

**CONSECUENCIAS DE LA ADJUDICACIÓN DE LA CUSTODIA
INDIVIDUAL EN LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN CUANTO A
LAS POSIBILIDADES DE UNA FUTURA CUSTODIA COMPARTIDA
EN EL PROCESO PRINCIPAL**

***CONSEQUENCES OF THE AWARD OF INDIVIDUAL CUSTODY IN
THE PROVISIONAL MEASURES AS TO THE POSSIBILITIES OF A FUTURE
SHARED CUSTODY IN THE MAIN PROCESS***

Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 516-537

Carmen
FLORIT
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de abril de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de junio de 2019

RESUMEN: En el presente trabajo se estudia la merma de posibilidades de establecer la custodia compartida de menores, sea en el marco de un proceso de nulidad, separación o divorcio, sea la custodia la cuestión principal del pleito no matrimonial, cuando se ha establecido en el Auto de Medidas Provisionales una custodia exclusiva a uno de los progenitores, ya que es reiterada la jurisprudencia que mantiene la medida establecida en dichas medidas entendiéndose que con ello se protege el interés superior del menor. Dado que en las medidas provisionales se suele otorgar la custodia de los menores al miembro de la pareja que suele habitualmente cuidar de ellos, y dado el carácter sumario y urgente del proceso, no entrando al fondo del asunto, su adjudicación sin más de manera individual condiciona y mucho la decisión judicial en el proceso principal. Esta cuestión se relacionará, aunque no de manera exhaustiva, pues no es el tema principal que se pretende tratar aquí, con la dificultad de que prospere una solicitud de Modificación de Medidas, en base al mismo criterio anunciado. Para ello, expondré brevemente el concepto de interés superior del menor, la contradicción legal y jurisprudencial existente en cuanto a la atribución de la custodia compartida y la jurisprudencia que resulte interesante en cuanto al anunciado mantenimiento del “statu quo”, asunto principal de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; medidas provisionales; protección del menor.

ABSTRACT: *In the present work is studied the decrease of possibilities of establishing joint custody of minors, either in the framework of a process of nullity, separation or divorce, whether custody the main issue of non-marital litigation, when it has been established in the Auto Provisional Measures an exclusive custody of one of the parents, since it is reiterated the jurisprudence that maintains the measure established in said measures understanding that this will protect the best interests of the child. Given that in the provisional measures usually custody of minors is granted to the member of the couple who habitually take care of them, and given the summary and urgent nature of the process, not entering the merits of the case, its adjudication without further individual conditions and a lot the judicial decision in the main process. This question will be related, although not exhaustively, because it is not the main topic that is intended to be treated here, with the difficulty of an application for Modification of Measures, based on the same criteria announced. To do this, I will briefly explain the concept of the child's best interests, the legal and jurisprudential contradiction existing regarding the attribution of shared custody and the jurisprudence that is interesting as regards the announced maintenance of the “status quo”, the main issue of this work.*

KEY WORDS: Shared custody; provisional measures; child protection.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN Y CONTRADICCIÓN CON LOS ARTÍCULOS 92.5 Y 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL “STATU QUO” ESTABLECIDO EN MEDIDAS PROVISIONALES.- 1. Madrid.- 2. Asturias.- 3. Andalucía.- 4. País Vasco.- 5. Castilla y León.- 6. Extremadura.- 7. Murcia.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En los procesos que dilucidan la custodia de los hijos menores reiteradamente la jurisprudencia fundamenta el mantenimiento del régimen de custodia que se ha venido ejerciendo por los padres desde el Auto de Medidas Provisionales (o en los procesos de Modificación de Medidas¹), en base a que con ello se protege el interés superior del menor. En las numerosas sentencias analizadas, se da el mantenimiento de este “statu quo porque favorece la estabilidad emocional del menor; esto es, mantenimiento del régimen de custodia que fue adoptado en un primer momento en autos de medidas provisionales o en convenio regulador o mantenimiento del sistema de convivencia que “de facto” ha venido existiendo desde que se produjo la separación”², considerando el Juez o Tribunal que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla.

De modo que, si se establece en el Auto de Medidas Provisionales la custodia a favor de quien normalmente se ocupa del cuidado del menor, y dado que se trata de un proceso urgente y en el que no se entra en el fondo del asunto, tal decisión influirá decisivamente en la que posteriormente tome el juzgador en las medidas definitivas³.

-
- 1 Aunque no se tratará en este trabajo, el problema que anuncio se reitera también en los procesos de modificación de medidas, aunque no en cuanto a su justificación, aunque sí de manera solapada, dado que la desestimación de la modificación debe basarse en el hecho de que no hayan variado sustancialmente las circunstancias.
 - 2 ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: *Aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil*. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2017, p. 11.
 - 3 Debe tenerse en cuenta, además, y ya que la custodia antes de la crisis de pareja es compartida –arts. 110, 68 y 92 CC –, que “adjudicarla” de manera individual, además del problema que luego explico sobre

• Carmen Florit Fernández

Cartagena, 1981. Profesora en la Universidad Europea de Madrid, donde imparte Teoría General del Derecho, Derecho Civil, Contratación Civil y Mercantil y Derechos Reales. Se licenció en Derecho por la Universidad de Murcia, en la que también obtuvo el título de Doctor en Derecho cum laude y realizó el Curso General de Abogacía (actual Máster de Acceso a la Abogacía). Asimismo, ha ejercido como Abogado entre 2004 y 2011 en diversos despachos de prestigio, dedicándose actualmente en exclusiva a labores docentes y de investigación, en especial en el campo del Derecho de familia y protección del menor. Correo electrónico: carmen.florit@universidadeuropea.es

