

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA LA  
UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL  
RECURSO DE CASACIÓN

SHARED CUSTODY: TOWARDS UNIFICATION OF  
CRITERIA IN APPEAL

*Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 592-601*



Agustina  
HERRANZ  
GONZÁLEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 22 de febrero de 2014

**ARTÍCULO APROBADO:** 23 de febrero de 2014

**RESUMEN:** La seguridad jurídica en materia de guarda y custodia aconsejan establecer criterios comunes de actuación. El objetivo es la tutela del supremo interés del menor, principio rector en esta materia. La STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) ha establecido como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

**PALABRAS CLAVE:** Uniformidad. Principio rector. Doctrina jurisprudencial. Régimen normal. Compartida.

**ABSTRACT:** Legal certainty regarding custody advise establish common performance criteria. The objective is the protection of the interests of the child, guiding principle in this matter. The STS April 29, 2013 (EDJ 2013/58481) has been established as legal doctrine that shared custody is to be regarded as the normal regime and more convenient for the child.

**KEY WORDS:** Uniformity, guiding principle, jurisprudence, normal arrangements, shared.

**SUMARIO:** I. Apuntes previos sobre la relevancia de los pronunciamientos sobre guarda y custodia. II.- Doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida.- 1. Supuestos en los que resulta posible su adopción.- 2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo. III.- Conclusiones.

---

## I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

La ordenación de las relaciones entre el menor y sus progenitores cuando se produce la desintegración familiar se efectúa, de ordinario, mediante el correspondiente pronunciamiento judicial sobre guarda y custodia<sup>1</sup>. Y como estas resoluciones repercuten tanto en sus vidas como en sus economías<sup>2</sup>, resulta una de las cuestiones más controvertidas. Por otra parte, la igualdad, consagrada como derecho fundamental<sup>3</sup> y como valor superior del ordenamiento jurídico<sup>4</sup>, evidencia la necesaria unificación de criterios de actuación a modo de protocolo al que puedan remitirse los operadores jurídicos. Dicha seguridad o certeza legal y judicial se hace más evidente dada la coexistencia de la normativa estatal con la de nuestras Comunidades Autónomas, si bien se reclama también ante la diversidad de criterios seguidos en territorio común.

La deseada unificación de criterios resulta viable mediante la elaboración, consolidación y aplicación homogénea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ya que sabido es que el art 1.5 CC establece que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, y por ello, ha de ser aplicada por todos y cada uno de los órganos judiciales con independencia de su ubicación dentro del territorio nacional.

- 
- 1 Incluso en el procedimiento consensual, dado que el convenio regulador ha de ser aprobado judicialmente.
  - 2 Nos referimos, fundamentalmente, a la atribución del uso del domicilio y ajuar familiar y la pensión de alimentos.
  - 3 Art. 14 CE.
  - 4 Art. 1.1 CE.

### • Agustina Herranz González

Abogada en ejercicio desde 1995. Ha participado como discente en numerosos cursos de especialización (Violencia de género, menores, derecho penitenciario, extranjería, etc.). Profesora tutora de la UNED desde el año 1997, ha publicado varios artículos. En posesión del Certificado-Diploma de Estudios Avanzados, actualmente prepara la tesis doctoral en el Departamento de Derecho Civil de la UNED.

## II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

### I. Supuestos en los que resulta posible su adopción

De conformidad con la actual redacción del art. 92 CC<sup>5</sup>, la guarda y custodia compartida puede acordarse en dos supuestos: a) Cuando lo soliciten ambos progenitores<sup>6</sup>; b) Cuando, a pesar de no existir acuerdo al respecto, el Juzgador considere que de esa forma se tutela más eficazmente el supremo interés del menor<sup>7</sup>. Por otra parte, a partir de que el TC declarara la nulidad del inciso “favorable” contenido en el apartado 8 del art 92<sup>8</sup>, corresponde exclusivamente al Juez valorar la conveniencia o no de acordar este régimen, con independencia del sentido en el que se pronuncie el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

La STS 28 septiembre 2009 (EDJ 2009/229007) ha dejado sentado que “la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como ‘estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional’, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las NNUU sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo SSTC 143/1990, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero”.

