 parte Jurisprudencia. Doctrina. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018. (BIB 2018/14145)

## V. CONCLUSIONES

Tras el estudio de las figuras de la guarda de hecho y el desamparo y sus consecuencias jurídicas, y la breve aproximación en la búsqueda de un mecanismo que las evite, podríamos concluir, a modo de respuesta para nuestra cliente Dña. María, que:

En cuanto a la figura de la guarda de hecho, entendemos que sería desaconsejable hacer uso de ella, ya no por el riesgo de una posible declaración de desamparo, que tras la reforma legislativa parecería más improbable, sino especialmente por la inseguridad jurídica que puede provocar en las tres protagonistas de nuestro supuesto, pues no existiría ninguna obligación para Dña. Gema en cuanto al cuidado de la menor, más allá de la obligación moral; esto podría perjudicar tanto a Dña. María, a la que podría producir desconfianza en algún momento de la relación, como a Dña. Gema, que no contaría con respaldo legal o institucional de ningún tipo para el ejercicio de sus funciones. Además, tan pronto como se conozca la existencia de un guardador de hecho por la autoridad judicial o administrativa, éstas deben encaminarse a conseguir su extinción, si bien paulatinamente y en algunos casos la jurisprudencia parece optar por el mantenimiento de la guarda de hecho “judicializándola”.

En cuanto a la declaración de desamparo de la menor bajo la guarda de hecho, siempre que la guardadora ejerciese correctamente sus funciones velando por la asistencia moral y material de la menor, y más aún tras el establecimiento de vínculos entre ambas, cabría suponer que no se optaría por la declaración de desamparo, o, si la Administración sí lo hiciese, ésta se revocaría judicialmente. Ofrecería dudas en este supuesto el hecho de no existir un vínculo familiar entre la menor y Dña. Gema, aunque pertenece al círculo de allegados de Dña. María, y además, la menor no tienen familiares próximos cercanos geográficamente, pudiendo considerarse perjudicial para el interés de la misma trasladarse a residir a una localidad distinta con familiares con quien parece no mantener especial relación.

A pesar de lo expuesto, ante la improbable declaración de desamparo por aplicarse la figura del “desamparo jurídico” (partiendo de que la menor se encuentra bien atendida por Dña. Gema), lo que ya se aleja de la jurisprudencia del Alto Tribunal, cabría esperar la constitución de un acogimiento en favor de la guardadora de hecho, incluso ésta podría solicitar la tutela de la menor o la guarda y custodia.

Analizadas las tres opciones que podrían facilitar evitar la guarda de hecho y la declaración de desamparo, podemos considerar que es probable que el juez no permita nombrar tutora de la menor a Dña. Gema, por seguir ostentando la madre la patria potestad, y que tampoco acepte, el juez, a la delegación de la guarda y custodia. Sin embargo, habiendo ejemplos en la jurisprudencia de la constitución de la tutela y del otorgamiento de la guarda y custodia al guardador de hecho, por haber existido ya una relación entre el menor y el guardador en la que éste último ha cuidado del primero, siempre cabría la posibilidad, para el caso de que el Juez denegase las dos opciones anteriores, de acudir a la guarda voluntaria solicitando que sea acogedora Doña Gema.

De elegir esta última vía, si tras el transcurso de dos años, (de no admitirse prórroga), se declarase a la menor en situación de desamparo, sería más probable que, de haberse establecido vínculos afectivos entre ambas y haber sido atendido satisfactoriamente las necesidades de la menor, pudiera Dña. Gema solicitar su tutela o, al menos, la guarda y custodia, o en último lugar, el acogimiento, pues a falta de familiares directos y tras un período de acogida satisfactorio, nada parece ser más favorable para el interés de la menor.

Si bien, debería advertirse a la madre de que, en el caso de que Dña. Gema no consintiese el retorno de la menor tras su regreso de EE.UU., o decidiese acudir a los tribunales, podría no ser tan sencilla la reintegración familiar, pues atendiendo al superior interés del menor podría el retorno no ser tan inmediato como se desease, por lo que sería aconsejable que Dña. María mantuviese una estrecha relación con su hija a pesar de la distancia, para que el posterior retorno sí pueda ser satisfactorio para el interés de la menor.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Del Tribunal Supremo:**

STS 114/1997 de 16 de junio

STS (Sección 1ª) núm. 565/2009 de 31 de julio (RJ 2009/4581)

STS (Sección 1ª) núm. 315/2014 de 6 de junio (RJ 2019/2844)

STS (Sección 1ª) núm. 582/2014, de 27 de octubre, (RJ 2014/5183)

STS (Sección 1ª) núm. 167/2016 de 17 de marzo (RJ 2016/1132)

STS (Sala de lo Civil) núm. 492/2018 de 14 de septiembre (RJ 2018/5140)