En efecto, en el Auto de Medidas Provisionales se suele acordar que los menores queden bajo la custodia del progenitor que habitualmente cuida de ellos. Pero el artículo 92 del Código civil establece que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El ejercicio conjunto y corresponsable de esta patria potestad se ejerce de facto cuando la pareja convive con los hijos. Cuando existe separación de la pareja, ambos progenitores siguen teniendo atribuida la patria potestad, que sólo puede ser retirada por motivos tasados y excepcionales. Así pues, si durante la vida de la pareja, la corresponsabilidad es desde el punto de vista teórico evidente, y ello se consigue mediante las medidas que la pareja desea libremente tomar en cuanto a su organización familiar, con ayuda de las concretas medidas que en el marco, por ejemplo, del Derecho laboral se han adoptado por parte del legislador (por ejemplo: una reducción de jornada, excedencia por cuidado de hijos, etc.) , una vez acontecida la ruptura, dicha corresponsabilidad no debe modificarse en un proceso sumario pues la corresponsabilidad debería seguir vigente en todos los casos o, cuanto más, al menos provisionalmente para no malograr las posibilidades de una custodia compartida en el proceso principal. De este modo, la corresponsabilidad sigue vigente en la práctica, y también de este modo, tanto durante la vigencia de la convivencia la "conciliación" ayudó a llevar la custodia de los hijos de forma evidentemente conjunta, como viceversa, el que fuera conjunta ayudó a la conciliación.

A continuación, expondré en qué consiste esa merma de posibilidades que anuncio, después de explicar qué es el interés superior del menor, proponiéndose una solución que palie este problema. Debe tenerse en cuenta, además, que en muchos casos, los progenitores que no solicitan la custodia compartida en Medidas Provisionales lo hacen para no agravar el conflicto, esperando que en el principal se discuta "de cero" la cuestión de la custodia, sin saber que están condicionando el futuro proceso. Si de manera automática, y salvo casos excepcionales, se otorgase la custodia compartida en el Auto de Medidas Provisionales, al entrar después en el fondo en el proceso principal, no existiría dicho condicionamiento.

II. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN Y CONTRADICCIÓN CON LOS ARTÍCULOS 92.5 Y 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL.

El interés superior del menor enunciado en el artículo 39 de la Constitución española, en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y en diversos Tratados Internacionales en materia de protección del menor, como el

la merma de posibilidades, es en sí controvertido, ya que, al no entrar en el fondo, lo que debería hacer es establecer las medidas para que se siga ejerciendo conjuntamente. Reiteradamente se utiliza el término "adjudicación" tras la crisis de pareja, y ello debería revisarse, pues si compartida es durante la vida normal de la familia, difícilmente se puede hablar después de adjudicar dicha custodia de manera compartida o individual.

artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es un concepto jurídico indeterminado⁴, pero no se trata de un concepto subjetivo. DE TORRES PEREA dice que “no debe caerse en el común error de identificar “interés del menor” con “tiranía del menor” o sometimiento de la familia a los caprichos del menor; pues se trata justamente de lo contrario, de procurarse una educación idónea para su desarrollo personal lo cual conlleva tanto aporte de cariño como pautas y autoridad, no de malcriar al menor”⁵.

La configuración del interés superior del menor guarda relación directa con el desarrollo de la personalidad, dirigida a la integración social de los menores de edad⁶.

El Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño señaló que el interés superior del menor debe ser tenido por un derecho sustantivo: “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁷ que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”⁸.

- 4 Es opinión general que la falta de una definición produce dudas, “de una parte porque deja casi en las manos exclusivas del juez la valoración de todos los elementos (pruebas) que contribuyen a formar su opinión, entre los que se cuentan conductas, siempre, dada la naturaleza humana, muy complejas de dilucidar e interpretar y de otra, lo que en cierto modo introduce cierta inseguridad que es altamente peligrosa, porque la apreciación de lo que es mejor o conveniente al menor, el interés concreto, excede de lo que es la función judicial de aplicación de la norma. Pues el interés del menor es, por excelencia, un concepto jurídico cambiante y moldeable, en el que confluyen no sólo datos técnicos sino profundamente humanos y sociales”. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 82.
- 5 DE TORRES PEREA, J. M.: “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, octubre 2011, p. 8. CARDONA LLORENS, por su parte, afirma en este punto que el hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado no nos puede llevar a pensar que sea discrecional. Según el autor, si varios adultos tuvieran que establecer por separado sobre el interés de un menor todos ellos tendrían que llegar a la misma conclusión. CARDONA LLORENS, J.: “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención”, ponencia presentada en la *Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial*, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre, 2014.
- 6 CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2012, p. 167.
- 7 En cuanto a la expresión “consideración primordial” a la que se refiere el Comité se debe aclarar que << En primer lugar, debemos destacar que la Convención, califica a la consideración “como primordial”. No dice “la única consideración que se tendrá en cuenta”. Como ha señalado el Comité en su observación General nº 14, “puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres)” (...). Sin embargo, inmediatamente después de esa afirmación (y este es el segundo aspecto del significado del término “consideración primordial”), el Comité continúa diciendo: teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, “se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”. Es decir, el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones” >>.
- 8 En la Observación “el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: Un derecho sustantivo; Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de

El art. 39 de la Constitución establece que los poderes público aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; que los poder públicos, además, aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁹. Además, el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño y que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas¹⁰.