Pero no obstante esta supremacía del interés del menor, la complejidad de la cuestión se manifiesta, básicamente, en dos aspectos: En primer lugar, determinar cuál es el supremo interés del menor en cada caso concreto: Tarea que no resulta en absoluto sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar en la que, normalmente, se incardina. Es inevitable que cuando se produce la ruptura entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, relegando los de los menores a un segundo plano. Del estudio del derecho comparado se extrae la conclusión, asumida por el TS<sup>9</sup>, de que deben tomarse en cuenta criterios como, por ejemplo, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor; sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en

5 Redactada por Ley 15/2005.

6 Párrafo 5.

7 Párrafo 8.

8 STC 17 octubre 2012 (EDJ 2012/224014).

9 STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009/234619)

sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios; los horarios y actividades de ambos; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en general, cualquier otro que permita lograr el objetivo perseguido, esto es: Establecer un régimen de guarda y custodia que permita a los menores llevar una vida lo más normalizada posible teniendo en cuenta que la convivencia a partir de la ruptura necesariamente ha de ser más compleja.

La segunda cuestión no es menos problemática, puesto que se trata de dilucidar quién es la persona o el órgano judicial al que le corresponde la facultad de apreciar ese supremo interés. En los procedimientos consensuales prevalece el criterio de los progenitores, conforme resulta del apartado 5 del art. 92 CC<sup>10</sup>. Pero cuando el consenso no es posible, la cosa se complica. Como dice la STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009/234619), “el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor; no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren ‘esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa’”.

Dicho de otra forma: Dado que la “delimitación de la realidad” o fijación de hechos probados corresponde a los órganos judiciales de instancia, y el interés del menor depende de la situación material casuística, los pronunciamientos sobre medidas solo podrán ser combatidos ante el Tribunal Supremo en los casos siguientes: 1) A través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando la sentencia que se dicte incurra en alguna de las infracciones susceptibles de fundamentar este recurso conforme a las normas que le son propias. Habrá que acudir por tanto a este remedio siempre que se considere que la situación de hecho que se refleja en la resolución judicial no se corresponde con la realidad. 2) A través del recurso de casación cuando, a pesar de que la delimitación de la realidad realizada por el órgano a quo sea acertada, no se haya fundado la decisión en el supremo interés del menor.

Por consiguiente, en la praxis resulta decisivo que en el procedimiento judicial se despliegue la actividad probatoria necesaria para acreditar la situación de hecho. Y en el supuesto de que las pruebas propuestas sean inadmitidas, habrán de utilizarse cuantos recursos y demás remedios procesales sean procedentes en derecho, a fin de mantener la posibilidad de formular recurso extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se dicte.

---

10 Sin perjuicio de su apartado 6.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que tanto las cuestiones formales como las materiales son susceptibles de ser revisadas por las AP a través del recurso de apelación<sup>11</sup> y, por lo tanto, será la Audiencia competente la que en la mayoría de las ocasiones dicte la resolución definitiva<sup>12</sup>.

En suma, la determinación de cuál es el interés del menor en cada caso concreto corresponde a los progenitores<sup>13</sup> en los procedimientos consensuales, mientras que en los contenciosos corresponderá:

1º) Al juzgado de primera instancia, cuando ambas partes se aquieten con la sentencia dictada.

2º) A la AP correspondiente, cuando alguna o ambas partes interpongan recurso de apelación.

3º) AITS, siempre que proceda recurso extraordinario y las partes efectivamente lo interpongan.

## 2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo

La Sala Primera del TS<sup>14</sup> se ha pronunciado ya sobre numerosas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa. Existe, por tanto, un cuerpo de doctrina jurisprudencial que, además de permitir fundamentar en su vulneración el recurso de casación por interés casacional, es complemento del ordenamiento jurídico<sup>15</sup> y, como tal, ha de ser aplicada por el resto de los órganos judiciales. Sin pretensiones de exhaustividad, al día de hoy existe jurisprudencia sobre las siguientes materias<sup>16</sup>:

A) *Excepcionalidad*: La STS 22 julio 2011 (EDJ 2011/155183), interpreta el adjetivo "excepcional" del art 92.8 del CC, afirmando que este apartado hay que ponerlo en relación con el 5 y, por lo tanto, la excepcionalidad está referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas: "El texto actualmente vigente del art 92.8 CC, redactado por Ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo

11 Así resulta del art 456.1 LEC.

12 Así será no solo cuando no concurren los requisitos exigidos para la interposición del recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional, sino también cuando, aun concurriendo, la parte perjudicada por la resolución judicial no pueda asumir su coste económico. Hay que tener en cuenta que en la actualidad dicho coste se ha visto incrementado de forma considerable por el establecimiento de la preceptiva tasa.

13 Con las limitaciones antes expuestas.

14 Al interpretar y aplicar el art 92 CC en cumplimiento de su labor nomofláctica y uniformadora.

15 Art. 1.6 CC

16 Reflejada, por tanto, en al menos dos SSTs, aun cuando se cite solamente una.

8 dice: 'Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor'. La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla 'fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor'. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la 'excepcionalidad', a que se refiere el art 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla".