### **De las Audiencias Provinciales:**

SAP de Sevilla (Sección 6ª) núm. 931/2002 de 26 de diciembre (JUR 2003/147679)

SAP Granada (Sección 3ª) núm. 142/2002, de 9 febrero (AC 2002/625)

SAP A Coruña (Sección 4ª), núm. 189/2002, de 16 de mayo (AC 2002/1162),

SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 435/2003), de 9 de septiembre, (JUR 2003/242569)

SAP de Cádiz (Sección 1ª) núm. 181/2004 de 22 de diciembre (JUR 2006/33273)

SAP de Cádiz (Sección 1ª) núm. 183/2004 de 22 de diciembre (JUR 2006/33273)

SAP de Granada (Sección 3ª) núm. 199/2004 de 17 de marzo (JUR 2004/129314)

SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 244/2004 de 29 de octubre (AC 2005/142)

SAP de Valladolid (Sección 3ª), núm. 34/2005 de 1 de febrero (AC 2005/550)

SAP de Cádiz (Sección 5ª) núm. 548/2007 de 9 de noviembre (AC 2008/149)

SAP Navarra (Sección 2ª) núm. 294/2011 de 2 de diciembre de 2011 (JUR 2012/216297)

SAP de Burgos (Sección 2ª) núm. 491/2012 de 28 de diciembre (JUR 2013/52968)

SAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 376/2013 de 15 de octubre (AC 2013/1957)

SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 38/2013 de 17 de enero (JUR 2013/60586)

SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 14/2014 de 29 de enero (JUR 2014/95936)

SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 259/2015 de 15 de junio (AC 2015/1332)

SAP de Asturias (Sección 1ª) núm. 332/2015, de 18 de diciembre (AC 2016/142)

SAP de Alicante (Sección 6ª) núm. 159/2016 de 29 de junio (AC 2016/1564)

SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 122/2017 de 25 de julio (JUR 2017/231273)

AAP de Asturias, rollo de apelación núm. 965/1991, de 24 de marzo de 1992 (AC 1992/516)

AAP de Zaragoza (Sección 4ª) núm. 57/2002 de 30 de enero (JUR 2002/74968)

AAP de Barcelona (Sección 18ª), recurso núm. 180/2004, de 8 de julio de 2004 (JUR 2004/218989)

AAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 194/2005 de 29 de septiembre (JUR 2005/274584)

AAP de Almería (Sección 3ª) núm.37/2008 de 9 de abril (JUR 2008/216450)

**Del Tribunal Constitucional:**

STC núm. 298/1993 de 18 de octubre (RTC 1993/298)

STC núm. 124/2002, de 20 de mayo, (RTC 2002/124)

## BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT A.I. “La “revitalización” de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia I, RCDI núm. 757, septiembre 2016, pp. 2845 y ss.,

BERROCAL LANZAROT, A.I., “La “revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia II”, RCDI noviembre 2016, núm. 758, pp. 3363 a 3387,

BERCOVITZ R. (coord.) *Manual de Derecho civil: Derecho de familia*, ed. Bercal S.A., Madrid, 2015

CABEZUELO ARENAS, A.L., “Continuación de la tía paterna como guardadora de su sobrina pese al deseo del padre biológico de ejercer su papel por ostentar la patria potestad sobre su hija. Prevalencia del interés de la menor.”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2018 parte Jurisprudencia. Doctrina. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018. (BIB 2018/14145)

DIAZ MARTINEZ, A., “La familia extensa del menor ante la falta de progenitores, el incumplimiento o la imposibilidad de observancia de los deberes inherentes a la patria potestad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.10/2016 parte Jurisprudencia. Comentarios. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016. (BIB 2016/80484)

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., “La protección pública de los menores”, en X. O’Callaghan Muñoz (*et al.*), *La reforma del derecho de la persona y la familia: jurisdicción voluntaria y protección de la infancia y la familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp.225 y ss.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. Sentido y alcance de los arts. 239 y 239 bis del Código Civil” en X. O’Callaghan Muñoz (*et al.*), *La reforma del derecho de la persona y la familia: jurisdicción voluntaria y protección de la infancia y la familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 260 y ss.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “Instituciones de protección de la infancia y de la adolescencia. Acogimiento”, en M. Linacero de la Fuente (coord.). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (TOL 5.918.757)

LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos teóricos Bolonia: Derecho de familia. Cuaderno III: Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, de. Dykinson, Madrid, 2017, p. 118

MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2016

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *ADC* t. LXXI, 2018, fasc. I, pp. 111 y ss.

TEJEDOR MUÑOZ, L., “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, en M<sup>a</sup>. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz (coord.), *Protección jurídica del menor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, (TOL 6.029.030)