Por su parte, el art. 2.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en aplicación de la Observación número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que interpreta el art. 3.1 de la Convención, dice que todo menor tiene derecho a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015 (recurso número 2339/2013) declara que el interés superior del menor es concreto e individualizado y se resaltan dos criterios a seguir por los órganos judiciales para la adjudicación de la guarda y custodia de un menor: El primer criterio es que en toda controversia familiar se han de aplicar las reglas de la sana crítica a los informes periciales dentro del conjunto de pruebas aportadas, siempre desde el interés superior del menor. Aunque el órgano judicial tenga libertad para escoger de entre los distintos

una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

9 Entre estos éstos, la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990. Mayor del Hoto hace una comparación y ponderación de pesos entre el interés del menor y el interés de la familia e interés de los progenitores. MAYOR DEL HOYO, M. V.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 526.

10 La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que como señala el art. 96 CE forma parte del ordenamiento jurídico español.

informes o pruebas a las que más se aproxime a su grado de convicción, debe motivarlo suficientemente. El segundo criterio es que el interés que ha de valorarse y considerarse prevalente en estos casos no es un interés abstracto, sino “el interés de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello es beneficioso”¹¹.

Sin embargo, el Código civil, tras la reforma de 2005, establece criterios divergentes para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad: el art. 92.5 señala que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento; y el art. 92.8 dice que excepcionalmente¹², 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 Fiscal¹³, podrá acordar la guarda y custodia compartida¹⁴ fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor¹⁵.

11 ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Aplicación”, cit., p. 5.

12 El TS ha declarado que la excepcionalidad se refiere en relación al 92.5 (STS 29 abril 2013), pero que no debe entenderse que la custodia compartida sea una medida excepcional sino deseable.

13 El inciso de “favorable” ha sido declarado inconstitucional por la STC de 17 de octubre de 2012.

14 Es destacable que de la interpretación literal del artículo se deduce que existe una clara diferencia entre sendos apartados del art. 92. Así pues, mientras en el apartado 5 dice que “se acordará” el ejercicio conjunto de la guarda y custodia cuando ambos progenitores lo soliciten en la propuesta de convenio o lleguen a dicho acuerdo en el transcurso del procedimiento, el apartado 8, por el contrario, establece que el juez “podrá acordar” a instancia de una de las partes la guarda y custodia compartida fundamentando su decisión en que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor. El Legislador, por tanto, ha querido que “deba” acordar el juez imperativamente la custodia compartida cuando ambos progenitores la pidan, diferenciando el caso en que sólo lo pida una de ellos, dado que, en este caso, y dándose los demás requisitos que establece, el juez “podrá” acordar la custodia compartida o exclusiva a uno de los progenitores. Este requisito quedaba eliminado en el malogrado anteproyecto de la Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio.

15 De manera distinta, cuestiones de constitucionalidad aparte, ocurre con lo establecido en Cataluña, Aragón, Valencia, Navarra y País Vasco: el art. 233-8 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, señala que “la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor”; por su parte, el art. 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón determina que “el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”; En Valencia, el art. 5.2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dice que “como regla general, atribuirá a ambos, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”, estableciendo también el 5.4 que “la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior” (esta Ley ha sido declarada inconstitucional por la STC 192/2016, de 16 de noviembre, por falta de competencia de la Comunidad Valenciana en la materia); el art. 4.3 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, establece que “en cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos”; por último, el art. 9 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece que “cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos (...) 2. la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no

Así pues, a pesar de lo establecido en la Constitución, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y en los tratados internacionales ratificados, el Código civil mantiene la exigencia de un requisito que desoye el interés superior del menor. Apunta RODA Y RODA en referencia esto que “La intervención del Juez tanto en la primera instancia como en las sucesivas, mediante su resolución, constituye el factor más importante puesto que de él depende la decisión última en el otorgamiento a uno o a ambos de la custodia de los hijos. El Juez es quien debe determinar en cada caso concreto el beneficio del menor para otorgar o denegar la petición de una custodia compartida, en todos los supuestos anteriores, incluso si ha sido solicitada por ambos progenitores. La supremacía del Juzgador sobre la autonomía de los progenitores, evita que éstos puedan hacer un uso muy particular de sus obligaciones parentales, anteponiendo sus intereses a los de sus hijos. Tiene el Juzgador plena potestad para atribuir la custodia a uno solo de los progenitores, atribuírsela a ambos conjuntamente, o bien a un tercero, en este caso normalmente a los abuelos (...)”¹⁶.

La contradicción a la que me he referido se ha planteado abiertamente entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en las sentencias que detallo a continuación, generando un, a mi juicio, grave problema de seguridad jurídica.

Por su parte, la STC 4/2001, de 15 de enero, dictada en recurso de amparo, desestima la solicitud en un asunto que parte de un Auto de medidas provisionales por el que se adjudicaba la custodia del menor a la madre, que después solicita el amparo. El padre pedía, como después hizo también en la separación matrimonial, que se estableciera la custodia compartida. La sentencia de separación matrimonial ratificó la medida. La sentencia es recurrida ante la Audiencia Provincial de Valencia pero sólo en cuanto a las medidas sobre alimento y visitas, pero la Audiencia (SAP Valencia de 1 de septiembre de 1997) resuelve revocando la sentencia de 1ª Instancia estableciendo la custodia compartida. Establece en sus argumentos que “el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada. Dicho lo anterior, y entrenado en el análisis de las alegaciones vertidas por la parte apelante, hay que decir lo siguiente: esta Sala, teniendo en cuenta el beneficio del menor, y a la vista de que ambos progenitores se encuentran en una situación laboral inestable, y que el apelante ha entrado en situación de desempleo justo un mes después de dictarse la sentencia de instancia, entendemos que el mejor modo de que el menor Pedro pueda tener cubiertas sus

serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor 3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias (...) 6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor”.

16 RODA Y RODA D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 172.

prioritarias necesidades y pueda tener un buen desarrollo personal y social es fijar una guarda y custodia compartida (...)”.

La madre, en el recurso de amparo, alega vulneración de los arts. 14 y 24 CE por entender que la sentencia le ha causado indefensión por ser inmotivada e incongruente: “para la demandante la Sentencia de apelación incurre en incongruencia lesiva del art. 24.1 CE, por cuanto resuelve sobre una cuestión –la guarda y custodia del menor– que no le había sido planteada por los litigantes, ya que el padre, desde el inicial Auto de medidas provisionales, aceptó que fuera con la madre con quien conviviera el hijo común. Tal decisión supone un desajuste entre lo pedido en la apelación y lo resuelto por el órgano judicial, modificando así los términos en que discurrió la controversia procesal. Tal desajuste le habría ocasionado indefensión, pues introduciéndose por sorpresa esta nueva cuestión en la Sentencia no ha podido alegar y contra argumentar sobre la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida (...)”.

El Tribunal Constitucional considera que la Sentencia no carece de motivación: “cumpliendo esta exigencia constitucional (STC 187/2000, de 10 de julio), expresa con amplitud las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión de mantener compartida la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de su Sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar “su buen desarrollo personal y social para favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores, de forma que el niño sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida”. Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión en ejercicio de la potestad que el art. 117.3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (STC 24/1990, de 15 de febrero)”.

En cuanto a la incongruencia causante de indefensión alegada por la solicitante de amparo, establece el Tribunal que “por cuanto, al resolver el recurso de apelación, se apartó de sus términos y de las concretas cuestiones que le fueron planteadas por el apelante, revocando en parte la Sentencia de instancia en un extremo (la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad) que no había sido cuestionado por los litigantes”, y dice que “el razonamiento expuesto trasluce

una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan, la potestad reconocida en el art. 117.3 CE (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (art. 117.4) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones (...)

Deja claro, por tanto, el Tribunal, que toda medida relativa a los menores cuando se trata de garantizar su interés, que es el más necesitado de protección, es siempre una cuestión indisponible sobre la que el juzgador puede entrar a valorar y resolver en contra o a pesar de lo solicitado por las partes¹⁷.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha resuelto esta cuestión de manera muy distinta en la STS de 15 de junio de 2016 (400/2016)¹⁸. Así, dice que el art. 92 “establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, acordar este tipo de guarda a instancia de una de las partes, con los demás requisitos exigidos... En ambos casos 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 Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en nuestra

17 El TS también ha ratificado esta doctrina en sentencias anteriores a la que analizo de 2016. Así, la STS 28 septiembre 2009, que es posterior por tanto a la reforma del art. 92 CC de la ley 15/2005: “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 de mayo, que califica como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas 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 de julio) y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor... 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”.

18 También en la STS 9 marzo 2016.

sentencia 614/2009, de 28 de septiembre, porque 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 (...)

Deja claro por tanto el Tribunal que considera el contenido del art. 92 CC como imperativo para el juzgador, no pudiendo establecer la custodia del menor como compartida si no lo solicita al menos uno de los progenitores, y siendo imperativa la decisión para el juez si ambos progenitores solicitan la custodia compartida.

El Tribunal Supremo desoye el mandato constitucional, los tratados internacionales y la doctrina del TC, que nítidamente han establecido que el interés superior a proteger en los procesos judiciales es el del menor; no pudiendo ceñirse la defensa de dicho interés superior al cumplimiento de unos requisitos que nada tienen que ver con ese interés del menor.

Cierto es que la sentencia del Tribunal Constitucional analizada es anterior a la ley 15/2005 que reforma el art. 92, pero también lo es que dicha sentencia se refiere a las medidas que en general afecten a los menores, comprendiendo también, lógicamente, a su guarda y custodia¹⁹ y que, en cualquier caso, la Constitución prevalece sobre el Código civil, cuyo contenido, en este concreto aspecto, entiendo que deroga.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL “STATU QUO” ESTABLECIDO EN MEDIDAS PROVISIONALES.

Después de analizar pormenorizadamente la jurisprudencia, en una muestra de 547 sentencias²⁰ se manifiesta una fuerte tendencia a mantener el “statu quo”, manteniendo el régimen de custodia que se haya pactado anteriormente o se haya establecido en el Auto de Medidas Provisionales o convenio regulador; o la situación fáctica que nació tras la ruptura de la pareja, ya sea compartida o individual, cuando se acredita que ha venido funcionando sin problemas y se considera que el menor se siente seguro.

19 Qué medida le afectará más a su interés que esta.

20 El criterio de búsqueda fue el siguiente: sentencias procedentes de Audiencias Provinciales que han aplicado para la resolución del caso el art. 92.8 del CC, quedando al margen aquellas sentencias en las que se ha aplicado el Derecho autonómico sobre custodia compartida. Se han estudiado por ello no solo las Audiencias de territorio común, sino también las de territorio foral, dado que el CC se aplica a quienes carecen de vecindad civil foral. El estudio se ha realizado con las sentencias encontradas entre el 1 de mayo de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, siendo seleccionadas 547 sentencias, según los siguientes criterios:

- Se ha utilizado la base de datos CENDOJ.
- Se han buscado las sentencias que contuvieran los términos “custodia compartida” y “92.8”.
- Se han seleccionado exclusivamente aquellas en las que la concesión de la custodia compartida es el núcleo del litigio.
- En el caso de las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, el estudio se ha realizado de forma conjunta, sin diferencias por sedes.

Tras el estudio se llega a las siguientes conclusiones:

En los procesos de divorcio y guarda y custodia, al primar tanto el mantenimiento del "statu quo", realmente se está dando el mismo tratamiento que al proceso de Modificación de Medidas. La mayoría de las sentencias que consideran este factor como esencial (mantenimiento del "statu quo"), realmente no analizan la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limitan a valorar las ventajas del mantenimiento del "statu quo"²¹. Llama la atención que el buen funcionamiento del sistema que se estableciera con anterioridad lleve a la conclusión sin más prueba de que sea el más beneficioso o el único beneficioso.

En un estudio de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que han aplicado para la resolución del caso el artículo 92.8 CC entre el 1 de mayo de 2013 y el 31 de diciembre de 2015 se han seleccionado 547 sentencias, siendo en todas ellas el núcleo del pelito la custodia compartida. De dichas sentencias se ha detectado la fundamentación del mantenimiento del "statu quo" en las siguientes:

- Madrid: se ha tenido en cuenta en 16 sentencias de las analizadas.
- Cantabria: 5 ocasiones.
- Asturias: 5.
- Andalucía: 15.
- Islas Baleares: 4.
- País Vasco: 19.
- Galicia: 8.
- Castilla y León: 2.
- Castilla la Mancha: 3.
- Extremadura 2.
- Islas Canarias: 30.
- Región de Murcia: 3.

Destaco a continuación los argumentos más llamativos de estas sentencias:

21 ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "Aplicación", cit., p. 201.

I. Madrid.

Se ha tenido en cuenta en 16 ocasiones:

- bien porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales de un proceso de divorcio o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva al otro y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

- bien porque existe convivencia previa con la madre (muy importante en los procedimientos de guarda y custodia donde no ha habido medidas provisionales) y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla.

Algunas sentencias “petrifican”, utilizando las palabras del Tribunal Supremo, la situación anterior nacida de las medidas provisionales de un juicio de divorcio o de relaciones-paterno filiales (SAP Madrid de 28 de octubre de 2015, Rec. 246/2015) o porque es la situación existente desde la ruptura (SAP Madrid de 12 de noviembre de 2015, Rec. 1447/2014; SAP Madrid de 6 de noviembre de 2015, Rec. 1398/2014). Se considera que un cambio desestabilizaría al menor. Es así, aun cuando se reconoce la “fuerte implicación del padre en la educación de la hija, la buena vinculación afectiva entre ambos y que ésta necesita una presencia sólida de la figura paterna para su formación integral”, pese a lo cual, no se reconoce la custodia compartida sino una ampliación del régimen de visitas (SAP Madrid de 3 de febrero de 2014²², SAP Madrid de 6 de noviembre de 2015, Rec. 1398/2014).

Llama la atención la SAP Madrid de 31 de enero de 2014 (Rec. 116/2013), que deduce del hecho de que el padre abandonara el domicilio familiar; que aquél aceptó la guarda y custodia exclusiva de la madre, lo que ha merecido el reproche del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 2015, que casa la sentencia, y tras corregir a la Audiencia porque parte de la consideración de la custodia compartida como algo excepcional que requiere una prueba especial, señala que “esta Sala no puede aceptar que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar (propiedad de ella) pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor”. Sin embargo, en la SAP Madrid de 11 de diciembre de 2015 (Rec. 426/2015)²³ la madre es quien abandona el domicilio familiar con la

22 Ha sido casada por la STS febrero 2016, porque “petrifica la situación de la menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual amplía el régimen de visitas en favor del padre, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación de la menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre”.

23 Ha sido confirmada por STS 21 diciembre 2016. Considera la Sala que “Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de

hija y traslada su domicilio a otra localidad. Si bien el recurrente interesó la guarda y custodia compartida anunciando su cambio de residencia a la localidad donde reside la menor, no ha producido a tal cambio. Considera la Audiencia que no se ha demostrado incidencia negativa alguna en la vida de la menor, y concluye que no existen razones en este momento para introducir cambios en su vida.

Se mantiene el “statu quo” que nace del convenio protocolizado ante Notario tras la ruptura, que daba la custodia a la madre, considerándose que el transcurso del tiempo y los cambios de residencia y de horarios del padre no tienen entidad suficiente para modificar un status quo que, hasta el presente ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño (SAP Madrid de 17 de diciembre de 2013, Rec. 1802/2012²⁴).

Un caso peculiar es el que se recoge en la SAP Madrid de 10 de enero de 2014 (Rec. 2/2013), ya que en medidas provisionales se acordó el régimen de custodia compartida, pero no funcionó bien, por lo que la sentencia de divorcio dio la custodia a la madre. Dice la SAP que “tiene que haber motivos de peso, que no hay, para romper con la normalidad a la que se habían habituado las hijas que, desde el divorcio, viven con la madre”.

En la SAP Madrid de 4 de febrero de 2014 (Rec. 1240/2013), la Sala mantiene la custodia exclusiva de la madre no sólo porque el niño, de 4 años, desde la separación había vivido con ella, sino por el incumplimiento por parte del padre del régimen de visitas y del pago de la pensión de alimentos.

En alguna ocasión, el mantenimiento del status quo favorece la concesión de la custodia compartida, ya que éste era el régimen que existía entre las partes desde la ruptura (SAP Madrid de 27 de junio de 2014, Rec. 911/2013)

2. Asturias.

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

Existe convivencia previa con la madre, hasta la fecha, y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla (SAP Oviedo (Sección 6) 25 julio 2014. Recurso 47/2014; SAP Oviedo Sección 1 de 11 julio 2014. Recurso 231/2014; SAP Oviedo Sección 6 26 mayo 2014. Recurso 105/2014 donde se señala que así se acordó en las medidas definitivas y que no se ha probado la modificación de las circunstancias; SAP Oviedo Sección 6 de 16 sep.

la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio.

24 Ha sido casada por STS 18 noviembre 2014, porque petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido”.

2013. Recurso 276/2013 mantiene la custodia que se atribuyó a la madre en el auto de medidas del procedimiento de divorcio).

También se mantiene la custodia exclusiva cuando existe esta convivencia con la madre a pesar de que en el convenio se había pactado la custodia compartida que no llegó a ponerse en práctica (SAP Oviedo Sección 6 16 noviembre 2015. Recurso 328/2015).

3. Andalucía.

Se ha tenido en cuenta en 15 ocasiones.

En la mayoría de los casos en que se tiene en cuenta parte de una situación de hecho o establecida en Medidas Provisionales y en los que se aprecia que el sistema de custodia establecido ha funcionado correctamente, considerando perjudicial para el menor el cambio.

La SAP de Málaga 25 de junio de 2015 dice que "... si bien inicialmente se efectuó un reparto del tiempo para permanecer con la menor, esto es una custodia compartida de hecho, tan solo unas semanas después se estableció el sistema que luego se fijó en sentencia y por tanto prácticamente desde que se produjo la ruptura de los progenitores (con la excepción apuntada), ha permanecido viviendo en compañía de su madre, siendo, por tanto, la custodia materna la opción que menos cambios producirá en la vida del menor y, en consecuencia la que le que asegura mayor estabilidad en el desenvolvimiento cotidiano de la menor, viéndose satisfecha la indudable necesidad y derecho de la menor a fortalecer los vínculos de afectividad con su padre, a través del amplio régimen de visitas fijado en la Sentencia. Todo lo cual lo cual no permite sino concluir que no es la guarda compartida la opción de custodia que mejor tutele el interés de la menor Macarena , de tan solo cinco años de edad en la actualidad, siendo la custodia materna la medida que asegura una línea de continuidad en la vida que la menor ha tenido desde que finales del 2011 principios del año 2012 se produjera la ruptura de sus progenitores cuando tan solo contaba Macarena con un año de edad y en la relaciones que la niña ha venido manteniendo con ambos, y por tanto la medida que asegura mayor estabilidad en el devenir cotidiano de la menor y que es conveniente mantener evitando cambios innecesarios que alteren la rutina de la menor...".

4. País Vasco.

Se ha tenido en cuenta en 19 ocasiones.

Bien porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales [SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 21 octubre 2013. Recurso 3299/2013] de un proceso de

divorcio o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva al otro [SAP "Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 16 junio 2015. Recurso 202/2015; o en un acuerdo que no fue ratificado judicialmente SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 2 diciembre 2013. Recurso 3350/2013²⁵]] y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

Sin embargo, la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 15 octubre 2014. Recurso 3269/2014 mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia y señala que tomar como referencia el acuerdo previo por el cual la guarda y custodia la debía ostentar la madre supone desconocer la realidad de las cosas y lo que es más grave, deja sin valorar la actitud de uno y otro progenitor para llegar a un compromiso de custodia provisional tras la ruptura. Se trataba, sin duda, de un régimen transitorio, a la espera de lo que se resolviera judicialmente²⁶. También la SAP Bilbao (Sección 4) 21 mayo 2014. Recurso 342/2014 que concede la custodia compartida denegada en primera instancia señala que dichos acuerdos tenían una vigencia temporal hasta que el menor adquiriera la edad de cinco años, acordándose expresamente su revisión con el fin de ajustarse al cambio de necesidades que suponga el crecimiento del menor; como así se ha considerado en esta resolución. Además, la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013. Recurso 224/2013 también señala que no cabe tampoco apreciar que la guarda y custodia compartida sea algo distinto a lo acordado por los progenitores al respecto ya que de lo actuado únicamente resulta que, en sede de medidas provisionales, alcanzaron un acuerdo en cuanto a la atribución de la guarda y custodia para tales medidas provisionales.

Bien porque existe convivencia previa con la madre y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 16 septiembre 2015. Recurso 330/2015²⁷;"Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 9 septiembre 2015. Recurso 317/2015²⁸; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014. Recurso 99/2014; SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013. Recurso 3258/2013; SAP San Sebastián (Sección 2) 27 noviembre

25 Casada por STS 9 septiembre 2015 (Rec. 545/2014): "En cuanto a la importancia que el tribunal de apelación confiere al convenio regulador, no ratificado, debemos recordar que mientras no se acepte por las partes solo es un elemento de negociación que puede ser ratificado o no, sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para quien no lo firmó (art. 1261 C. Civil)".

26 Casada por STS 4 marzo 2016 (Rec. 1/2015) "dado que lo acordado en la resolución recurrida no es un sistema de custodia compartida sino un régimen de visitas amplio para el padre, quedando la menor bajo la custodia de la madre, con desequilibrio amplio en los tiempos de permanencia con la hija, que perjudica el interés de la menor, sin causa justificada".

27 Señala: "la madre ha de seguir ostentado la guarda y custodia del hijo menor, al tener un conocimiento más completo del hijo que el padre, y por ello proporcionarle o facilitarle, de una forma claramente activa y colaboradora, todos los cuidados y atenciones que precisa"

28 Señala: "el cambio del régimen de custodia no supera los previsibles inconvenientes y por ello es más recomendable a dicho interés mantener el estatus actual, con un régimen de visitas"

2014 Recurso 2308/2014²⁹; SAP Bilbao (Sección 4) 15 diciembre 2014 Recurso 518/2014³⁰.

También se tiene en cuenta para mantener la custodia compartida concedida en primera instancia el hecho de que no se haya probado que tal modalidad haya generado algún tipo de problemática [SAP Bilbao (Sección 4) 17 julio 2015. Recurso 107/2015)], o que ha perjudicado al menor (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 enero 2015. Recurso 2283/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 17 noviembre 2014. Recurso 408/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 de julio 2014. Recurso 240/2014). Asimismo, cuando ha venido desarrollándose desde que se adoptó el auto de medidas provisionales [SAP Bilbao (Sección 4) 27 febrero 2014. Recurso 677/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 20 enero 2014. Recurso 519/2013)].

También se mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia si del propio convenio regulador del divorcio se puede deducir una evidente voluntad de desarrollar las relaciones derivadas de la patria potestad con ánimo de progresión y corresponsabilidad en la atención y cuidado de la menor; y por tanto es razonable una distribución equivalente de los tiempos correspondientes (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015. Recurso 39/2015).

5. Castilla y León.

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

El mantenimiento de un status quo puede fundamentarse:

- bien porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales de un proceso de divorcio o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva al otro y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

- bien porque existe convivencia previa con la madre (muy importante en los procedimientos de guarda y custodia donde no ha habido medidas provisionales) y

29 Confirmada por STS 19 febrero 2016 (Rec. 426/2015): “en la sentencia recurrida no se infringe la jurisprudencia de esta Sala, dado que: 1. Los acuerdos se adoptaron en convenio regulador. 2. El cambio de la política conciliadora de la empresa del demandante, no fue de calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 C. Civil). 3. El sistema adoptado por las partes, independientemente del nombre que le dieran es similar al de custodia compartida dado que el padre puede tener a los menores una semana de cada tres y dos tardes a la semana en aquellas que están con su madre, dividiéndose las vacaciones por mitad. 4. Se respeta el interés de los menores”.

30 Confirmada por Confirmada por STS 30 diciembre 2015 (Rec. 415/2015: “ La sentencia conoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, ha valorado el informe del equipo de psicólogos que consta en los autos, y ha considerado, sin contradicción alguna con la doctrina jurisprudencial, que lo más adecuado para los menores era el mantenimiento del régimen acordado en el procedimiento de divorcio, por lo que el recurso más parece dirigido a revisar las medidas acordadas en este juicio que a sustentar una pretensión de cambio de las mismas amparada en una valoración distinta del interés de los menores”.

el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla.

En este sentido se ponderan las circunstancias concretas de cada uno, la relación que han venido manteniendo los menores hasta ahora desde la ruptura, manifestándose como acertada la guarda y custodia que viene ostentando la madre dadas las especialidades concurrentes incluso respecto de la escolarización de los hijos, teniendo una mejor disposición de horarios y atención que, a pesar de lo antes recogido, pudiera tener el padre (en uno de los informes se alude a su posible ascenso a brigada y disponibilidad de plazas) , compartiendo lo argumentado en la sentencia y lo alegado por el Ministerio Fiscal y guiados por el interés de los menores, se estima más adecuado se mantenga el "statu quo" actualmente existente, al no constar otros datos o informes concluyentes que aconsejen adoptar la medida que ahora se pide. (SAP León de 30 de diciembre de 2014, Rec. 306/2014³¹).

Es interesante como en algunas ocasiones y no de acuerdo al informe del equipo psicossocial se acuerda no conceder la custodia compartida. No se pone en duda que el padre se ocupe de su hijo o que se implique en la evolución y educación de su hijo (seguimiento de sus cuadernos, acompañándole en las sesiones, ayudándole, colaborando con los tutores y terapeutas, etc...), pero ello no supone que esto sea un hecho nuevo sustancial y determinante para modificar el régimen de guarda pactado, pues esas obligaciones no nacen de la Guarda y Custodia, sino de la propia Patria Potestad y especialmente no justifican un cambio de guarda en casos como el presente en el que el régimen relacional es bueno, donde se cumplen las visitas y cuando el menor evoluciona en su formación y en su terapia. Asimismo, en este caso la relación con la madre es adecuada, uniforme y buena y no parece aconsejable un cambio o alteración; máxime, cuando el padre tiene plenas posibilidades de relación con su hijo (y de comunicación con él, de tenerle en su compañía y en la compañía de su familia extensa. (SAP Burgos de 13 de noviembre de 2014, Rec. 242/2014).

6. Extremadura

No se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- El hecho de que, en el Auto de Medidas Provisionales, se otorgara la custodia de la hija menor a la madre, no significa que este régimen hubiera de mantenerse

31 Sentencia casada por STS 9 marzo 2016 (Rec. 791/2015) Esta Sala declara que, aun reconociendo que siéndole a la madre más fácil la compatibilización de horarios, por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente) que en la sentencia recurrida, de forma incoherente, se le niega como base de la atribución de la custodia a la madre y se le reconoce para ampliar a la pernocta, los días intersemanales (...). A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida se considera a la custodia compartida, de facto, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable, cuando ello sea posible.

como Medida Definitiva, sobre todo cuando, en la referida Resolución, se justificó el que, en esos momentos, se carecía de elementos de juicio suficientes para discernir, con razonable criterio, sobre la custodia compartida, fundamentalmente porque faltaba un Informe emitido por el gabinete psicosocial, Informe que ahora ya ha sido emitido y que aconseja o recomienda el establecimiento, en beneficio de la menor, de un régimen de custodia compartida (SAP Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014).

- En sentido contrario, se considera más beneficioso para el menor el mantenimiento del régimen de custodia compartida con amplio régimen de visitas del padre, adoptado en autos de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, porque se ha cumplido en forma plenamente favorable para el menor, sin que se haya producido, en todo ese tiempo, ninguna incidencia negativa que aconsejara plantearse la posibilidad de un cambio en ese régimen, completado en el régimen de visitas, que viene observándose desde aquella misma fecha. Esta argumentación se une al dato relevante de que el menor ha manifestado estar adaptado y conforme con el régimen que viene rigiendo desde el auto de medidas provisionales (SAP Badajoz 4 de julio de 2014, Rec. 243/2014)³².

7. Murcia.

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

Porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales de un proceso de divorcio (llegando las partes a un acuerdo SAP Cartagena Sección 5ª de 5 de mayo de 2015. Número de Recurso I08/2015) o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva a la madre (SAP Murcia Sección 4 de 7 de noviembre 2013. Recurso 848/2012) y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

IV. CONCLUSIONES.

Después de la exposición realizada y el pormenorizado análisis jurisprudencial debe concluirse que:

32 La sentencia ha sido confirmada por STS 29 marzo 2016 (Rec. 2392/2014) que resalta la importancia de la opinión manifestada por el hijo: "No se cuestiona que con el sistema de guarda y custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres. Lo que no se entiende es que, frente a la sentencia recurrida que valora el interés del menor con expresa atención a la opinión del propio hijo, se pretenda un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo, bajo la cobertura legal de la guarda y custodia compartida que es prácticamente igual al que la sentencia ha fijado en su favor pues no otra cosa se deduce del que ahora interesa en el recurso de lunes a jueves (martes y jueves desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada del mismo por la mañana); fines de semana alternos desde la salida del niño del colegio al mediodía hasta el lunes a la entrada en el colegio por la mañana y la mitad de los periodos vacacionales de navidad, semana santa y verano, con una limitación de la prestación alimenticia de cuatrocientos euros a ciento cincuenta hasta que la madre encuentre un empleo".

a) Existe en la jurisprudencia una tendencia a mantener el régimen de custodia que se estableció previamente en el Auto de Medidas Provisionales.

b) Ello supone una merma clara en las posibilidades de que posteriormente en el proceso principal se adjudique la custodia de manera compartida cuando previamente fue individual, paralelamente a lo que ocurre en los procesos de Modificación de Medidas.

c) De este modo, y dado que es muy común que se establezca la custodia individual en Medidas Provisionales a aquel miembro de la pareja que suele ocuparse normalmente del cuidado del menor; queda condicionado el proceso principal en lo que se refiere a la custodia de los menores.

d) Debe tenerse en cuenta que el proceso de Medidas Provisionales, al tratarse de un proceso sumario en el que no se entra en el fondo y no se analiza pormenorizadamente por tanto la cuestión de la custodia, o no de una manera tan profunda como en el proceso principal, la adjudicación individual choca directamente con lo establecido en la Constitución española, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y los tratados internacionales sobre protección del interés superior del menor. En efecto, si compartida es antes de la crisis de pareja la custodia de los hijos menores comunes, compartida debería ser siempre, salvo excepciones, y por lo establecido, entre otros, por el art. 92 del Código civil, cuando acontece la crisis, al menos en cuanto a las Medidas Provisionales, dado:

- lo que acabo de establecer.

- que se debe tener en cuenta que se trata de un proceso sumario en el que no se entra en el fondo la decisión, y con la adjudicación provisional individual se influye de manera muy invasiva en la consabida y deseada corresponsabilidad.

a) Si se tiene en cuenta, además, cómo condiciona esta decisión a la futura, se hace imprescindible un cambio legal.

b) Dicho cambio debería consistir en la adjudicación automática, salvo excepciones en caso de riesgo grave para el menor; de la custodia compartida, de modo que no quedasen mermadas las posibilidades de la atribución de la custodia compartida en el proceso principal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: *Aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2017.

BECCERRIL, D. Y VENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid 2017.

CARDONA LLORENS, J.: "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención", ponencia presentada en la *Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial*, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre de 2014, http://www.ararteko.es/RecursosWeb/DOCUMENTOS/I/0_3553_3.pdf

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2012.

DE TORRES PEREA, J. M.: "Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, octubre 2011.

FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E.: "Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad civil*, núm. 11, 2017.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