B) *Relación entre los progenitores*: La misma Sentencia citada en el apartado anterior establece que las relaciones entre los cónyuges, por sí mismas, no resultan relevantes para determinar cuál sea el régimen de guarda y custodia más conveniente<sup>17</sup>: "De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".

C) *Régimen normal y deseable*: La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece que la guarda y custodia compartida no es excepcional, sino que debe considerarse la mejor solución porque permite al menor seguir relacionándose del modo más razonable con ambos progenitores.

En efecto, tras razonar profusamente las razones en que se fundamenta, dicha sentencia establece la siguiente doctrina: "3º Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario,

17 La lógica evidencia que, si se ha producido la ruptura, es precisamente porque las relaciones entre los progenitores se han deteriorado, pero ello no debe conllevar automáticamente la exclusión del régimen de guarda y custodia compartida. Si así fuera, las malas relaciones podrían ser propiciadas deliberadamente por el progenitor al que no interese el régimen de guarda y custodia compartida.

habrá de considerarse 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”.

*D) Imprescindible petición de parte:* También la STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) determina la necesidad de que la guarda y custodia compartida sea solicitada, al menos, por uno de los progenitores: “En ambos casos<sup>18</sup>, un requisito esencial para acordar este régimen es 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. El CC, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.

*E) No basta una motivación puramente retórica:* En relación con la motivación de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia, la STS 7 julio 2011 (EDJ 2011/146903), después de citar la doctrina tanto propia como del TC sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales en general, concluye afirmando la insuficiencia de una motivación puramente retórica: “La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor; por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida... De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor; que después no aplica para resolver el recurso”.

*F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas:* También de forma reiterada se ha pronunciado el Alto Tribunal sobre la materia revisable en casación: “Así pues, de conformidad con la doctrina jurisprudencial citada tendrán acceso a la casación las cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustantiva (función nomofiláctica), pero no la apreciación de la prueba o valoración de las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Así resulta por ejemplo de la STS 323/2012, de 25 de mayo. Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor; motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio)”.

*G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad:* La determinación del domicilio del menor es una de las facultades inherentes a la patria potestad y, por ello, corresponde a ambos progenitores la decisión al respecto. En caso de desacuerdo, resolverá el juez conforme establece el art 156 CC, pero sin perder de vista el supremo interés del menor; pudiendo dar lugar a un cambio de guarda y custodia.

Así resulta de la STS 26 octubre 2012 (EDJ 2012/232597): “Es cierto que la CE, en su art 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar; lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia [...] la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (art 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte”.

*H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento en las nuevas tendencias:* Por último, el TS abre la puerta a la modificación de las medidas sobre guarda y custodia adoptadas con anterioridad, con fundamento en que la actual doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica supone una variación sustancial de las circunstancias a los efectos previstos en los artículos 91 CC y 775 LEC.

Dice así la STS 25 noviembre 2013 (EDJ 2013/239137): “A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del TC, de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del CC sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora

de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor”.

### III. CONCLUSIONES

1ª) Los pronunciamientos judiciales sobre guarda y custodia repercuten notablemente en la vida de progenitores e hijos menores.

2ª) En aras de la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica es conveniente que se establezcan criterios comunes sobre la materia, a modo de protocolo de actuación al que puedan acudir los operadores jurídicos.

3ª) Dada la diversidad de fuentes sobre guarda y custodia, y teniendo en cuenta la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, la uniformidad únicamente puede lograrse mediante la jurisprudencia emanada del TS en cumplimiento de las funciones nomofiláctica y uniformadora que tradicionalmente tiene atribuidas.

4ª) En materia de guarda y custodia ha de prevalecer el supremo interés del menor sobre cualquier otra consideración. Para su determinación hay que escudriñar las circunstancias casuísticamente.

5ª) La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

6ª) En la actualidad existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial emanado de las sentencias constantes del TS al pronunciarse sobre numerosas cuestiones concretas relacionadas con la guarda y custodia compartida. Jurisprudencia que, como complemento del ordenamiento jurídico que es, debe ser aplicada por los órganos judiciales, y en cualquier caso es apta para fundamentar el recurso de casación por interés casacional.

7ª) El cauce para el acceso a la casación de los pronunciamientos sobre guarda y custodia es el previsto en el art 477.2.3 de la LEC, es decir, por interés casacional. También cabe impugnar las infracciones procesales que puedan producirse cuando concurran los requisitos para el recurso extraordinario por infracción procesal.

8ª) Conforme a la redacción de la regla primera de la DF decimosexta, cuando la competencia para conocer del recurso de casación venga atribuida a un TSJ es posible acumular la denuncia de los vicios procesales a la casación autonómica, o bien reservarlos para hacerlos valer mediante la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal ante el TS.