

**DIVORCIO. Solo puede acordarse la guarda y custodia compartida cuando la solicite al menos uno de los progenitores.** Las dos posibilidades que establece el art. 92 CC para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida parten del requisito esencial de que medie la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

Así lo ha establecido la Sala de lo Civil del TS en su sentencia 400/2016, de 15 de junio de 2016 (ponente señor Baena Ruíz), por la que anula el régimen de custodia compartida de una menor concedido a su padre y su madre porque ninguno de los dos lo había solicitado.

El alto tribunal ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya, que dictó la sentencia estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los “estrictos términos” en que se planteó el debate “que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida”.

El Juzgado de Bilbao que resolvió en primera instancia el caso concedió la custodia al padre, quien al inicio de la vista desistió de la petición subsidiaria de custodia compartida proponiendo únicamente la custodia paterna. La madre reclamaba que se le concediese la custodia a ella.

El Juzgado le dio la custodia al padre al considerar que, al estar desempleado, tenía más tiempo de ocuparse del cuidado de la hija, mientras que la madre regentaba un negocio de hostelería que le absorbía mucho tiempo.

Respecto a la custodia compartida, el juez de Primera Instancia señaló que no concurría los presupuestos para concederla porque ninguno de los progenitores la había pedido.

Sin embargo, la AP Vizcaya, ante quien recurrió la madre, revocó parcialmente la sentencia dictada en primera instancia y estableció un sistema de custodia compartida. Razonó que, pese a que el informe del equipo psicosocial se inclinó porque la custodia se confiase al padre por su mayor disponibilidad de tiempo, las circunstancias habían cambiado en el curso del procedimiento, de modo que era el padre el que había pasado a regentar el mismo negocio de hostelería, y la madre la que se encontraba en paro.

La Audiencia añadió que, como esas circunstancias eran una variable impredecible en el futuro, optaba por el régimen de guarda y custodia compartida por semanas alternas y permaneciendo la menor en el domicilio familiar salvo acuerdo que pudiesen alcanzar las partes en otro sentido.

En su sentencia, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina contenida en su sentencia de 19 de abril de 2012 (rec. 1089/2010): los dos casos previstos por el art. 92 CC para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida, parten de un mismo “requisito esencial para acordar este régimen”: “la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda”, pero, destaca la Sala, el Código Civil “exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.”

Y “si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición”.

Doctrina que ha sido posteriormente confirmada por las SSTS 29 de abril de 2013 (rec. 2525/2011) y 9 de marzo de 2016 (rec. 1849/2014), que establecen que si bien la guarda y custodia compartida ha de considerarse la medida “normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”, requiere “la existencia de petición de parte, pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia.”

A continuación, la Sala se pregunta si debe asumir la instancia y, decidiendo el recurso de apelación sin apartarse de los términos en que fue planteado el debate, resolver sobre el progenitor al que se debe confiar la guarda y custodia de la menor. Si al padre, según mantiene la sentencia de primera instancia, o a la madre, según pretendía ésta.

“Ésta sería una solución que pondría fin a la controversia con ahorro procesal en el tiempo, pero tiene un inconveniente, cual es, que al no haber ofrecido respuesta el Tribunal de apelación (la Audiencia de Vizcaya) al recurso de esta naturaleza en los términos en que se sometió a su consideración, si la Sala, asumiendo funciones de tribunal de apelación, desestimase el recurso de la parte demandada, ésta quedaría privada del recurso extraordinario de infracción procesal y del recurso de casación, que podría haber formulado si la desestimación de su recurso de apelación la hubiese decidido la Audiencia Provincial en vez de acordar una guarda y custodia compartida no solicitada por ninguno de los progenitores”, indica el Supremo.

Por ello se estima adecuada la devolución de los autos al tribunal de la Audiencia Provincial para, sin alterar los términos del debate, que no incluía decidir sobre la custodia compartida, resolver el recurso de apelación que interpuso la representación procesal de la madre contra la sentencia dictada en la primera instancia.





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





**Alfredogarcialopez**  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS







Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS

